

ABUSO DEL DIRITTO: ENTELECHÌA DI UN ISTITUTO; EVOLUZIONE, CASISTICA, PROFILI PROCESSUALI

di Enrico Torri (*)

Abstract: Il radicamento costituzionale del principio di divieto di abuso del diritto nel canone costituzionale di solidarietà e nel principio di buona fede assume un valore direttamente precettivo sul piano giuridico, imponendo al titolare di una posizione giuridica di vantaggio, di esercitarla in una prospettiva solidaristica che contempra la considerazione e salvaguardia degli interessi altrui con cui il soggetto entra in relazione. Ciò che si verifica attraverso l'abuso del diritto è una scorretta utilizzazione dello schema formale della legge che, pur non violata formalmente, viene preordinata a fini che contrastano con una equilibrata e proporzionale definizione dei rapporti giuridici. Trattandosi di un principio generale di chiusura del sistema orientato ad una prospettiva di giustizia sostanziale, il suo contenuto e la sua violazione assumono manifestazioni atipiche e non esattamente predeterminabili, elementi che postulano perciò uno sforzo del giudice nell'individuare in concreto di volta in volta le circostanze della sua violazione e le sanzioni adeguate al caso di specie.

The constitutional rooting of the principle of prohibition of abuse of law in the constitutional canon of solidarity and in the principle of good faith assumes a directly preceptive value on the legal plane, requiring the holder of a legal position of advantage to exercise it in a solidaristic perspective that contemplates the consideration and safeguarding of the interests of others with whom the subject enters into relations. What occurs through the abuse of law is an incorrect use of the formal scheme of the law that, although not formally violated, is preordained to ends that contrast with a balanced and proportional definition of legal relations. Since it is a general closing principle of the system oriented towards a perspective of substantial justice, its content and its violation take on atypical and not exactly predeterminable manifestations, elements that therefore postulate an effort on the part of the judge to concretely identify from time to time the circumstances of its violation and the appropriate sanctions for the case in question.

Sommario: 1. *Il tema dell'abuso del diritto nella sua evoluzione storica: cenni introduttivi.* – 1.1. *L'abuso del diritto come reazione alle teorie formalistiche del diritto.* – 1.2. *La posizione del codice civile del 1942: art. 833 c.c.; art. 1059, c. 2, c.c.; art. 330 c.c., art. 1015 c.c.; art. 1438 c.c.; art. 1993, c. 2, c.c.; artt. 2598 e 2599 c.c.; art. 2793 c.c.* – 1.3. *Interventi normativi extracodicistici in tema di abuso del diritto: art. 9 della l. n. 192/1998 (abuso di dipendenza economica); d.lgs. n. 231/2002 sul ritardo nei pagamenti delle transazioni commerciali.* – 1.4. *Evoluzione giurisprudenziale della nozione di buona fede.* – 2. *Casistica in tema di abuso del diritto.* – 2.1. *Atti emulativi e abuso del diritto.* – 2.2. *Doppia alienazione immobiliare.* – 2.3. *Abuso nelle trattative negoziali.* – 2.4. *Abuso del diritto potestativo e recesso ad nutum.* – 2.5. *Abuso nel diritto societario.* – 2.6. *Abuso della personalità giuridica.* – 2.7. *Responsabilità della banca per abusiva concessione del credito e per ingiustificata interruzione del rapporto di finanziamento.* – 2.8. *Abuso del diritto nel diritto di famiglia: promessa di matrimonio e convenzioni matrimoniali.* – 2.9. *Abuso del diritto ed eccesso di potere.* – 2.10. – *L'abuso del diritto nel diritto e nella giurisprudenza dell'Unione europea.* – 2.10.1. *L'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza del 7 dicembre 2000).* – 2.10.2. *L'abuso del diritto nella giurisprudenza comunitaria.* – 3. *Problematiche processuali.* – 3.1. *Rapporti tra abuso del diritto e rimedi esperibili, nella legislazione e nella giurisprudenza.* – 3.2. *Abuso del processo.* – 3.3. *Parcellizzazione della domanda: frazionamento del credito in giudizio.* – 3.4. *Utilizzo di mezzi processuali con scopi dilatori o manifestamente infondati: responsabilità processuale ex art. 96 c.p.c.* – 3.5. *Uso selettivo delle nullità di protezione.* – 3.6. *Exceptio doli generalis e specialis. Il contratto autonomo di garanzia.* – 3.7. *Abuso del diritto in materia tributaria.* – 4. *Conclusioni.*

1. *Il tema dell'abuso del diritto nella sua evoluzione storica: cenni introduttivi*

1.1. *L'abuso del diritto come reazione alle teorie formalistiche del diritto*

La figura del divieto di abuso del diritto è espressione dell'esigenza propria degli ordinamenti contemporanei di non ritenere esaustiva la conformità al diritto positivo, esigendo che ad essa si affianchi anche la corrispondenza ad un ideale di giustizia, come proporzione e attenzione all'individuo (1). La creazione della formula "abuso del diritto" quale strumento offerto all'operatore pratico del diritto per introdurre un correttivo di segno *lato sensu* equitativo in

(*) E. Torri è presidente di sezione della Corte dei conti.

(1) S. Mazzamuto, L. Nivarra, *Le dottrine generali e le fonti del diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2021, 70-71.

un sistema di enunciati positivi formalmente posti, si correla a momenti in cui emerge l'attenzione verso metodologie giuridiche orientate in senso antiformalistico (2).

Il tema implica un efficace strumento di controllo sull'esercizio del diritto soggettivo, che viene attribuito alla giurisprudenza, chiamata a svolgere un ruolo assolutamente preponderante nella individuazione della *regula iuris* del caso concreto, secondo i corollari dell'agire in buona fede e dell'assenza di un *animus nocendi* nell'esercizio del diritto, operando il bilanciamento tra contrapposti interessi.

La moderna elaborazione dell'abuso del diritto è dovuta alla dottrina e alla giurisprudenza francese di inizio Novecento: mentre una parte della dottrina francese si poneva il problema della contraddittorietà dell'abuso del diritto, in quanto riferibile ad un atto al tempo stesso conforme e contrario al diritto, la giurisprudenza francese iniziò, e continua ancora oggi, a fare applicazione del suddetto divieto, nonostante la mancata codificazione, richiamando l'art. 1134 del *code civil*, che dispone l'obbligo delle parti di agire secondo buona fede (3). Mentre in altri Paesi europei l'abuso del diritto ha trovato nel corso del tempo una propria regolamentazione, a volte con una esplicita codificazione o con una previsione costituzionale, nei Paesi di *common law* la giurisprudenza, in linea di principio, esclude che l'esercizio di un diritto possa trasmodare in un illecito, per la difficoltà di utilizzare concetti come quello di buona fede, che potrebbero consentire al giudice di modificare *ex post* il contenuto del contratto, contravvenendo alla volontà delle parti (4).

La dottrina italiana è stata per lungo tempo contraria alla figura dell'abuso del diritto ritenendola correlata ad istanze metagiuridiche, nonché suscettibile di utilizzi impropri da parte dell'interprete.

La stessa locuzione "abuso del diritto" sembra incorporare una intrinseca contraddizione, collegando tra loro due figure logicamente e sistematicamente incompatibili, il diritto quale espressione di una libertà e di un potere garantiti dall'ordinamento, e l'abuso riguardato come scorretto utilizzo dello schema formale della norma idoneo a concretizzare un illecito nel senso di una condotta che si avrebbe il dovere di non compiere. Il contrasto dottrinale di cui sopra emerse nella fase di formazione del nostro codice civile, con l'espunzione dalla stesura definitiva dell'art. 7 del progetto preliminare, che prevedeva: "Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto".

Nonostante la mancata codificazione, il dibattito teorico sull'utilità di questo istituto non è mai cessato, anche in conseguenza della sempre più avvertita consapevolezza da parte degli operatori del diritto che le norme scritte non sono in grado di risolvere tutti i problemi che derivano dalla loro applicazione ai casi concreti.

Secondo autorevoli autori l'abuso del diritto può essere utilizzato come uno strumento argomentativo ed ermeneutico utile a rileggere il principio di legalità, muovendo dai casi decisi dalla giurisprudenza, alla luce di valori socialmente condivisi (5). Come strumento argomentativo, secondo una dottrina, l'abuso si avvicina all'analogia, in quanto riconduce un caso sotto disposizioni che a prima vista non lo riguardano; tuttavia, mentre l'analogia supplisce ad una lacuna e consente di applicare una disposizione a un caso formalmente diverso e non espressamente regolato, l'abuso conduce ad applicare, a un caso già regolato, una disposizione diversa, disapplicando una disposizione esistente per applicare una diversa *regula iuris*, individuata in base alla *ratio*. Nell'abuso – a differenza che nell'analogia – si tratta di fare disapplicazione di una norma, e la legittimità di questo procedimento impone una ulteriore condizione: la fattispecie strutturalmente e formalmente diversa da quanto prevede la regola formale, deve realizzare – in tutto e per tutto – la stessa funzione supposta dalla regola che si vuol applicare, e non realizzare – nemmeno in parte – la funzione supposta dalla regola che invece si vuol disapplicare (ad esempio: l'atto oneroso non può essere trattato da gratuito se il corrispettivo è inadeguato per difetto). Solo a queste condizioni, la sua diversa regola non è violata ma legittimamente disapplicata (6).

Interessante, al fine di meglio definire la categoria, è il rapporto tra abuso del diritto e frode alla legge (7).

Entrambe le figure dell'abuso del diritto e della frode alla legge tendono a prevenire la realizzazione di un risultato anti giuridico, pur sotto lo schema di una situazione formalmente legittima. Tuttavia, mentre nel caso della frode alla legge l'elusione della previsione legale è individuabile già sotto il profilo strutturale nel rapporto tra lo schema astratto e quello in concreto utilizzato, nell'individuazione dell'abuso incidono molteplici fattori, non necessariamente uniformi e correlati alla stessa fonte: una valutazione complessiva del contesto conduce a considerare abusivo, e quindi meritevole di sanzione, un comportamento che, in termini meramente astratti, cioè con esclusivo riferimento ai testi, dovrebbe invece ritenersi legittimo (8).

(2) G. Pino, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2004, 26.

(3) L. Carpentieri, *L'abuso del diritto*, Torino, Giappichelli, 2018, 2.

(4) *Ivi*, 3.

(5) N. Lipari, *On abuse of rights and judicial creativity*, in *The Italian Law Journal*, 2017, 55-57.

(6) A. Gentili, *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, in *Ianus*, 2009, 15.

(7) M. Gestri, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, Giuffrè, 2003, 54 ss.

(8) N. Lipari, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Questione giust.*, 2016, 4, 33-51, spec. 46 ss.

La frode alla legge necessita di una sua previsione normativa, ovvero la frode è possibile solo rispetto al diritto cogente (9). In sostanza, la frode alla legge ha una sua struttura definita, mentre l'abuso può trovare diverse motivazioni: il difetto di interesse da parte del titolare o addirittura l'interesse di nuocere, la modalità anomala o scorretta dell'esercizio secondo paradigmi riconducibili alla buona fede oggettiva, il bilanciamento degli interessi fra quelli propri del titolare e quelli dei soggetti incisi dall'esercizio dell'atto, la deviazione del potere rispetto al fine istituzionale in funzione del quale sarebbe stato conferito, nonché gli infiniti risultati potenzialmente conseguibili dalle varie combinazioni di tutti questi criteri. La diversità radicale fra frode alla legge e abuso del diritto emerge dalla circostanza che la tradizione del formalismo giuridico ha sempre ritenuto conciliabile la propria impostazione con la repressione di atti fraudolenti, intesi come volti a conseguire un risultato diverso rispetto a quello perseguito dal legislatore (10).

La frode alla legge corrisponde alla violazione, quali che siano le modalità del comportamento attuato. Non così per l'abuso del diritto, che di per sé non viola o elude una norma, ma ne contrasta lo spirito o contraddice a principi, peraltro senza parametri valutativi definiti (11).

Recentemente il tema dell'abuso del diritto ha avuto nuovo spazio grazie alla elaborazione della giurisprudenza nazionale e comunitaria, non solo in materia tributaria, ma anche in materia di contratti.

Come sopra ricordato, il dibattito sull'abuso del diritto segue la progressiva giurisdizionalizzazione dell'esperienza giuridica, ed è una figura che trova la sua emersione allorché il ragionamento giuridico, nell'applicazione a casi specifici, supera il formalismo e procede in base a principi generali dell'ordinamento (12). Ne consegue che la categoria dell'abuso del diritto consegna all'interprete un certo livello di discrezionalità, in particolare nell'individuazione della *ratio* del diritto del quale si afferma l'abuso.

È stato al riguardo autorevolmente affermato che il tema dell'abuso del diritto può essere assunto a paradigma di uno degli elementi caratterizzanti dell'esperienza giuridica del nostro tempo, cioè la sua progressiva giurisdizionalizzazione, intesa come spostamento del punto focale dell'analisi dall'origine all'uso delle norme in funzione di quella che è stata definita la legalità del caso (13).

Si è altresì ritenuto che, nella realtà dell'esperienza contemporanea, il riconoscimento giuridico di un diritto non può limitarsi ad una sua astratta attribuzione in base a condizioni di validità stabilite *a priori*, ma deve considerare anche tutti i comportamenti che lo traducono in atto, con la conseguenza che solo una valutazione *a posteriori*, comprensiva di tutte le circostanze del caso, può attribuire a quel riconoscimento un significato giuridicamente apprezzabile (14).

Quanto precede è tuttavia logico corollario della circostanza che le norme vivono nella loro fase applicativa, che ne postula una esegesi anche alla luce dei principi dell'ordinamento. Anzi sono proprio i principi, non necessariamente scritti e spesso impliciti, che servono a garantire all'ordinamento la necessaria dialettica tra testi normativi statici e contesto dinamico di applicazione (15). Esattamente il contrario di quanto avvenuto nel diritto tributario: come vedremo più avanti, nel nostro ordinamento l'abuso di diritto è stato recentemente identificato con l'elusione e fissato nell'art. 10-*bis* del c.d. statuto del contribuente (l. n. 212/2000).

Per comprendere le ragioni della sua recente codificazione in materia tributaria e della sua identificazione con l'elusione, occorre considerare che nel settore del diritto tributario intervengono interessi pubblicistici e che il fine cui spesso mira l'amministrazione finanziaria con il ricorso alla figura dell'abuso di diritto, è quello di arrivare all'immediata disapplicazione di norme e/o regimi fiscali di vantaggio.

L'abuso del diritto negli ultimi tempi è oggetto di rinnovata attenzione da parte della dottrina civilistica, sulla scia dell'evoluzione giurisprudenziale della nozione di buona fede, delle riflessioni da parte dei costituzionalisti sulla ragionevolezza e sul bilanciamento degli interessi quale strumento di tutela dei diritti fondamentali e del loro pluralismo, dell'impulso di normative dell'Unione europea volte ad individuare e sanzionare fattispecie qualificate in termini di abusività (16).

(9) L. Carraro, *Il negozio in frode alla legge*, Napoli, Esi, 2014, 75.

(10) L. Carraro, *Valore attuale della massima "fraus omnia corrumpit"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 782.

(11) N. Lipari, *Ancora sull'abuso del diritto*, cit.

(12) L. Carpentieri, *op. cit.*, 6.

(13) N. Lipari, *Ancora sull'abuso del diritto*, cit., 33-35.

(14) F. Viola, *La legalità del caso*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale* (Atti del convegno, Capri, 18-20 aprile 2006), vol. I, Napoli, Esi, 2007, 315.

(15) L. Carpentieri, *op. cit.*, 8.

(16) B. Troisi, *Abuso del diritto e giurisprudenza costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, 855 ss. Rileva l'A. che è stata da tempo avviata una riflessione sulla configurabilità dell'abuso del diritto nei rapporti tra organi costituzionali, prospettata in ipotesi nelle quali le concrete modalità di esercizio del potere attribuito a un soggetto pongono in pericolo l'esistenza stessa dell'ordinamento legittimamente costituito. Il problema dell'abuso del diritto, in termini di funzionalizzazione dei diritti, fu discusso in Assemblea costituente, senza tuttavia trovare riscontro nel testo finale. Peraltro, la giurisprudenza costituzionale, nel sindacare i vizi logici intrinseci ed estrinseci delle leggi, non soltanto ha operato un complesso e articolato controllo sulla ragionevolezza delle stesse, giungendo a censurare l'"abuso della funzione del Parlamento" ovvero l'«uso distorto della discrezionalità che raggiunga una soglia di evidenza tale da atteggiarsi alla stregua di una figura per così dire sintomatica di "eccesso di potere" e, dunque, di sviamento rispetto alle attribuzioni che l'ordinamento assegna

L'abuso del diritto nell'ambito dei rapporti tra gli organi costituzionali è stato dunque più volte censurato dalla Corte costituzionale in quanto "uso distorto della discrezionalità" e "sviamento" rispetto alle attribuzioni che l'ordinamento assegna alla funzione legislativa; figure sintomatiche di abuso del legislatore sono l'abuso formale e sostanziale del potere di revisione costituzionale e l'abuso del potere legislativo ordinario, in termini di esercizio di un potere legislativo che configura un'illegitima invasione nella sfera della giurisdizione: è il caso delle c.d. leggi di interpretazione autentica, con cui il legislatore, anziché procedere ad un'interpretazione in senso proprio di normative precedenti, persegue il diverso e non ammissibile fine di correggere determinate pronunce giudiziarie (17).

È stato al riguardo osservato, in primo luogo, come non possa negarsi che la giurisprudenza costituzionale ammetta l'esistenza di un principio che vieta un uso scorretto dei diritti e dei poteri, sia privati sia pubblici. Degna di attenzione è poi l'estrema varietà dei settori dell'ordinamento e delle situazioni in cui il suddetto principio è richiamato, circostanza che rafforza la tesi della natura di principio generale del divieto. In secondo luogo, ciò che emerge con chiarezza è la molteplicità dei criteri di giudizio utilizzati dalla Corte per accertare l'abuso: la giurisprudenza costituzionale, infatti, sembra adattare quei criteri alla struttura e alla funzione delle diverse prerogative sottoposte a controllo quali diritti fondamentali, libertà negoziale, diritto di proprietà, poteri legati all'attività d'impresa, poteri datoriali, diritti potestativi e altre situazioni di potere (18).

1.2. *La posizione del codice civile del 1942: art. 833 c.c.; art. 1059, c. 2, c.c.; art. 330 c.c., art. 1015 c.c.; art. 1438 c.c.; art. 1993, c. 2, c.c.; artt. 2598 e 2599 c.c.; art. 2793 c.c.*

Il codice civile vigente non prevede espressamente l'abuso del diritto, anche se diverse disposizioni ne evocano in qualche modo i caratteri salienti. In particolare, l'art. 833 c.c., relativo agli atti d'emulazione; l'art. 1059, c. 2, c.c., relativo alla servitù concessa da uno dei comproprietari; l'art. 330 c.c., in tema di decadenza dalla responsabilità genitoriale sui figli per abuso dei relativi poteri; l'art. 1015 c.c., in punto di cessazione dell'usufrutto per abusi da parte dell'usufruttuario; l'art. 1438 c.c., sulla condotta abusiva consistente nella minaccia di far valere un diritto al fine di conseguire vantaggi ingiusti; l'art. 1993, c. 2, c.c. ai sensi del quale il debitore può opporre al possessore del titolo le eccezioni fondate sui rapporti personali con i precedenti possessori, soltanto se, nell'acquistare il titolo, il possessore ha agito intenzionalmente a danno del debitore medesimo; gli artt. 2598 e 2599 c.c., che prevedono e sanzionano gli atti di concorrenza sleale; l'art. 2793 c.c., relativo all'abuso della cosa data in pegno da parte del creditore pignoratizio.

Si tratta di disposizioni normative che vengono frequentemente assunte quali applicazioni di un implicito comune principio sottostante all'ordinamento, espressione di un istituto generale che vieta l'abuso del diritto ogni volta che questo venga utilizzato dal suo titolare in contrasto con la funzione economico-sociale per la quale è stato riconosciuto e protetto (19).

Nonostante le incertezze della dottrina sulla ipotesi che, partendo dalle singole fattispecie sopra menzionate, possa desumersi l'esistenza di un principio generale inespresso, secondo cui il comportamento del titolare di un diritto possa essere sindacato dal giudice al fine di discriminare un esercizio "normale" di un diritto, e quindi il suo utilizzo discrezionale e legittimo, rispetto all'abuso dello stesso, qualora detto esercizio, per le sue modalità, non abbia altro scopo che quello di nuocere ad altri, o sia comunque diretto verso fini diversi da quelli per cui è attribuito al soggetto – la giurisprudenza di legittimità sembra essersi orientata nel senso di accogliere una soluzione affermativa dell'esistenza di detto principio generale (20). Ad esempio, si richiamano le decisioni che hanno applicato il principio dell'abuso del diritto in materia di personalità giuridica, nei casi in cui si è riconosciuto che la personalità giuridica costituiva uno schermo formale utilizzato per eludere la rigida applicazione della legge, rendendo così operativo nel nostro ordinamento il *piercing the corporation veil* della giurisprudenza degli Stati Uniti (21). Altri esempi sono costituiti, in materia societaria, dal caso in cui il diritto di voto di un socio sia stato esercitato, nella approvazione di una delibera assembleare, allo scopo di ledere gli interessi degli altri soci, ovvero risulti preordinato ad avvantaggiare ingiustificatamente i soci di maggioranza a danno di quelli di minoranza (22).

In materia contrattuale, la giurisprudenza ha applicato il principio del divieto di abuso del diritto in materia di contratti di locazione, di mediazione, al contratto autonomo di garanzia, ecc. (23). In particolare, la Corte di cassazione ha precisato che l'abuso del diritto non sussiste solo nelle ipotesi di atti emulativi, che postulano il concorso di un elemento oggettivo consistente nell'assenza di utilità per il titolare del diritto, e di un elemento soggettivo costituito dall'*animus nocendi*, ma anche nelle fattispecie di conflittualità tra interessi contrapposti, allorché sia violata la pro-

alla funzione legislativa» (sent. n. 313/1995), ma ha più volte espressamente richiamato – a sostegno delle proprie decisioni, ora come vera e propria *ratio decidendi*, ora come *obiter dictum* – il divieto dell'abuso del diritto (ord. n. 58/1999; sent. n. 187/1981).

(17) B. Troisi, *op. cit.*

(18) *Ibidem.*

(19) G. Chinè, A. Zoppini, *Manuale di diritto civile*, Molfetta, Neldiritto, 2022, 769.

(20) A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 2019, 86.

(21) *Ibidem.*

(22) *Ibidem.*

(23) *Ibidem.*

porzionalità dei mezzi usati, quando l'attuazione delle previsioni contrattuali si realizza con modalità e per finalità diversi e ulteriori rispetto a quelli consentiti. La verifica giudiziale del carattere abusivo di una clausola o di una condotta di una parte può dunque prescindere dall'esistenza del dolo e della specifica intenzione di nuocere, che sono elementi tipici degli atti emulativi, ma non delle ipotesi di abuso contrattuale o di dipendenza economica (24).

In questa prospettiva, si rileva che il principio del divieto di abuso del diritto, quale strumento di controllo dell'esercizio dei diritti soggettivi, ha trovato un espresso riconoscimento nell'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ed è ampiamente applicato dalla Corte di giustizia europea.

Nell'ambito del diritto tributario, l'art. 10-*bis* del d.p.r. n. 212/2000 ha previsto la fattispecie dell'abuso del diritto (o elusione fiscale) in presenza di operazioni che, pur nel rispetto formale delle norme tributarie, risultano essere prive di sostanza economica, ossia non giustificabili sulla base di ordinarie logiche di mercato, e pertanto inadeguate a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali. Si tratta dunque di vantaggi fiscali indebiti, anche se non immediati, realizzati in contrasto con le finalità dell'ordinamento tributario, che pertanto non potranno essere opposti all'amministrazione finanziaria, che potrà pertanto disconoscere i vantaggi così ottenuti, determinando i tributi sulla base dei principi e delle norme eluse (25).

1.3. *Interventi normativi extracodicistici in tema di abuso del diritto: art. 9 della l. n. 192/1998 (abuso di dipendenza economica); d.lgs. n. 231/2002 sul ritardo nei pagamenti delle transazioni commerciali*

Oltre alla normativa oggetto di codificazione, il legislatore più recente ha posto in essere interventi normativi specifici, volti alla protezione di categorie assunte come deboli, che possono essere letti come espressione di un principio generale che non consente l'esercizio di un diritto nel contrasto con le finalità per cui il medesimo è riconosciuto: la l. n. 192/1988, art. 9; il d.lgs. n. 231/2002 (26).

Legge n. 192/1988, art. 9, "Abuso di dipendenza economica" (27) La dipendenza economica, oggetto della disciplina normativa, si concretizza nell'ipotesi in cui un'impresa può determinare, nei rapporti con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi. In questa fattispecie, tuttavia, il comportamento sleale non si manifesta attraverso l'uso distorto di un diritto, ma attraverso condotte che si riferiscono alla fase precontrattuale e che si concretizzano nel rifiuto di contrarre se non a condizioni particolarmente svantaggiose per la controparte, attraverso l'imposizione *de facto* delle regole negoziali da parte del contraente economicamente più forte (28).

Il divieto di abuso di dipendenza economica censura quindi quei comportamenti scorretti posti in essere nella fase delle trattative e dopo la conclusione del contratto, sanzionando l'interruzione arbitraria e ingiustificata del rapporto, anche in assenza del contratto, qualora non si pervenga alla sua conclusione a causa delle dedotte iniquità (29).

Decreto legislativo n. 231/2002, "Attuazione della direttiva 2000/35/Ce relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali", in cui il legislatore postula una valutazione sostanziale della fattispecie al fine di sottolineare squilibri non solo giuridici, ma anche economici. Si veda in particolare l'art. 7, "Nullità" (30).

(24) Cass. 18 settembre 2009, n. 20106.

(25) A. Trabucchi, *op. cit.*, 87-88.

(26) F. Caringella, L. Buffoni, *Manuale diritto civile*, Roma, Dike, 2022, 167.

(27) "1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. 2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. 3. Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni. 3-*bis*. Ferma restando l'eventuale applicazione dell'articolo 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso. In caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie, l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica".

(28) G. Chinè, A. Zoppini, *op. cit.*, 781.

(29) *Ivi*, 782.

(30) "1. Le clausole relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero, a qualunque titolo previste o introdotte nel contratto, sono nulle quando risultano gravemente inique in danno del creditore. Si applicano gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, codice civile. 2. Il giudice dichiara, anche d'ufficio, la nullità della clausola avuto riguardo a tutte le circostanze del caso, tra cui il grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza, la natura della merce o del servizio oggetto del contratto, l'esistenza di motivi oggettivi per derogare al saggio degli interessi legali di mora, ai termini di pagamento o all'importo forfettario dovuto a titolo di risarcimento per i costi di recupero. 3. Si considera gravemente iniqua la clausola che esclude l'applicazione di interessi di mora. Non è ammessa prova contraria. 4. Si presume che sia gravemente iniqua la clausola che esclude il risarcimento per i costi di recupero di cui all'articolo 6. 4-*bis*. Nelle transazioni commerciali in cui il creditore sia una Pmi, come definita ai sensi del decreto del Ministro delle attività produttive 18 aprile 2005, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 238 del 12 ottobre 2005, si presume che sia gravemente iniqua la clausola che prevede termini di pagamento superiori a sessanta

Elemento comune alle citate normative è il ruolo innovativo conferito al giudice nelle valutazioni di abusività/iniquità di elementi negoziali e nel correlato potere di sostituirsi alla volontà delle parti al fine di ricondurlo ad equità (31).

1.4. *Evoluzione giurisprudenziale della nozione di buona fede*

L'attuale elaborazione dottrina e giurisprudenziale tende a collegare il tema dell'abuso del diritto al principio di buona fede, nella sua dimensione negativa di limite generale all'esercizio dei poteri del titolare del diritto (32). In particolare, richiamandosi alla Costituzione, dottrina e giurisprudenza hanno postulato l'esistenza nel nostro ordinamento di un principio generale di divieto di abuso del diritto.

Il canone costituzionale di solidarietà sociale previsto dall'art. 2 della Costituzione, di cui i principi di buona fede e correttezza sono espressione ed estrinsecazione nei rapporti tra privati, impone di selezionare, tra tutte le condotte astrattamente comprese nel contenuto del diritto, quelle che siano coerenti con lo scopo per il quale quel diritto è riconosciuto e tutelato dall'ordinamento e che non arrechino un pregiudizio inutile e comunque sproporzionato alla controparte. In particolare, la giurisprudenza italiana e comunitaria ritengono che la titolarità di un diritto non attribuisca un potere incondizionato di porre in essere tutte le condotte che la norma attributiva di quel diritto formalmente consente: l'esercizio di un diritto è sempre condizionato dallo scopo per il quale quel diritto è riconosciuto dall'ordinamento. In particolare, la Cassazione ha affermato: «Costituiscono principi generali del diritto delle obbligazioni quelli secondo cui la parti di un rapporto contrattuale debbono comportarsi secondo le regole della correttezza (art. 1175 c.c.) e che l'esecuzione dei contratti debba avvenire secondo buona fede (art. 1375 c.c.). In tema di contratti, il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione e, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase (Cass. 5 marzo 2009 n. 5348; Cass. 11 giugno 2008 n. 15476). Ne consegue che la clausola generale di buona fede e correttezza è operante, tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.). I principi di buona fede e correttezza, del resto, sono entrati, nel tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico. L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce, infatti, un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica (v. in questo senso, fra le altre, Cass. 15.2.2007 n. 3462). Una volta collocato nel quadro dei valori introdotto dalla Carta costituzionale, poi, il principio deve essere inteso come una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" imposti dall'art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge. In questa prospettiva, si è pervenuti ad affermare che il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi.

Criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva è quello dell'abuso del diritto. Gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto – ricostruiti attraverso l'apporto dottrinario e giurisprudenziale – sono i seguenti: 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte. L'abuso del diritto quindi, lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore.

Come conseguenze di tale eventuale abuso, l'ordinamento pone una regola generale, nel senso di rifiutare la tutela ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva. E nella formula della mancanza di tutela, sta la finalità di impedire che possano essere conseguiti o conservati i vantaggi ottenuti – ed i diritti connessi – attraverso atti di per sé strutturalmente idonei, ma esercitati in modo da alterarne la funzione, violando la normativa di correttezza, che è regola cui l'ordinamento fa espresso richiamo nella disciplina dei rapporti di autonomia privata» (33).

giorni. Il presente comma non si applica quando tutte le parti del contratto sono Pmi. 5. Nelle transazioni commerciali in cui il debitore è una pubblica amministrazione è nulla la clausola avente ad oggetto la predeterminazione o la modifica della data di ricevimento della fattura. La nullità è dichiarata d'ufficio dal giudice».

(31) F. Caringella, L. Buffoni, *op. cit.*, 167.

(32) G. Chinè, A. Zoppini, *op. cit.*, 769.

(33) Cass. n. 20106/2009, cit.

La stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (capo IV, "Solidarietà") postula che la buona fede venga concepita ormai non solo come criterio valutativo della condotta delle parti di un rapporto obbligatorio, ma anche come un criterio per individuare un limite di carattere generale alle pretese del titolare di un diritto (34).

In tal modo il canone della buona fede viene ad assumere, nell'ambito dei rapporti obbligatori, non solo il ruolo di fonte integrativa degli effetti degli atti negoziali, ma anche quello di limite generale all'esercizio dei diritti, consentendo di sanzionarne abusi funzionali, ovvero correlati a finalità diverse da quelle per cui l'ordinamento ha riconosciuto la posizione soggettiva di vantaggio, o abusi c.d. modali, ovvero correlati a modalità tali da arrecare un danno alla sfera giuridica altrui ingiustificatamente sproporzionato rispetto all'interesse perseguito con l'esercizio del diritto stesso (35).

Sul piano generale, a livello sanzionatorio, la violazione della buona fede, nella sua dimensione di regola di condotta, comporta essenzialmente due rimedi: il risarcimento del danno, come nel caso della responsabilità precontrattuale o contrattuale; la paralisi del diritto esercitato abusivamente, sotto il profilo sostanziale o processuale, quale espressione del canone generale del diniego di tutela (36).

Il radicamento costituzionale del principio di divieto di abuso del diritto nel canone costituzionale di solidarietà e nel principio di buona fede assume pertanto un valore direttamente precettivo sul piano giuridico, imponendo al titolare di una posizione giuridica di vantaggio di esercitarla non in funzione egoistica ma in una prospettiva solidaristica che contempra la considerazione e salvaguardia degli interessi altrui con cui il soggetto entra in relazione.

L'affermazione giurisprudenziale del principio generale di divieto di abuso del diritto viene ricondotta a due pronunce della Corte di cassazione: la sentenza n. 3775/1994 e la n. 20106/2009 sopra richiamata e riportata, con cui la Suprema Corte ha fissato gli elementi identificativi dell'abuso del diritto: 1) la titolarità di un diritto; 2) la possibilità di esercitarlo concretamente secondo modalità non predeterminate; 3) il rispetto formale delle regole attributive di quel diritto nel confronto con l'esercizio sostanziale o processuale di quel diritto attraverso modalità censurabili in base a criteri di valutazione non necessariamente correlabili a puntuali canoni giuridici; 4) una obiettivamente non giustificabile sproporzione tra il beneficio del titolare agente e il sacrificio imposto alla controparte.

Ciò che si verifica attraverso l'abuso del diritto è una scorretta utilizzazione dello schema formale della legge che, pur non violata formalmente, viene preordinata a fini che contrastano con una equilibrata e proporzionale definizione dei rapporti giuridici. Trattandosi di un principio generale di chiusura del sistema orientato ad un prospettiva di giustizia sostanziale, il suo contenuto e la sua violazione assumono manifestazioni atipiche e non esattamente predeterminabili, elementi che postulano perciò uno sforzo del giudice nell'individuare in concreto di volta in volta le circostanze della sua violazione e le sanzioni adeguate al caso di specie, volte a negare protezione giuridica all'esercizio abusivo di diritti, negando in tal modo il conseguimento di posizioni di vantaggio o il loro mantenimento nel caso in cui siano state conseguite.

Come sarà analizzato in dettaglio nei capitoli secondo e terzo, la sanzione potrà essere – a seconda dei casi – il risarcimento del danno, l'inesigibilità del diritto, l'*exceptio doli generalis*, l'inammissibilità dell'azione, l'invalidità del negozio, ecc. (37). Quanto alla sanzione di invalidità del negozio, la dottrina e la giurisprudenza tradizionali ritengono tuttavia necessario che la sanzione dell'invalidità trovi puntuale previsione nella legge. In sostanza, trovando l'abuso del diritto il proprio fondamento nel canone costituzionale di solidarietà sociale e in quello generale di buona fede, entrambe clausole generali recanti norme di mero principio, non potrebbero assurgere a requisito di validità del negozio, che la certezza dei rapporti imporrebbe invece di verificare secondo regole predefinite (38). Inoltre, si afferma che ponendo la buona fede quale regola di validità del negozio, si finirebbe per sminuire il principio di autonomia contrattuale secondo cui le parti sono le uniche arbitre delle valutazioni di convenienza del negozio (39). Tuttavia, il principio sembra ormai essere stato superato dalla giurisprudenza più recente, che ha affermato che la clausola contrattuale avente ad oggetto una caparra confirmatoria manifestamente iniqua e sproporzionata deve ritenersi nulla ai sensi dell'art. 1418, c. 1, c.c. per contrasto con l'art. 1175 c.c. in combinato disposto con l'art. 2 Cost.; il giudice potrà intervenire sulla caparra, disponendo la sua restituzione o la sua parziale riduzione nei limiti necessari a ricondurla ad un importo non eccessivo (40).

Superando l'orientamento precedente, dette pronunce hanno considerato la buona fede quale regola di validità del contratto, ammettendo la possibilità che il giudice possa intervenire modificando o integrando un accordo negoziale nel caso in cui questo si renda necessario per garantire un equo temperamento degli interessi in gioco ovvero per reprimere l'esercizio abusivo di un diritto (41).

(34) G. Chinè, A. Zoppini, *op. cit.*, 769.

(35) F. Caringella, *Manuale ragionato di diritto civile*, Roma, Dike, 2019, 81.

(36) *Ivi*, 98.

(37) *Ivi*, 86-87.

(38) Cass., S.U., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725.

(39) F. Caringella, *op. cit.*, 99.

(40) Corte cost. 24 ottobre 2013, n. 248; 2 aprile 2014, n. 77.

(41) F. Caringella, *op. cit.*, 100.

In conclusione, il concetto di abuso del diritto postula quello di ingiustizia della condotta negoziale, quale elemento fondante la responsabilità civile. Si tratta di un esercizio del diritto che persegue uno scopo non meritevole di tutela: ponendosi perciò in modo asimmetrico tra le confliggenti esigenze di garantirne l'esercizio individuale e per così dire egoistico del diritto, e di tener conto del sacrificio altrui secondo valori ispirati a solidarietà ed eguaglianza. Occorre perciò definire il confine tra ciò che è lecito esercizio del diritto, con il tollerabile sacrificio della sfera giuridica altrui, rispetto a ciò che ne rappresenta invece il travalicamento, trasmodando in illecito esercizio non meritevole di tutela e anzi sanzionabile quale fonte di responsabilità.

Il bilanciamento di confliggenti interessi postula una loro composizione attraverso la previa verifica da parte del giudice del disequilibrio dei rapporti intersoggettivi, con successiva necessità di ripristinarne l'equità, attraverso gli strumenti apprestati dall'ordinamento nelle singole fattispecie. La valutazione giudiziale è orientata a ricostruire la fattispecie oggettiva per stabilire la normalità o anomalia dell'atto di autonomia: detta ricostruzione rileva direttamente sul piano dei rimedi esperibili e delle responsabilità (42). Qualora si versi ad esempio nell'ambito di un rapporto obbligatorio, la responsabilità avrà natura contrattuale, derivando da una ipotesi di violazione del canone di buona fede; fuori da un rapporto obbligatorio, la disciplina della responsabilità dovrà essere ricondotta a quella extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c. In alcune fattispecie il legislatore ha poi previsto sanzioni specifiche, come ad esempio le decadenze comminate *ex art.* 330 c.c. sulla perdita della responsabilità genitoriale.

Proprio la circostanza che il legislatore abbia previsto specifici rimedi di repressione per varie fattispecie di abuso del diritto consente di affermare che la tecnica del risarcimento del danno non è la regola generale, ma si pone come strumento residuale e complementare rispetto ad altre specifiche sanzioni, per il ripristino dell'equilibrio alterato (43).

2. Casistica in tema di abuso del diritto

2.1. Atti emulativi e abuso del diritto

La prima ipotesi fra quelle solitamente ricomprese nell'abuso del diritto è l'emulazione: cioè l'atto compiuto senza obiettivo vantaggio proprio e con altrui danno.

Si ipotizza un danno arrecato senza che sia leso un diritto della vittima, e senza che il danno possa dirsi, in linea generale, ingiusto. Tuttavia, quel danno sarà risarcibile, e la condotta dannosa potrà essere inibita, se la condotta dannosa è inutile all'operatore.

Il codice civile vieta gli atti posti in essere senza altro scopo che quello di nuocere ad altri: c.d. atti emulativi (art. 833 c.c.).

Si tratta di una norma che trova fondamento nell'assunzione che l'ordinamento offre protezione solo ad atti dotati di una qualche utilità – economica o anche solo morale – per l'agente, non motivati quindi da finalità di puro arbitrio soggettivo (44).

Secondo una corrente dottrina il divieto sarebbe espressione normativa del principio dell'abuso del diritto, quale limite interno del diritto di proprietà, che non può mai essere disgiunto dall'interesse del titolare.

Sotto il profilo oggettivo, indice rivelatore del carattere emulativo di un atto di esercizio del diritto di proprietà sarebbe la mancanza di utilità economica, o anche solo morale, del correlato comportamento.

Il criterio di valutazione della giurisprudenza è al riguardo piuttosto elastico, ritenendosi in sostanza sufficiente per escludere un atto emulativo un interesse minimo, ovvero una qualche utilità per il soggetto agente (45).

Sotto il profilo soggettivo, l'atto emulativo deve essere connotato dal dolo specifico, ossia da un agire con lo scopo esclusivo di nuocere a terzi senza un proprio concreto vantaggio (46).

Da quanto precede, emerge tuttavia la sostanziale differenza fra l'abuso del diritto e gli atti emulativi previsti dall'art. 833 c.c., che impedisce di ravvisare in questa disposizione una espressione di diritto positivo del generale divieto di abuso del diritto e che postula pertanto una diversa ricostruzione di tale principio inespresso, attraverso il riferimento al canone costituzionale di solidarietà sociale e al principio di buona fede.

Infatti, sul piano soggettivo, mentre gli atti emulativi richiedono l'esistenza di un *animus nocendi*, fra gli elementi dell'abuso del diritto non è richiesto il dolo, quale specifica intenzione di nuocere, ponendosi detta fattispecie sul piano esclusivamente oggettivo.

Inoltre, sul piano oggettivo, mentre gli atti emulativi sono caratterizzati da una pressoché totale assenza di utilità per l'agente, l'abuso del diritto è ben compatibile con l'esistenza di un interesse dell'agente, basandosi invero la valutazione di abusività su di una comparazione tra l'interesse perseguito dal soggetto che agisce e il sacrificio imposto alla controparte.

(42) G. Chinè, A. Zoppini, *op. cit.*, 777.

(43) *Ibidem*.

(44) F. Caringella, L. Buffoni, *op. cit.*, 428.

(45) *Ivi*, 429.

(46) G. Chinè, A. Zoppini, *op. cit.*, 767.

Ne consegue che il divieto di atti emulativi di cui all'art. 833 c.c., lungi dal caratterizzarsi come fondamento normativo del divieto di abuso del diritto, può al più costituirne una peculiare e specifica applicazione (47).

2.2. Doppia alienazione immobiliare

La categoria dell'abuso del diritto viene richiamata nel caso in cui il proprietario venda uno stesso bene a soggetti diversi; in queste ipotesi, ai sensi dell'art. 2644 c.c., prevale il primo trascrivente, pur se questi fosse a conoscenza della precedente alienazione, realizzando in tal modo un abuso dell'istituto della trascrizione. La *ratio* di tale previsione normativa è quella di garantire il bene giuridico della sicurezza dei traffici negoziali.

Il comune autore (proprietario venditore), nel momento in cui stipula la seconda vendita, pone in essere consapevolmente un comportamento che costituisce l'antecedente necessario della trascrizione, che a sua volta determina la soccombenza del primo acquirente. Del danno da quest'ultimo subito dovrà quindi rispondere. La giurisprudenza, dopo aver affermato la natura extracontrattuale della responsabilità del comune autore nei confronti del primo acquirente (una volta prodottosi l'effetto traslativo e adempiuti gli obblighi contrattuali, tra le parti non residua un rapporto contrattuale e non dovrebbe quindi verificarsi la relativa responsabilità), è orientata per la tesi della responsabilità contrattuale, assumendo che il comune autore ha violato l'obbligo di garantire l'acquirente contro l'evizione (48).

Quanto alla posizione giuridica dell'acquirente che, pur essendo a conoscenza della precedente alienazione, abbia tuttavia proceduto per primo alla trascrizione, questi risponde, secondo la tesi dottrina preferibile, in via aquiliana, avendo abusato dello strumento della trascrizione per fini per ciò stesso non tutelabili dall'ordinamento (49). Anche la giurisprudenza è concorde nel ritenere che il secondo acquirente può incorrere in una responsabilità di tipo extracontrattuale, in quanto col proprio comportamento (trascrizione) realizza una lesione del diritto di proprietà del primo acquirente e causa quindi un danno ingiusto. Affinché il secondo acquirente che ha trascritto per primo possa ritenersi responsabile è tuttavia necessario che abbia agito dolosamente o colpevolmente, ossia che abbia avuto conoscenza, al tempo dell'acquisto, della precedente alienazione (50).

2.3. Abuso nelle trattative negoziali

Con riferimento alle trattative prenegoziali, la giurisprudenza ha riconosciuto la responsabilità precontrattuale del soggetto che, con il suo comportamento, ha dato luogo ad un legittimo affidamento della controparte sulla positiva conclusione delle trattative, senza poi essersi risolto alla stipulazione del contratto in assenza di valide motivazioni.

In sostanza, pur in assenza di un diritto alla stipulazione del contratto, nelle fattispecie in esame si tutela una aspettativa delusa in assenza di significative sopravvenienze (51).

2.4. Abuso del diritto potestativo e recesso ad nutum

L'abuso del diritto può verificarsi con riferimento ai diritti potestativi, il cui esercizio non può ritenersi libero fino al punto da sacrificare senza ragione la controparte (52).

Si richiama al riguardo l'art. 1355 c.c., al fine di giustificare il sindacato sui diritti potestativi; questa previsione, vietando le condizioni sospensive meramente potestative, postula la necessità di una motivazione a fondamento dell'esercizio di tali diritti.

La condizione è potestativa quando l'evento in essa dedotto è il fatto volontario di una delle parti (53).

La condizione potestativa si distingue in condizione potestativa semplice e condizione meramente potestativa.

Nella prima, l'evento consiste in una dichiarazione di volontà che è il risultato complesso di una serie di motivi, rappresentanti molteplici e apprezzabili interessi (54).

Nella seconda, è una semplice dichiarazione di volontà o un fatto tale che si possa compiere o non compiere indifferentemente, senza che vi siano seri motivi per compierlo o ometterlo.

Nella condizione potestativa la determinazione volitiva dipende da un complesso di motivi rappresentanti significativi interessi che, pur essendo rimessi all'esclusiva valutazione dell'interessato, agiscono sulla sua volontà e la determinano in un certo senso (55). Nella condizione meramente potestativa invece, l'evento è un puro e semplice fatto volontario di una parte, il cui compimento o la cui omissione non dipende da seri o apprezzabili motivi, ma dal mero arbitrio della parte. È stata qualificata condizione meramente potestativa la clausola del contratto di agenzia con cui il preponente si riserva in ogni momento la possibilità, previa comunicazione, di trattare direttamente alcuni clienti (non previamente individuati), escludendo in tal modo ogni diritto dell'agente; ciò in quanto tale clausola consente al pre-

(47) F. Caringella, *op. cit.*, 86.

(48) Cass. 17 novembre 1998, n. 11571.

(49) F. Caringella, L. Buffoni, *op. cit.*, 168.

(50) Cass. 15 giugno 1988, n. 4090.

(51) F. Caringella, L. Buffoni, *op. cit.*, 168.

(52) *Ibidem*.

(53) C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1984, 519.

(54) F. Ferrara, *La condizione potestativa*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1954, 423.

(55) Cass. 21 maggio 2007, n. 11774.

ponente di sottrarre all'agente un numero indefinito di clienti senza riconoscerli il diritto a provvigioni o tenere in alcun conto le spese sostenute e le attività svolte per organizzare una rete di clienti (56).

La Corte di cassazione ha individuato quale abuso del diritto il comportamento di una banca che receda imprevedibilmente e arbitrariamente dal contratto di apertura di credito a tempo indeterminato ovvero a tempo determinato, ma in cui il recesso sia pattiziamente consentito anche in difetto di giusta causa, esigendo l'immediato rientro. La Suprema Corte ha invero affermato che, se è vero che nel quadro della disciplina dettata dal codice civile è consentito alla banca (così come al cliente) di recedere in qualsiasi momento da un rapporto di apertura di credito a tempo indeterminato, con il solo obbligo di darne preavviso alla controparte, *ex art. 1845, ult. cpv.*, così come è consentita la re cedibilità *ad nutum* con riferimento ad ipotesi di apertura di credito a tempo determinato, in cui le parti, *ex art. 1845, cc. 1 e 2*, abbiano previsto la deroga alla necessità della giusta causa ai fini dell'esercizio del recesso prima della scadenza; questo non comporta tuttavia la totale insindacabilità del modo di esercizio del diritto potestativo di recesso da parte della banca. Il diritto potestativo di recesso *ad nutum* deve infatti considerarsi illegittimo ogniqualvolta, in base a una valutazione secondo buona fede, appaia privo di ogni *ratio* giustificatrice e ciò sia provato dalla controparte. In particolare, secondo i giudici di legittimità, il recesso della banca assume caratteri impreveduti e arbitrari quando sia in contrasto "con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai comportamenti usualmente tenuti dalla banca e all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista creditizia per il tempo previsto e non potrebbe perciò pretendersi sia pronto in qualsiasi momento alla restituzione delle somme utilizzate, se non a patto di svuotare le ragioni stesse per le quali un'apertura di credito viene normalmente convenuta" (57).

Con una successiva decisione i giudici di legittimità hanno esteso il sindacato giudiziale sulla legittimità del recesso della banca – secondo il parametro di cui all'art. 1375 c.c., per il ridetto profilo del suo eventuale carattere impreveduto ed arbitrario – all'ipotesi di rapporto di apertura di credito a tempo determinato, in cui il recesso sia consentito in presenza di una giusta causa tipizzata dalle parti.

In base al disposto del primo e secondo comma dell'art. 1845 c.c., nel caso di apertura di credito a tempo determinato, la banca non può recedere prima della scadenza del termine se non per giusta causa, concedendo al cliente un termine di quindici giorni per la restituzione delle somme utilizzate e dei relativi accessori. La norma fa tuttavia salvo il patto contrario, per cui le parti possono convenzionalmente derogare alla necessità della giusta causa, così come è ritenuto derogabile anche il termine di quindici giorni per la restituzione. Secondo la Corte di cassazione, così come le parti hanno facoltà di derogare alla necessità della giusta causa del recesso (ipotesi di cui si era occupata la decisione della Cassazione sopra riportata: cfr. nt. 48), possono anche tipizzare le circostanze che legittimano l'esercizio del diritto potestativo di recesso da parte della banca. Secondo i giudici di legittimità, la verifica in concreto della contrarietà a buona fede del recesso deve *a fortiori* ammettersi nell'ipotesi in cui le parti non abbiano derogato alla previsione della necessità della giusta causa, ma ne abbiano solo tipizzato alcune fattispecie. In particolare, ad avviso della Suprema Corte, considerato che la necessità della giusta causa "costituisce una sorta di antidoto all'abuso del diritto", il sindacato sulla conformità dell'esercizio del potere di recesso al principio di buona fede, anche in presenza di una giusta causa tipizzata dalle parti del rapporto contrattuale, "non ha per effetto la sostituzione della regola negoziale con una regola giudiziale, con il conseguente stravolgimento dell'economia del contratto, attenendo tale sindacato non alla validità della clausola, che è data per presupposta, ma al comportamento esecutivo. Infatti, come è stato in altra occasione affermato, (sent. 2503/91), in tema di esecuzione del contratto, la buona fede si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte" (58).

In sostanza, la scienza giuridica e la giurisprudenza hanno elaborato negli ultimi anni un'ampia letteratura e una costante attenzione all'analisi di una possibile configurazione di un abuso del diritto nell'esercizio del recesso *ad nutum*, con una particolare attenzione nei confronti delle possibili condotte abusive esercitate dagli istituti di credito nell'ambito dei rapporti bancari (59).

La possibilità, convenzionale o legale, di una o di entrambe le parti, di sciogliersi unilateralmente dal vincolo contrattuale mediante un atto di volontà, per il quale non è richiesta alcuna formale giustificazione, fa emergere nella prassi una potenziale iniquità di tale forma di recesso allorché l'atto abdicativo non trovi la sua ragione d'essere in alcuna attendibile motivazione, ma si fondi su una volizione arbitraria (60).

Nel caso del recesso *ad nutum*, in cui è consentito al recedente di potersi sciogliere dal contratto senza necessità di addurre motivazioni, deve considerarsi inammissibile un sindacato sulla causa del recesso, che in questo caso diviene irrilevante. Infatti, il tipo di controllo dell'atto di esercizio del diritto, che il sindacato basato sullo strumento dell'abuso implica, si fonda essenzialmente sull'accertamento di una deviazione dell'esercizio dello stesso rispetto

(56) Cass., Sez. lav., 20 maggio 1997 n. 4504.

(57) Cass. 21 maggio 1997, n. 4538.

(58) Cass. 14 luglio 2000, n. 9321.

(59) L. Pennazzi Catalani, *La configurabilità dell'abuso del diritto nell'esercizio del recesso ad nutum*, in G. Grisi (a cura di), *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, Roma, Tre-Press, 2019, 23.

(60) G. Santoro, *L'abuso del diritto di recesso ad nutum*, in *Contratto e impr.*, 1986, 766.

allo scopo per cui è stato attribuito: scopo che non è violato se il contraente recede immotivatamente, per cui non può censurarsi l'esercizio del diritto sotto il profilo della causa che lo ha determinato, perché così facendo si introdurrebbe *ex post* una nuova qualificazione del diritto ad opera del giudice, trasformando il recesso *ad nutum* in un recesso causale (61).

Quanto precede non esclude però altre forme di controllo da parte del giudice, ad esempio quanto alle modalità in cui viene esercitato. In particolare, nei casi in cui con l'esercizio di un proprio diritto si miri ad ottenere, e si ottengano effettivamente in danno della controparte, utilità non rientranti nel contenuto del diritto, talché possa affermarsi che lo stesso diritto è stato utilizzato per scopi diversi da quelli che ne avevano giustificato l'attribuzione. In sostanza, il soggetto titolare, esercitando con queste finalità il recesso, consegue sia utilità inerenti al diritto stesso, sia ulteriori utilità che costituiscono la vera *ratio* per cui ne è avvenuto l'esercizio. Si tratta di condotte formalmente legittime ma, nella sostanza, inique a causa delle conseguenze che producono a danno dei terzi. Si portano quali esempi di abuso del diritto di recesso l'ipotesi in cui il medesimo venga posto in essere non tanto per porre termine al rapporto, quanto per indurre la controparte, durante il decorso del periodo di preavviso, a rinunciare ad alcune pretese, oppure per ri-negoziare un rinnovo del rapporto rispetto a condizioni più vantaggiose (62).

Con la sentenza 18 settembre 2009, n. 20106 la Corte di cassazione ha espresso il proprio orientamento in ordine alla sindacabilità, alla stregua dell'abuso del diritto, degli atti di autonomia privata e, in particolare, del recesso. In sostanza, secondo la Suprema Corte il recesso, anche se non collegato ad una giusta causa, è sempre passibile di controllo da parte dell'autorità giudiziaria, che ha il compito di accertare se il suo esercizio sia stato in concreto illegittimo. La possibile obiezione secondo cui non potrebbe essere oggetto di scrutinio una prerogativa rimessa ad una valutazione di convenienza del tutto soggettiva, viene superata dalla Cassazione attraverso il ricorso alla categoria dell'abuso del diritto. In particolare, i giudici di legittimità, fondano la propria decisione di accoglimento del ricorso su due elementi, il principio di buona fede e l'abuso del diritto, pervenendo alla conclusione della sindacabilità nel merito, a certe condizioni e sulla base di alcuni presupposti, anche del recesso *ad nutum*, affermando l'esistenza di un ineludibile dovere di valutazione da parte del giudice di merito, in base ad una rinnovata attenzione ai valori costituzionali di solidarietà sociale (art. 2 Cost.) e alla funzione sociale della proprietà (art. 42 Cost.), e sottolineando come i principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione e nell'interpretazione dei contratti rilevano sia sul piano dell'individuazione degli obblighi contrattuali, sia su quello del bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti.

Sotto il primo profilo, essi impongono alle parti di adempiere ad obblighi anche non espressamente previsti dal contratto o dalla legge, ove ciò sia necessario per preservare gli interessi della controparte.

Sotto il secondo profilo, essi consentono al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sul contenuto del contratto, qualora ciò si renda necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del proprio diritto, impedendo che il suo esercizio sconfini nell'arbitrio.

Una parte della dottrina ha accolto questo orientamento, sostenendo la sussistenza di un nesso tra l'esercizio abusivo del diritto di recesso e il profilo causale del contratto, individuando nella correttezza una regola di controllo dell'equilibrio contrattuale. Si è rilevato come sia la configurazione dell'interesse del titolare del diritto, che emerge dalla ricostruzione della causa del contratto, a costituire il discrimine tra esercizio e abuso del diritto, perché consente di distinguere in che modo è possibile realizzare questo interesse, non essendo lo scopo del diritto di recesso fissato in astratto dal legislatore, ma determinandosi in funzione degli assetti concreti di interessi che esso mira a realizzare. Secondo questa posizione dottrinale, l'abuso è l'esercizio di un diritto secondo modalità tali da renderlo pregiudizievole per l'altra parte, e la regola di correttezza consente di individuare le condotte del titolare del diritto di recesso che non contraddicono il profilo causale del contratto. Si è altresì affermato che la buona fede oggettiva è una modalità di controllo della corretta esecuzione del contratto, una regola di governo giudiziario della discrezionalità delle parti nell'esercizio del diritto, per garantire la realizzazione della causa, e una sostanziale giustizia contrattuale.

Al ruolo correttivo della interpretazione secondo buona fede e al connesso potere del giudice di modificare lo status negoziale al fine di garantire il giusto equilibrio degli opposti interessi, sono state poste due obiezioni fondamentali.

In primo luogo, l'attribuzione al criterio ermeneutico di buona fede di una funzione correttiva del regolamento contrattuale non tiene conto della radicale differenza tra il procedimento interpretativo e quello correttivo: il primo è finalizzato all'interpretazione di una regola pattizia formulata in modo imperfetto e a risolvere possibili conflitti; il secondo è invece strumento che incide sulla validità del contratto contrario all'ordinamento giuridico e che viceversa si risolve sul piano dell'invalidazione.

In secondo luogo, l'utilizzo del criterio di buona fede per ristabilire il corretto equilibrio degli opposti interessi pare in contraddizione con il principio della tripartizione dei poteri, per cui solo al legislatore compete l'istituzione della norma imperativa e il compito di definire i presupposti al cui ricorrere è consentito al giudice di modificare e correggere l'assetto contrattuale.

(61) L. Pennazzi Catalani, *op. cit.*, 25.

(62) *Ibidem*.

La citata sentenza della Corte di cassazione ammette un sindacato sui motivi del recesso *ad nutum* attraverso il criterio dell'abuso del diritto, ma entro determinati confini. A tale fine, si possono richiamare i criteri individuati dalla dottrina per delineare la figura dell'abuso del diritto: titolarità di un diritto soggettivo; possibilità che il concreto esercizio del diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; la circostanza che tale esercizio concreto sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico o extragiuridico; infine, il fatto che, a causa di tale esercizio anomalo del diritto, si realizzi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio cui è soggetta la controparte. Questi criteri non si applicano invece nell'ipotesi di un sindacato attraverso il canone della buona fede *in executivis*, il quale è diretto a censurare le modalità attraverso cui il diritto viene esercitato piuttosto che lo scopo, e che inoltre determinano anche delle diversità sul piano dei rimedi. Infatti, mentre la violazione del dovere di buona fede determina un rimedio di tipo risarcitorio, l'abuso del diritto lascia aperta la possibilità di una tutela reale, che si manifesta mediante rimedi diversi da quello del risarcimento del danno (63).

2.5. Abuso nel diritto societario

Altro settore in cui è dato di rilevare un'ampia casistica applicativa del divieto di abuso del diritto è quello societario.

In primo luogo, può verificarsi un abuso del diritto di voto da parte sia della maggioranza che della minoranza assembleare.

Il primo caso, che è quello più frequente, viene in evidenza allorché la delibera della maggioranza assembleare non sia orientata al perseguimento dell'interesse societario, bensì ad interessi personali dei soci di maggioranza al fine esclusivo di ledere i diritti di partecipazione e gli altri diritti patrimoniali degli altri soci, come nel caso di aumenti di capitale deliberati al solo scopo di escludere i soci che non possedano le capacità economiche per l'esercizio del diritto di opzione alla sottoscrizione. In questi casi la giurisprudenza ritiene che detto abuso possa essere causa di annullamento della deliberazione *ex art. 2377 c.c.* (64).

Meno frequente il caso di abusi del diritto da parte della minoranza dei soci, mossi per lo più da intenti ostruzionistici, quale la sistematica e strumentale impugnazione delle delibere assembleari (65), ovvero l'uso anomalo del diritto di convocazione dell'assemblea *ex art. 2367, c. 1, c.c.*, al solo scopo di ostacolare l'attività degli amministratori (66).

Nel contesto dei gruppi societari, possono poi verificarsi fattispecie di abuso di controllo, come nelle ipotesi in cui la società capogruppo eserciti i poteri direttivi sulle società controllate non al fine di perseguire gli interessi comuni del gruppo, ma per interessi solo alla medesima riferibili, per lo più in conflitto con gli interessi delle controllate. L'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento da parte della capogruppo, elemento fisiologico e di per sé legittimo in un contesto di gruppo, deve tuttavia svolgersi nel rispetto di alcuni limiti. In particolare, l'art. 10 della l. n. 366 del 2001 indica, tra i criteri direttivi della riforma in materia di gruppi, quello di "assicurare che l'attività di direzione e coordinamento contemperi adeguatamente l'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di quest'ultime". In sostanza, nei casi in cui la società controllante adotti politiche di controllo volte al solo scopo di trarne un vantaggio personale a danno della società controllata, si potrà concretizzare una situazione di abuso (67).

2.6. Abuso della personalità giuridica

Costituisce una particolare forma di abuso del diritto anche la figura di matrice giurisprudenziale del c.d. abuso di personalità giuridica.

Si tratta di una fattispecie che si verifica allorché le persone fisiche utilizzano lo schermo societario per lo svolgimento di un'attività imprenditoriale a carattere sostanzialmente individuale, garantendosi il beneficio della responsabilità limitata.

Si realizza in questi casi un uso distorto della struttura sociale, per gestire un'attività di impresa senza assumersi in prima persona le responsabilità con la stessa connesse.

L'ipotesi che i soci di controllo utilizzino una società a responsabilità limitata al fine di perseguire i loro interessi personali anziché quelli della società, con pregiudizio dei creditori sociali, ha indotto la dottrina e la giurisprudenza ad elaborare modelli teorico-pratici volti a risolvere il problema definito "abuso della personalità giuridica", che pone in contrasto da una parte una rigida interpretazione del principio della responsabilità limitata e dall'altra intuibili

(63) *Ivi*, 26-30.

(64) F. Caringella, *op. cit.*, 94; Cass. 11 giugno 2003 n. 9353.

(65) Cass. 11 dicembre 2000, n. 15592.

(66) F. Caringella, *op. cit.*, 94.

(67) Si richiama, sul punto, anche il disposto dell'art. 2634 c.c., secondo cui gli amministratori rispondono, anche penalmente, quando arrechino un danno alla società con il fine di determinare un ingiusto profitto alla controllante, salvo che il profitto di quest'ultima sia contemperato dai vantaggi che ottiene la controllata.

principi di giustizia ed equità (teorie note come: *piercing the corporate veil*, ossia “*perforamento del velo societario*”).

In sostanza, il problema è quello di ammettere o meno la possibilità dello schermo societario, quale formalmente previsto dalla legge, anche a favore di quei soci che fanno uso della propria responsabilità limitata al mero fine di non far fronte ai propri debiti e obblighi personali.

La dottrina e la giurisprudenza hanno spesso fatto riferimento ai concetti di socio gestore e di società occulta o di fatto, per cui i soci dovrebbero essere esenti da responsabilità, che ricadrebbe invece sugli amministratori in virtù dei loro poteri gestori.

Si tratta di teorie che non postulano un vero e proprio superamento della personalità giuridica, con disapplicazione del principio della responsabilità limitata dei soci, ma tendono a configurare una responsabilità parallela dei soci, che si affianca a quella normalmente limitata alle loro proprie partecipazioni. Tale responsabilità parallela viene ritenuta attribuibile a quei soci che pongono in atto condotte ritenute abusive sulla base dei propri poteri di controllo e gestione sulla società (caso del socio gestore) o in virtù del suo *status* di socio di una terza entità *de facto* priva di responsabilità limitata (caso della società occulta o *de facto*).

In particolare, secondo consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione, il c.d. “socio sovrano”, socio titolare della maggioranza del capitale della società cui esso partecipa, allorché si serva della struttura sociale come schermo (così trasformandosi in “socio tiranno”) al fine di gestire i propri affari con responsabilità patrimoniale limitata, può incorrere nel fenomeno definito “abuso di personalità giuridica”, ravvisabile quando alla forma societaria corrisponda una gestione in tutto e per tutto individuale. In tal caso, la sanzione è costituita dalla disapplicazione delle norme attributive del beneficio della responsabilità limitata, con l’affermazione a carico del singolo di una responsabilità illimitata anche con il proprio patrimonio, e con ipotizzabili ulteriori forme di responsabilità civile e penale (68).

Il fenomeno dell’abuso di personalità giuridica nasce pertanto dall’esigenza di contrastare lo schermo societario dietro il quale opera il c.d. “socio tiranno”, al fine di attribuirgli una responsabilità illimitata per le obbligazioni contratte dalla società di capitali da lui diretta e controllata, consentendo l’aggressione del suo patrimonio personale da parte dei creditori della società.

Esso tuttavia non può essere a sua volta utilizzato per eludere l’esistenza di un soggetto dotato di personalità giuridica e patrimonio separato, consentendo l’aggressione di tale patrimonio (e non della sola quota di pertinenza) da parte dei creditori personali del socio; circostanza che in sostanza legittimerebbe un’azione di nullità dell’atto costitutivo di una società di capitali, in violazione dell’art. 2332 c.c. e di una lettura restrittiva dei casi di nullità della società da esso previsti, recata dalla orientamento della giurisprudenza di legittimità (69).

Sempre con riferimento al problema del c.d. abuso della personalità giuridica, e alle condotte colpose e negligenti dei soci che vanno a ledere gli interessi dei creditori, si può infine richiamare il secondo comma dell’art. 2086 c.c., introdotto dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.

In particolare, tale nuova disciplina sembra estendere ai soci parte di quei doveri che gravano di norma sugli amministratori in conseguenza dei compiti di *governance* societaria loro intestati.

Nella specie, a tenore della nuova disciplina, graverebbe ora sugli stessi soci il “dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell’impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell’impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l’adozione e l’attuazione di uno degli strumenti previsti dall’ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale”.

Attribuire ai soci l’incombente di questi obblighi potrebbe far intendere estesa agli stessi parte della responsabilità che in passato è stata comunemente attribuita ai soli amministratori, aprendo uno spiraglio per nuove prospettive con riguardo alla responsabilità dei soci che superi in qualche modo una concezione di autonomia patrimoniale perfetta, come già avvenuto in altri ordinamenti, quali quello statunitense, inglese, cinese e tedesco, nei quali l’eccessivo controllo del socio, quale presupposto essenziale per realizzare una condotta abusiva, ha portato all’adozione di vari rimedi, scalfendo appunto il principio dell’autonomia patrimoniale perfetta, strettamente legata alla personalità giuridica delle società di capitali (70).

2.7. Responsabilità della banca per abusiva concessione del credito e per ingiustificata interruzione del rapporto di finanziamento

Abusiva concessione di credito. Consiste nell’erogazione di finanziamenti bancari ad una impresa della quale la banca stessa conosca l’insolvenza, così determinando nei terzi un erroneo convincimento circa la solidità dell’impresa finanziata.

(68) Cass. 22 giugno 2022, n. 20181.

(69) Cass. n. 20181/2022, cit.

(70) A. Sebastiani, *Piercing of corporate veil e l’abuso della personalità giuridica alla luce della nuova formulazione del novellato art. 2086, secondo comma del codice civile*, in <<https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com>>, 26 gennaio 2021.

La giurisprudenza ha affermato che l'erogazione di un finanziamento obbliga il finanziatore non solo a valutare i rischi che da tale finanziamento possano derivare a suo carico, ma anche a tenere in considerazione le conseguenze negative che dall'erogazione potrebbero conseguire nei confronti dei terzi operatori economici indotti in errore dalla sopravvivenza artificiosa di un'impresa ormai decotta (71).

L'erogazione di un finanziamento obbliga dunque il creditore non solo a valutare i rischi che da tale finanziamento possono derivare a carico del creditore, ma anche a calcolare le conseguenze negative che sul mercato possono derivare da una concessione di credito che, procrastinando l'insolvenza, e quindi il fallimento dell'impresa finanziata, inducendo in errore gli operatori economici circa la sua solvibilità, la mantiene artificialmente in vita anziché farla fuoriuscire dal mercato con vantaggio concorrenziale di altri operatori del settore. Secondo la giurisprudenza, l'abusiva concessione del credito produce un pregiudizio anche a prescindere dal verificarsi del fallimento e anche prima che questo si verifichi.

Secondo la giurisprudenza, la concessione abusiva del credito è sanzionata attraverso lo strumento della responsabilità: a) aquiliana, nei confronti dei creditori dell'impresa finanziata e dei terzi, nonché dei concorrenti (72); b) contrattuale, nei confronti della stessa impresa finanziata per il danno provocato al patrimonio della società. Si tratta di un danno immediato e diretto derivante dalla condotta illecita della banca che, anziché ispirarsi ai principi di sana e corretta gestione del credito, risulta preordinata a mantenere artificialmente in vita un imprenditore decotto (73). Nelle ipotesi di responsabilità aquiliana verso i creditori e i terzi operatori del mercato, occorre esaminare il requisito dell'ingiustizia del danno. In particolare, trattandosi di un abuso del diritto, si pone il problema di individuare l'elemento soggettivo della condotta della banca erogatrice del credito e, in particolare, di verificare se l'erogazione del credito sia giustificata dalla convinzione di poter sanare l'impresa, oppure abbia altre finalità o sia mossa da altri scopi.

L'erogazione può reputarsi corretta quando la concessione del finanziamento sia fondata sulla previsione della capacità di recupero dell'impresa, con conseguente vantaggio per tutti i creditori; si configura invece come abusiva quando l'impresa si trovi in condizioni di non poter più adempiere alle proprie obbligazioni e versi quindi in uno stato di dissesto che si appalesi irreversibile (74). Al riguardo, la giurisprudenza ha affermato che l'erogazione del credito è qualificabile come abusiva allorché venga effettuata, con dolo o colpa, ad un'impresa che si palesi in una situazione di difficoltà economico-finanziaria e in mancanza di concrete prospettive di superamento della crisi, integrando in tal caso un illecito del soggetto finanziatore, per essere egli venuto meno ai suoi doveri primari di una prudente gestione, che lo obbliga al risarcimento del danno ove ne discenda l'aggravamento del dissesto favorito dalla continuazione dell'attività d'impresa.

Non integra invece una abusiva concessione la condotta di una banca che, pur al di fuori di una formale procedura di risoluzione della crisi dell'impresa, abbia assunto un rischio non irragionevole, operando nell'intento del risanamento aziendale ed erogando credito ad un'impresa suscettibile, secondo una valutazione *ex ante*, di superamento della crisi o almeno di proficua permanenza sul mercato, sulla base di documenti, dati e notizie acquisiti, da cui sia stata in buona fede desunta la volontà e la possibilità del soggetto finanziato di utilizzare il credito ai detti scopi (75).

La valutazione di sussistenza del dolo va dunque effettuata in relazione al momento in cui il comportamento viene tenuto, per cui la responsabilità va esclusa tutte le volte in cui la crisi dell'impresa abbia un'evoluzione peggiorativa che al momento dell'attuazione del piano di finanziamento non poteva essere prevista.

Quanto ai rimedi esperibili, anzitutto è esercitabile l'azione risarcitoria *ex art.* 2043 c.c., quale strumento di reintegrazione del patrimonio del singolo creditore, analogamente all'azione risarcitoria del socio e del terzo danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori prevista dall'art. 2395 c.c. Per i danni cagionati al patrimonio della società finanziata è esperibile l'azione di responsabilità contrattuale, in relazione alla quale, in caso di successivo fallimento, la legittimazione compete al curatore fallimentare in qualità di successore nei rapporti del fallito (76).

Ingiustificata interruzione del rapporto di finanziamento. Nel corso di rapporti bancari a tempo indeterminato con apertura di credito, come nel conto corrente, la banca può decidere di interrompere improvvisamente il rapporto di credito.

In tali casi – nei quali il titolare di un diritto soggettivo, pure in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non rispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato e ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale al fine di conseguire risultati diversi e ulteriori rispetto a quelli per i quali i poteri o facoltà erano attribuiti – può essere evocata la figura dell'abuso del diritto. Il diritto di recesso nei rapporti di credito bancario è disciplinato dall'art. 1845 c.c. che, nel caso di contratto di apertura di credito in conto corrente a tempo indeter-

(71) Cass., S.U., 28 marzo 2006, n. 7030; Cass. 14 maggio 2018, n. 11695.

(72) Cass. 15 marzo 2022, n. 8382: non è causa di nullità del contratto l'abusiva concessione di credito in favore di un'impresa che versi in una situazione di difficoltà economico-finanziaria, configurandosi piuttosto la fattispecie come un illecito, fonte di responsabilità per il soggetto finanziatore, ove ne derivi un aggravamento del dissesto favorito dalla continuazione dell'attività d'impresa.

(73) G. Chinè, A. Zoppini, *op. cit.*, 778.

(74) *Ibidem*.

(75) Cass. 14 settembre 2021, n. 24725.

(76) G. Chinè, A. Zoppini, *op. cit.*, 779.

minato, prevede che ciascuna delle parti può recedere dal contratto mediante preavviso nel termine stabilito dalle parti nel contratto, o dagli usi o, in mancanza, in quello di quindici giorni.

Il diritto di recesso *ad nutum* è inoltre previsto dallo stesso contratto nell'apertura di credito in conto corrente, ed è in concreto consentito dalle norme bancarie uniformi, sicché la Corte di cassazione ha più volte affermato che il giudice del merito non può esimersi, per il fatto che i contraenti hanno previsto espressamente quella clausola, dal valutare se l'esercizio di tale facoltà sia stato effettuato nel pieno rispetto delle regole di correttezza e di buona fede cui deve improntarsi il comportamento delle parti del contratto. La mancanza della buona fede in senso oggettivo, prescritta dagli artt. 1175 e 1375 c.c. per la fase della formazione ed esecuzione del contratto, può rivelare infatti un abuso del diritto, ossia un esercizio del diritto volto a conseguire fini diversi da quelli per i quali il diritto stesso è stato conferito (77). In particolare, la Suprema Corte ha precisato che non può escludersi che il recesso di una banca dal rapporto di apertura di credito, benché pattiziamente consentito anche in difetto di giusta causa, sia da considerarsi illegittimo ove assuma in concreto connotati del tutto imprevidi e arbitrari. In sostanza, la banca non può arbitrariamente interrompere il rapporto di credito in quanto, nonostante il diritto di recesso sia esercitabile anche in difetto di giusta causa, tale facoltà si contrappone alla ragionevole aspettativa di chi, in base ai rapporti usualmente tenuti dalla banca, ha fatto conto di poter disporre della provvista redditizia per il tempo previsto, non potendosi pretendere che il cliente sia pronto in qualsiasi momento alla restituzione delle somme utilizzate, se non al prezzo di privare di contenuto le ragioni per le quali viene normalmente stipulata un'apertura di credito (78).

Il sindacato sull'esercizio del diritto di recesso da parte della banca contrappone diversi interessi che spetta al giudice dirimere: il rispetto del dovere di buona fede contrattuale, il rispetto delle prerogative di libertà negoziale, il rispetto delle scelte imprenditoriali della banca. In seguito alla dichiarazione di illegittimità del recesso esercitato dalla banca per l'abuso del diritto e in mancanza del ripristino della situazione antecedente l'esercizio abusivo del recesso, la banca è tenuta al risarcimento del danno per avere illecitamente privato il cliente delle somme concesse a credito. In alcuni casi l'impresa, a seguito dell'irragionevole recesso della banca dal credito concesso, è poi fallita, e in questo caso è stato riconosciuto il diritto al risarcimento del danno dell'impresa, ma si è ritenuto irrilevante, ai fini della dichiarazione di insolvenza dell'impresa, il motivo per il quale l'impresa era arrivata in tale stato fallimentare (79). Il recesso illegittimo dall'affidamento creditizio può rilevare ai fini dell'esclusione del fallimento solo se sia l'unica causa che ha portato alla dichiarazione di insolvenza, non quando lo stesso ha concorso a privare di liquidità un'azienda in situazione già di per sé suscettibile di rilievo fallimentare.

2.8. Abuso del diritto nel diritto di famiglia: promessa di matrimonio e convenzioni matrimoniali

L'assoluta indisponibilità della libertà matrimoniale, quale principio di ordine pubblico, ha il suo fondamento negli artt. 29 e 30 Cost., e trova riscontro nella previsione dell'art. 79 c.c., secondo cui: "La promessa di matrimonio non obbliga a contrarlo né ad eseguire ciò che si fosse convenuto per il caso di non adempimento".

L'art. 79 c.c. prevede dunque la nullità, di ordine pubblico, dell'impegno a contrarre matrimonio e di ogni convenzione contratta per l'eventuale non adempimento, negando perciò sanzioni per il mancato adempimento della promessa di matrimonio; in particolare, è da ritenersi nulla sia la clausola penale sia la caparra apposte alla promessa di matrimonio. Tuttavia, ai sensi dell'art. 81 c.c., "La promessa di matrimonio fatta vicendevolmente per atto pubblico o per scrittura privata da una persona maggiore di età o dal minore ammesso a contrarre matrimonio a norma dell'articolo 84, oppure risultante dalla richiesta della pubblicazione, obbliga il promittente che senza giusto motivo ricusi di eseguirla a risarcire il danno cagionato all'altra parte per le spese fatte e per le obbligazioni contratte a causa di quella promessa. Il danno è risarcito entro il limite in cui le spese e le obbligazioni corrispondono alla condizione delle parti". In sostanza, allorché la promessa sia accompagnata da elementi tali da giustificare il ragionevole affidamento in ordine alla sua realizzazione, la ricasazione di adempiervi senza il ricorso di *giusti motivi* impone al revocante l'obbligo di risarcire il danno cagionato all'altra parte per le spese fatte e per le obbligazioni contratte a causa di quella promessa, in ragione del profilo di abusività che connota l'esercizio di una revoca non sorretta dal ricorso di interessi apprezzabili.

La "promessa solenne" delineata dall'art. 81 c.c. ha dunque i seguenti requisiti di forma e di sostanza: reciprocità della promessa, capacità di agire dei promittenti, atto pubblico o scrittura privata o richiesta di pubblicazioni matrimoniali; essa crea un affidamento giuridicamente apprezzabile nell'altro promittente circa il suo adempimento, sicché un rifiuto ingiustificato viola l'obbligo generale di comportarsi in ogni rapporto secondo buona fede, giustificando l'obbligo del risarcimento dei danni, nei soli limiti ivi previsti (80). Invero, il risarcimento del danno previsto dall'art.

(77) Cass. 29 maggio 2020, n. 10324.

(78) Cass. n. 4538/1997, cit.

(79) Cass. 13 agosto 2004, n. 15769: "Ai fini della dichiarazione di fallimento, lo stato di insolvenza deve essere valutato secondo dati oggettivi, prescindendo da qualsiasi indagine in ordine alle relative cause; pertanto, l'interruzione brutale del credito bancario, se anche può essere causa di risarcimento del danno ove in concreto assuma connotati del tutto imprevidi ed arbitrari, non consente, tuttavia, di ritenere insussistente lo stato di insolvenza se da tale condotta, ancorché illegittima, sia derivato uno stato di impotenza economica dell'imprenditore, mentre a diversa conclusione potrebbe giungersi soltanto nel caso in cui l'imprenditore fosse inadempiente esclusivamente nei confronti degli istituti che avessero illegittimamente esercitato il recesso dal rapporto di apertura di credito".

(80) Cass. 15 marzo 1983, n. 3015.

81 non è una conseguenza dell'inadempimento della promessa siccome quello di cui all'art. 1218 c.c. è conseguenza dell'inadempimento delle obbligazioni; la legge non mira in questo caso a reintegrare il fidanzato in maniera totale dei danni patrimoniali conseguenti alla rottura del fidanzamento, in quanto il danno risarcibile non comprende le perdite subite dal fidanzato incolpevole e i suoi mancati profitti, ma consiste solo nel danno che la parte incolpevole abbia subito per le spese e le obbligazioni contratte a causa della promessa. L'obbligazione che consegue *ex lege* all'esercizio del diritto di recesso non si può configurare come illecito extracontrattuale, essendo il recesso espressione di una libertà fondamentale; né può rientrare nelle fattispecie di responsabilità contrattuale o precontrattuale, considerato che la promessa di matrimonio non è un contratto né costituisce un vincolo giuridico tra le parti; ci si trova in sostanza di fronte ad una ipotesi particolare di riparazione collegata dalla legge alla rottura del fidanzamento senza giusto motivo; ne consegue che spetta al recedente, qualora voglia sottrarsi a siffatta obbligazione riparatoria, l'onere di provare la sussistenza del giustificato motivo quale fatto costitutivo negativo della pretesa dell'altra parte (81).

La giurisprudenza ha di recente affermato che la rottura della promessa di matrimonio solenne comporta la previsione, a carico del recedente senza giusto motivo, non di una piena responsabilità per danni, ma di un'obbligazione *ex lege* a rimborsare alla controparte quanto meno l'importo delle spese affrontate e delle obbligazioni contratte in vista del matrimonio; non sono risarcibili voci di danno patrimoniale diverse da queste né gli eventuali danni non patrimoniali (82).

Ci si è chiesti in dottrina, con riferimento alla ipotesi di una brusca e immotivata rottura della convivenza "di fatto", non fondata sulla contrazione di un precedente matrimonio, se gli affidamenti suscitati dall'instaurazione di una convivenza dotata di rilevanti e duraturi indici di serietà e di stabilità, laddove la rottura non risulti dettata da apprezzabili motivi, siano idonei a giustificare analoghi meccanismi di riequilibrio patrimoniale e di tutela (83).

L'abuso della libertà matrimoniale, *sub specie* dello sviamento dell'atto dalla funzione che gli è propria, si può inoltre delinearli nell'ipotesi in cui il matrimonio venga contratto all'unico scopo del conseguimento, da parte di taluno dei nubendi, di una determinata cittadinanza. In tal caso l'applicazione del divieto di abuso del diritto potrebbe garantire meccanismi di tutela ulteriori, oltreché estendere la legittimazione ad impugnare l'atto matrimoniale, rispetto all'azione di simulazione matrimoniale, esperibile solo da ciascuno dei coniugi (84). Problemi di abusività sono ipotizzabili anche con riferimento alle c.d. convenzioni matrimoniali e, in particolare, alla costituzione del fondo patrimoniale all'unico scopo di sottrarre i beni alla garanzia patrimoniale generica dei creditori, con sviamento dell'istituto dalla funzione che gli è propria (85). Ai sensi dell'art. 167 c.c., "Ciascuno o ambedue i coniugi, per atto pubblico, o un terzo, anche per testamento, possono costituire un fondo patrimoniale, destinando determinati beni, immobili o mobili iscritti in pubblici registri, o titoli di credito, a far fronte ai bisogni della famiglia".

In virtù del vincolo di inespropriabilità contenuto nell'art. 170 c.c., secondo cui "L'esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia" – norma che consente l'esecuzione sui beni del fondo patrimoniale solo per i debiti contratti per i bisogni della famiglia e che consente di opporre, nei confronti del creditore precedente, la costituzione di alcuni beni in fondo patrimoniale e la loro conseguente inespropriabilità (relativa) – il fondo patrimoniale viene spesso utilizzato per finalità strumentali che ne determinano uno sviamento dalla causa tipica che l'ordinamento attribuisce al negozio e dalle sue originarie funzioni solidaristiche. Pertanto, solo nel caso in cui il debito sia stato contratto per i bisogni della famiglia, il creditore potrà aggredire anche i beni vincolati nel fondo patrimoniale, altrimenti gli stessi saranno inespropriabili, salvo che il creditore dimostri di non essere consapevole dell'estraneità ai bisogni della famiglia.

Al fine di consentire ai creditori di difendersi da eventuali impieghi fraudolenti, La giurisprudenza e la dottrina concordano sulla ammissibilità a tutela dei creditori dell'azione revocatoria (fallimentare e ordinaria) contro l'atto costitutivo del fondo patrimoniale (86). In particolare, la Corte di cassazione ha affermato che il sistema vigente non esonera l'atto di costituzione del fondo patrimoniale dall'assoggettamento alle azioni revocatorie (ordinaria, come fallimentare); così facendo intendere che, nel conflitto, le ragioni dei creditori possono prevalere sulla cura degli interessi familiari di carattere patrimoniale (87).

Il negozio di conferimento dei beni al fondo determina un pregiudizio ai creditori, in termini di perdita o diminuzione della garanzia patrimoniale generica *ex* 2740 c.c., o comunque di maggiore difficoltà di soddisfacimento del credito.

Ai fini dell'azione revocatoria, occorre stabilire se l'atto di costituzione del fondo stesso sia un atto a titolo gratuito o a titolo oneroso; infatti, per quanto attiene all'azione revocatoria ordinaria, l'art. 2901, c. 1, n. 2, c.c. stabilisce

(81) Cass. 15 aprile 2010, n. 9052.

(82) Cass. 9 giugno 2020, n. 10926.

(83) F. Caringella, L. Buffoni, *op. cit.*, 172.

(84) *Ibidem*.

(85) La costituzione del fondo patrimoniale deve essere ricompresa tra le convenzioni matrimoniali: Cass., S.U., 13 ottobre 2009, n. 21658.

(86) F. Caringella, L. Buffoni, *op. cit.*, 1819.

(87) Cass. 2 aprile 2021, n. 9192.

che, quando si tratti di atto a titolo oneroso, l'attore in revocatoria è tenuto a provare la consapevolezza da parte del terzo del pregiudizio che l'atto arreca alle ragioni dei creditori. Quanto all'azione revocatoria fallimentare, l'art. 64 l. fall. stabilisce che gli atti a titolo gratuito posti in essere dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento sono privi di effetto nei confronti dei creditori, esclusi i regali di uso e gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, in quanto la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante. Al riguardo, la Corte di cassazione ha ripetutamente affermato il principio che la costituzione del fondo patrimoniale, rientrando nell'area delle convenzioni matrimoniali, si presenta, attraverso l'esegesi delle disposizioni dall'art. 167 all'art. 171 c.c., come atto tipico di liberalità non solo quando a costituire il fondo è un terzo o uno solo dei coniugi e l'effetto della gratuità è reso evidente in virtù della disposizione (art. 168 c.c.) che vuole attribuiti i beni conferiti nella proprietà comune dei coniugi, ma anche quando entrambi i coniugi conferiscono al fondo beni già di proprietà comune, rinunciando essi in modo gratuito alle facoltà insite nel diritto di proprietà in favore della famiglia, mediante il vincolo di indisponibilità dei beni e la destinazione dei frutti ai soli bisogni della famiglia (88).

In sostanza, la giurisprudenza ravvisa ormai nella costituzione del fondo patrimoniale un atto a titolo gratuito indipendentemente dalle sue modalità di costituzione, posto che in ogni caso al vincolo di indisponibilità impresso sui beni del fondo non corrisponde alcun corrispettivo per i costituenti. Né vale ad escludere il carattere della gratuità, nell'ipotesi di conferimento da parte di entrambi i coniugi, il tentativo di individuare nella costituzione del fondo patrimoniale l'adempimento di un obbligo morale, e cioè quello di far fronte ai bisogni della famiglia, in funzione della tutela della solidarietà familiare; infatti, se è vero che i coniugi sono tenuti *ex art. 143 c.c.* a contribuire ai bisogni della famiglia, tuttavia i medesimi non hanno l'obbligo di adempiervi mediante la costituzione di un fondo patrimoniale, che ha finalità ulteriori e diverse. Da ciò consegue che, in caso di fallimento di uno dei coniugi, il negozio costitutivo del fondo patrimoniale sarà suscettibile di revocatoria fallimentare a norma dell'art. 64 l. fall., dovendosi escludere che tale costituzione ricada in una delle esenzioni previste dalla seconda parte dell'art. 64 (adempimento di un dovere morale), salvo che non si dimostri in concreto l'esistenza di una situazione tale da integrare nella sua oggettività gli estremi del dovere morale e il proposito del *solvens* di adempiere, unicamente, a quel dovere, mediante l'atto in questione (89).

2.9. Abuso del diritto ed eccesso di potere

Secondo un'impostazione rigorosa, la teoria dell'abuso dovrebbe essere limitata ai diritti soggettivi in senso stretto; l'abuso di poteri sia pubblici che privati dovrebbe quindi essere tenuto opportunamente distinto dall'abuso di diritto. Tuttavia, la similitudine tra la dottrina privatistica dell'abuso e l'indirizzo della giurisprudenza amministrativa italiana sullo sviamento di potere emerge con una certa evidenza, e se un'analisi congiunta non ha avuto seguito, ciò è dovuto principalmente al fatto che la diversità di giurisdizione, di rimedi e di tecniche interpretative tra diritto civile e diritto amministrativo rende complesse prospettive unificanti. In realtà la struttura dell'abuso è la stessa – sia che sia esercitata da autorità pubbliche che da autorità private, ed è solo l'apparato dei rimedi che induce ad una trattazione diversificata – per cui il problema dell'abuso del diritto può essere accomunato a quello dello sviamento di potere (90). Invero, l'atto amministrativo ha una sua specifica causa prevista dal legislatore non derogabile dalla pubblica amministrazione nel suo agire, pur nel suo ambito di discrezionalità.

Quando l'atto amministrativo non rispetta il vincolo costituito dalla sua causa tipica, si versa nel vizio dell'eccesso di potere. Una delle figure tipiche dell'eccesso di potere è lo sviamento di potere, che si verifica quando l'autorità amministrativa usa il potere attribuitole dalla legge per raggiungere uno scopo diverso, deviando dagli ambiti previsti dalla legge. Il vizio di sviamento di potere pone in risalto lo scopo dissimulato dall'azione amministrativa al fine di dimostrarne l'illegittima finalità perseguita in concreto. In questo caso è evidente che lo smascheramento dello sviamento – che presuppone l'esercizio di una potestà discrezionale e la cui manifestazione non coincide con la violazione estrinseca di un dettato normativo – avviene non *ex se* bensì attraverso un'operazione di interpretazione in via di deduzione logica.

Sia nel caso dell'abuso del diritto che dello sviamento di potere, l'analisi dell'interprete parte dall'esame dei motivi sottesi all'azione privata ovvero della motivazione del provvedimento amministrativo, e attiene alla verifica della reale portata degli atti e comportamenti posti in essere, al fine di determinare un giudizio di coerenza tra diritto/potere esercitato e risultato concretamente perseguito.

2.10. L'abuso del diritto nel diritto e nella giurisprudenza dell'Unione europea

2.10.1. L'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza del 7 dicembre 2000)

L'abuso del diritto è previsto dall'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea firmata a Nizza il 7 dicembre 2000, che, dal 1° dicembre 2009, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha acquisito lo stesso valore giuridico dei Trattati.

(88) Cass. 17 maggio 2022, n. 15776.

(89) F. Caringella, L. Buffoni, *op. cit.*, 1819.

(90) C. Salvi, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. giur.*, vol. I.

Il citato art. 54, rubricato “Divieto dell’abuso del diritto”, riproduce l’art. 17 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (Cedu), a sua volta mutuato dall’art. 30 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, 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”. La disposizione ha valenza meramente interpretativa, senza prevedere direttamente sanzioni per l’esercizio abusivo dei diritti riconosciuti dall’ordinamento comunitario (91).

Considerata la supremazia del diritto comunitario sul diritto interno, la problematica dell’abuso del diritto assume un carattere particolare, ponendosi la questione di verificare se e in base a quali parametri la norma di diritto comunitario attributiva di un diritto, ove quest’ultimo venga esercitato in modo abusivo, possa non essere applicata lasciando spazio alla norma di diritto interno.

Significativa sul tema è la pronuncia 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”.

La circostanza che nell’ordinamento dell’Unione europea l’abuso del diritto sia inserito fra i principi di carattere generale, ne comporta l’applicabilità a tutti gli Stati membri, compresi quindi quelli, come l’Italia, nei cui ordinamenti non è espressamente previsto; ciò in base al richiamo contenuto nell’art. 6 del Trattato Ue, alla Carta di Nizza e alla Cedu. Basterebbe dunque questo per poter affermare l’esistenza nel sistema normativo di un divieto generale di abuso del diritto, in conformità con l’orientamento espresso dalla stessa giurisprudenza comunitaria (92). Invero, la Corte di giustizia si è occupata del tema dell’abuso, definendolo principio generale del diritto comunitario, nel rispetto di determinate regole. Infatti, nella maggior parte dei casi che sono stati oggetto dell’esame della giurisprudenza comunitaria in relazione all’utilizzo delle norme dell’Unione europea per eludere la normativa nazionale, si è manifestata la preoccupazione che il riconoscimento di un principio generale che sanziona l’esercizio abusivo di una situazione giuridica attribuita dal diritto comunitario avrebbe potuto minare il primato del diritto sovranazionale. La Corte di giustizia, pur affermando che una norma nazionale non può pregiudicare la piena efficacia e l’applicazione delle disposizioni comunitarie negli Stati membri, ha tuttavia precisato che non si può tollerare un esercizio irragionevole del diritto europeo da parte del titolare, per ottenere vantaggi illeciti e palesemente estranei all’obiettivo perseguito dal legislatore. Il principio secondo cui gli interessati non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto europeo è divenuto pertanto costante nella giurisprudenza della Corte di giustizia (93).

2.10.2. *L’abuso del diritto nella giurisprudenza comunitaria*

Occorre verificare in base a quali criteri la Corte di giustizia ha considerato abusivo l’esercizio di diritti soggettivi di origine comunitaria.

La Corte di giustizia si è occupata della tematica in esame in relazione a una rilevante varietà di applicazioni concrete fra loro eterogenee.

Nelle sentenze 21 febbraio 2006, *Halifax e University of Huddersfield* (sentenze della Corte di giustizia nelle cause C-255/02, C-419/02 e C-223/03), la giurisprudenza comunitaria, ha affermato che i soggetti di diritto non possono avvalersi fraudolentemente o abusivamente del diritto comunitario. In relazione al settore dell’Iva, la Corte di giustizia ha ritenuto che, per potersi dichiarare un comportamento abusivo, le operazioni controverse, pur formalmente applicative delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni di una norma comunitaria e della legislazione nazionale che la recepisce, devono portare ad ottenere un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all’obiettivo perseguito da quelle stesse disposizioni. In particolare, deve risultare da elementi oggettivi che le operazioni controverse siano essenzialmente rivolte ad ottenere un vantaggio fiscale; mentre il divieto di comportamenti abusivi non trova applicazione allorché le operazioni trovino una spiegazione diversa dal mero conseguimento di vantaggi fiscali.

Con la sentenza C-425/06 del 21 febbraio 2008, la Corte di giustizia ha affermato che la sesta direttiva deve essere interpretata nel senso che l’esistenza di una pratica abusiva può essere riconosciuta qualora il perseguimento di un vantaggio fiscale costituisca lo scopo essenziale (anche se non esclusivo) dell’operazione controversa: non è quindi esclusa l’esistenza dell’abuso quando concorrono altre ragioni economiche e sarà quindi compito del giudice nazionale valutare se sussista un’operazione abusiva, al di là dell’apparente conformità della fattispecie alla legge.

Alla luce dell’orientamento della giurisprudenza comunitaria, si è affermato che è configurabile l’esercizio abusivo di un diritto in ambito comunitario al ricorrere congiunto di due elementi: il primo, di carattere oggettivo, consistente nell’aggirare la norma nazionale facendo ricorso a libertà riconosciute dal diritto comunitario, così esercitando un diritto per un fine diverso da quello per il quale tale diritto è stato legislativamente predeterminato, con alterazione del fattore causale (*ratio*) delle norme; il secondo, di natura soggettiva, identificabile con la consapevolezza, da parte

(91) F. Caringella, L. Buffoni, *op. cit.*, 173.

(92) A. Astone, *Il divieto di abuso del diritto*, Milano, Giuffrè, 2017, 43 ss.

(93) *Ibidem*.

del titolare del diritto esercitato, dell'abusività del comportamento tenuto e la cui esistenza può essere desunta da circostanze oggettive (94).

La Corte ha cioè proceduto dapprima alla verifica del requisito oggettivo, valutando il possibile sviamento del diritto dalla finalità prevista dall'ordinamento, e successivamente ha vagliato il ricorrere dell'*animus nocendi* sul piano della condotta concreta, inteso non come perseguimento di finalità antisociali bensì come intenzionalità e coscienza del comportamento abusivo finalizzato al perseguimento – non solo doloso, ma anche con colpa grave – di un vantaggio derivante dalla normativa comunitaria ottenibile mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per la sua realizzazione. La Corte di giustizia inoltre è ferma nel richiedere sempre una valutazione caso per caso dalla quale risulti evidente la natura abusiva del comportamento posto in essere dal singolo. Non sono invece ammesse presunzioni di irregolarità, specialmente se fondate su criteri di natura discriminatoria (95).

3. Problematiche processuali

3.1. Rapporti tra abuso del diritto e rimedi esperibili, nella legislazione e nella giurisprudenza

Il concetto di abuso del diritto implica quello di ingiustizia della condotta negoziale, pur nell'apparente conformità ai dettami normativi. Finché l'atto resta nei confini del diritto e ne costituisce esercizio, esso è lecito e, anche se è produttivo di danni, resta insindacabile nella sua finalità. Ciò che l'ordinamento reprime è invece il suo abuso, ovvero il perseguimento di uno scopo non meritevole di tutela.

La tematica in esame si muove tra le contrastanti esigenze di garantire l'esercizio individuale e per così dire egoistico del diritto, che non tenga conto del sacrificio altrui, e i valori di solidarietà e uguaglianza. In sostanza, si tratta di stabilire il confine tra ciò che è lecito esercizio del diritto anche con un sacrificio tollerabile dell'altrui sfera giuridica, e ciò che ne rappresenta il travalicamento, divenendo illecito e quindi non meritevole di tutela o addirittura sanzionabile quale fonte di responsabilità. Si tratta di un bilanciamento di configgenti interessi la cui composizione richiederà la verifica, da parte del giudice, dell'intervenuta rottura dell'equilibrio nei rapporti intersoggettivi, con la conseguente necessità di ripristinarlo attraverso i rimedi previsti dall'ordinamento.

Compito del giudice è dunque quello di stabilire la normalità dell'atto di autonomia per verificare l'eventuale abusività della condotta posta in essere. La ricostruzione dell'abuso del diritto si riflette direttamente sul piano dei rimedi esperibili, primo fra tutti il risarcimento del danno.

È anzitutto necessario distinguere a seconda che l'abuso sia realizzato nell'ambito di un rapporto obbligatorio o al di fuori di esso: nel primo caso la responsabilità non potrà che avere natura contrattuale, originando da un'ipotesi di violazione della clausola di buona fede; nel secondo caso la disciplina dovrà essere rinvenuta nell'art. 2043 c.c.

In alcune ipotesi il legislatore ha previsto sanzioni specifiche, quali ad esempio le decadenze comminate *ex art.* 330 c.c. in tema di perdita della responsabilità genitoriale.

La tecnica del risarcimento del danno non si presenta come regola generale, bensì residuale e complementare rispetto ad altre specifiche sanzioni rinvenibili per varie fattispecie di abuso, volte a ripristinare gli equilibri alterati. Il fine è quello di individuare, rispetto al singolo abuso, un rimedio che consenta, ove possibile, di mantenere in vita l'atto, neutralizzandone l'abusività e correggendone la distorsione. In questo senso, accanto al rimedio risarcitorio, la giurisprudenza più recente tende a riconoscere e applicare rimedi ulteriori, quali quello dell'inopponibilità e dell'inefficacia dell'atto abusivo, salvo le specifiche sanzioni che il legislatore individua in relazione alle singole ipotesi di abuso (96). Come abbiamo visto trattando la casistica in tema di abuso del diritto (97), occorre chiedersi quali sono i rimedi che l'ordinamento predispone per le ipotesi di esercizio abusivo di un diritto soggettivo.

Un rimedio frequentemente utilizzato dalla giurisprudenza è quello dell'art. 2043 c.c., ad esempio nelle ipotesi di doppia alienazione immobiliare (98) e, in generale, in tutti i contratti in danno di terzi, come nel caso di stipulazioni non rispettose di pregressi vincoli prenegoziali, derivanti ad esempio dal diritto di prelazione (99). In questi casi ci si trova di fronte ad un palese abuso del diritto, trattandosi di condotte non giustificabili sotto il profilo dell'autonomia negoziale, in quanto poste in concreto al fine di danneggiare la posizione di terzi meritevole di protezione.

L'elemento psicologico necessario ad integrare la responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 è, in alcuni casi, il dolo, come nelle ipotesi di doppia alienazione immobiliare o di contratti in danno o in frode di terzi, nelle quali solo la presenza dell'*animus nocendi* connota come abusiva la condotta del soggetto che pone in essere un comportamento che è solo apparentemente esercizio legittimo di un diritto, ma in concreto abusivo e come tale non autorizzabile dall'ordinamento.

Alcuni autori propongono in questi casi una ricostruzione dell'abuso che ne postuli una responsabilità oggettiva, ponendosi in tal modo a carico del soggetto danneggiato il solo onere di dimostrare il divaricamento tra la condotta

(94) G. Chinè, A. Zoppini, *op. cit.*, 772.

(95) F. Caringella, L. Buffoni, *op. cit.*, 173.

(96) G. Chinè, A. Zoppini, *op. cit.*

(97) Cfr. par. 2.

(98) Cfr. par. 2.2.

(99) F. Caringella, L. Buffoni, *op. cit.*, 169.

del soggetto agente e il fine previsto dalla norma attributiva del diritto, nonché il nesso causale tra abuso e lesione. Questo orientamento non può tuttavia ricondursi all'ambito applicativo della responsabilità extracontrattuale, che non contempla ipotesi di responsabilità oggettiva se non in specifici casi, potendo semmai ricorrere, nelle singole fattispecie di abuso, rimedi differenti dalla responsabilità aquiliana, quali quelli che qui di seguito a titolo meramente esemplificativo si richiamano.

Ci si riferisce alle ipotesi in cui il legislatore dispone la *sanctio* della nullità o dell'inefficacia, in relazione a fattispecie di abuso poste in essere in posizione di forza contrattuale (cfr. ad es. l'art. 36 del d.lgs. n. 206/2005, codice del consumo, che prevede una nullità di protezione a solo vantaggio del consumatore, in presenza di clausole vessatorie), o alle ipotesi di abusi societari, come nel caso di una delibera adottata dalla maggioranza per fini extrasociali, sanzionata con l'annullamento della stessa (cfr. artt. 2373 e 2479-ter c.c.).

Nelle fattispecie in cui l'abuso consiste nell'impedire l'avveramento di una condizione, l'art. 1359 c.c. prevede la sanzione costituita dalla *ficatio* dell'avveramento: dall'abuso perpetrato deriva dunque l'efficacia del negozio.

In altri casi il legislatore, in presenza di abusi, determina il diniego di una protezione giuridica astrattamente prevista: si pensi all'art. 1426 c.c., in base al quale la regola dell'annullabilità del contratto posto in essere dal minore subisce una eccezione nel caso in cui quest'ultimo abbia occultato con raggiri la sua minore età, ponendosi così una causa di esclusione dell'annullabilità per incapacità derivante da minore età. Si tratta di una sanzione per un comportamento extracontrattuale tenuto in occasione della stipulazione di un contratto, attraverso la quale si protegge la buona fede di chi contrae con il minore; affinché possa escludersi l'annullabilità del contratto nel caso che il minore abbia con raggiri occultato la sua minore età, deve sussistere un comportamento fraudolento del minore, diretto ad ingannare l'altro contraente e tale da non fargli percepire la sussistenza del particolare stato di incapacità.

Altri casi in cui il legislatore, in ipotesi di abuso del diritto, pone in essere rimedi differenti dal paradigma generale dell'art. 2043 c.c. (o dell'art. 1218 c.c.) sono quelli, già richiamati (100), dell'art. 330 c.c., che sanziona l'abuso della responsabilità genitoriale con la decadenza dalla stessa, e dell'art. 1015 c.c., secondo cui l'usufrutto può anche cessare per abuso del suo diritto da parte dell'usufruttuario, alienando i beni o deteriorandoli o lasciandoli andare in perimento per mancanza di ordinarie riparazioni: sul piano processuale, il nudo proprietario che chieda la decadenza dell'usufruttuario dal suo diritto in conseguenza dell'abuso, ex art. 1015, consistente nella mancanza di ordinarie riparazioni che determini il perimento i beni che ne formano oggetto, deve limitarsi a dimostrare la sussistenza di tale condizione al momento della proposizione della domanda, mentre grava sull'usufruttuario, che affermi che la mancanza di manutenzione preesisteva alla costituzione del suo diritto, l'onere di provare tale circostanza, trattandosi un'eccezione diretta a paralizzare la pretesa fatta valere in giudizio (101).

3.2. *Abuso del processo*

Il tema dell'abuso del diritto trova applicazione non solo nell'ambito del diritto sostanziale ma anche in campo processuale, quale necessario corollario del rispetto del principio della buona fede in ogni manifestazione di esercizio del diritto, compresa la fase della proposizione di un'azione in giudizio.

Il divieto di abuso del processo sanziona l'esercizio scorretto del potere della parte di scegliere le strategie di difesa processuale, con l'effetto di determinare un aggravio della posizione della controparte non giustificato dal perseguimento di un legittimo e ragionevole interesse (102).

Nel nostro ordinamento giuridico manca una definizione di abuso del processo, formula che dottrina e giurisprudenza considerano come proiezione dell'abuso del diritto.

In via generale, i diritti riconosciuti dalla nostra Costituzione non sono esercitabili in assoluto, ma devono trovare il necessario contemperamento con altri principi e diritti costituzionalmente garantiti di pari dignità.

Venendo al tema in esame, appare pertanto evidente la necessità di operare un bilanciamento tra il diritto di azione previsto dall'art. 24 Cost., il principio del giusto processo contemplato dall'art. 111 Cost. e il principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., da cui come abbiamo visto derivano canoni comportamentali a carico delle parti, tra i quali l'obbligo di agire secondo buona fede. In particolare, deve essere richiamato il principio del giusto processo, regolato dalla legge, di cui all'art. 111 della Costituzione.

La avvenuta costituzionalizzazione del principio del giusto processo reca con sé due effetti: in primo luogo, l'emersione di una componente correlata alla correttezza dei comportamenti dei protagonisti processuali; in secondo luogo, un profilo di garanzia che ne postula la controllabilità. In sostanza, dal principio costituzionale del giusto processo può inferirsi che il processo, per essere definito giusto, non può essere valutato esclusivamente in termini oggettivi, ma anche in termini soggettivi, *sub specie* del necessario rispetto dei principi di lealtà e di buona fede, che impongono a tutti i soggetti istituzionalmente coinvolti obblighi di condotta e di comportamento processuali suscettibili di controllo.

(100) Cfr. par. 1.2.

(101) Cass. 14 giugno 2017, n. 14803.

(102) F. Caringella, *op. cit.*, 95.

L'abuso del processo si sostanzia dunque in una condotta che si caratterizza per un requisito oggettivo e uno soggettivo. Il primo consistente nella circostanza che lo strumento processuale viene utilizzato per fini diversi da quelli propri, ossia non per tutelare i diritti dedotti in giudizio, ma per finalità ulteriori ed estranee al contenuto tipico, arrecando conseguentemente un danno alla controparte. Il requisito soggettivo postula che la condotta venga posta in essere in violazione del dovere generale di correttezza *ex art. 1175 c.c.* e di buona fede previsto dall'*art. 1375 c.c.* In definitiva, la giurisprudenza di legittimità afferma che costituisce abuso del processo qualsiasi iniziativa processuale volta a conseguire un ingiusto vantaggio, distorcendo i fini naturali del processo civile.

Per quanto attiene ai profili civilistici dell'abuso del processo, si può dunque affermare che, con tale categoria, si intercetta il fenomeno per il quale un determinato atto o comportamento, pur in astratto rispettoso del contenuto di un diritto, viene in concreto percepito in qualche modo come iniquo e illecito, sulla base di criteri non formali di valutazione.

L'abuso del processo, in particolare, si sostanzia nell'utilizzo da parte di un soggetto di strumenti processuali con il fine di determinare, in danno della controparte, un sacrificio non giustificato dal perseguimento di un interesse lecito. Rientrano in questa casistica ipotesi tipiche già note nell'ordinamento, ma anche ipotesi atipiche scriminate attraverso la valutazione di atti e comportamenti operata sulla scorta di criteri di adeguatezza, proporzionalità e meritevolezza, con l'effetto di determinarne *de facto* una valutazione di illiceità pur quando atti e comportamenti appaiano espressioni di un determinato diritto.

Prendendo a base la casistica giurisprudenziale, i casi di abuso del processo possono essere classificati in almeno due grandi categorie.

Parcellizzazione della domanda, nella quale possono farsi rientrare i casi di frazionamento giudiziale del credito unitario, che si verifica quando una parte, la fonte dei cui diritti trovi origine in un unico rapporto giuridico, introduce plurimi procedimenti anziché un unico processo. Si tratta di una condotta processuale non consentita, per essere tale frazionamento in contrasto con i principi di correttezza e buona fede, nonché con il principio di ragionevole durata del processo (103).

Utilizzo di mezzi processuali con scopi dilatori o manifestamente infondati, attraverso cui la parte utilizza il processo con finalità che eccedono o trasmodano rispetto al naturale impiego dello strumento, come nel caso di instaurazione di giudizi con la sola finalità di prolungare i tempi di definizione della controversia.

3.3. *Parcellizzazione della domanda: frazionamento del credito in giudizio*

Al riguardo, in relazione all'ipotesi di plurime iniziative giudiziarie aventi ad oggetto diritti di credito distinti tra loro ma relativi ad un unico rapporto di durata, la Cassazione a Sezioni unite (104) ha enunciato il principio di diritto secondo cui – nel caso in cui le questioni relative a tali crediti risultino inscrivibili nel medesimo ambito di un altro processo precedentemente instaurato, così da potersi ritenere già in esso deducibili o rilevabili, e inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un ipotizzabile giudicato, così come nel caso in cui i crediti siano fondati sul medesimo fatto costitutivo – le domande relative a ciascun credito possono essere proposte separatamente soltanto se l'attore risulti portatore di un oggettivo interesse al frazionamento.

Il creditore deve dunque avere un interesse oggettivamente valutabile alla proposizione separata di azioni relative a crediti diversi riferibili al medesimo rapporto di durata, se inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un ipotizzabile giudicato, ovvero fondati sul medesimo fatto costitutivo.

Il principio era stato anche richiamato dalla Cassazione (105) in relazione all'ipotesi in cui vengano proposte più azioni dirette ad accertare, per ragioni diverse, la nullità del termine apposto ad uno stesso contratto di lavoro subordinato.

Con particolare riferimento al tema dell'impugnazione del licenziamento, la Cassazione (106) si era già occupata di una vicenda in cui il lavoratore aveva proposto due distinti ricorsi avverso l'atto di licenziamento intimatogli dal datore di lavoro, deducendo nelle due cause profili di illegittimità diversi. In quella occasione i giudici della legittimità avevano osservato che la diversità della *causa petendi*, pur nella identità del *petitum* (diretto all'applicazione della l. n. 300/1970, art. 18) impediva di ravvisare la litispendenza tra le cause; si era anche esclusa la maturazione di una preclusione alla proponibilità di una nuova azione, “ferma restando la possibilità per il giudice adito di valutare, al fine del regolamento delle spese processuali, il comportamento processuale della parte attrice che abbia proposto due cause con due ricorsi, anziché un solo ricorso contenente il *thema decidendum* di entrambe le cause in forma di domanda principale e domanda subordinata”.

Da quanto precede emerge che la giurisprudenza del tempo non aveva ancora individuato una preclusione derivante dal divieto di abuso del processo. E invero, le Sezioni unite (107) si erano anzi pronunciate in senso affermativo

(103) Cfr., *amplius*, par. 3.3.

(104) Cass., S.U., 16 febbraio 2017, n. 4091.

(105) Cass. 30 ottobre 2017, n. 25745.

(106) Cass. 10 gennaio 2005, n. 270.

(107) Cass., S.U., 10 aprile 2000, n. 108.

circa la frazionabilità della tutela giudiziaria del medesimo credito. Risale soltanto alla successiva pronuncia n. 23726/2007 l'affermazione da parte delle Sezioni unite del principio secondo cui è contraria alla regola generale di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., e si risolve in abuso del processo ostativo all'esame della domanda il frazionamento giudiziale (contestuale o sequenziale) di un credito unitario. Secondo i giudici di legittimità il mutamento di giurisprudenza si impone in un quadro normativo evoluto, sia nella accentuata valorizzazione della regola di correttezza e buona fede – specificativa nel contesto del rapporto obbligatorio degli “inderogabili doveri di solidarietà”, il cui adempimento è richiesto dall'art. 2 Cost. –, sia in relazione al canone del “giusto processo” di cui al novellato art. 111 Cost., che impone una lettura adeguata della normativa di riferimento (in particolare dell'art. 88 c.p.c), nel senso del suo allineamento al duplice obiettivo della “ragionevolezza della durata” del procedimento e della “giustizia” del processo, inteso come risultato finale della risposta alla domanda della parte, che non può considerarsi giusto ove frutto di abuso in conseguenza dell'esercizio dell'azione in forme eccedenti o devianti rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale, che segna limite e ragione della attribuzione al suo titolare della *potestas agendi*. Quanto precede in conseguenza dell'ormai acquisita consapevolezza della intervenuta costituzionalizzazione del canone generale di buona fede oggettiva e correttezza, collegato con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., che attribuisce a quella clausola generale anche obblighi di protezione della persona e delle cose della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale. Se, in questa prospettiva, si è pervenuti ad affermare che il criterio della buona fede costituisce strumento per il giudice atto a controllare (anche in senso modificativo o integrativo) lo statuto negoziale in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi, *a fortiori* deve riconoscersi che l'originario equilibrio del rapporto obbligatorio deve essere mantenuto fermo in ogni successiva fase, anche giudiziale, dello stesso e non può quindi essere alterato ad iniziativa del creditore, in danno del debitore. Ciò che invece accadrebbe in ipotesi di consentita parcellizzazione giudiziale dell'adempimento del credito, da cui potrebbe derivare un'incidenza pregiudizievole, o comunque peggiorativa, sulla posizione del debitore: sia per il profilo del prolungamento del vincolo coattivo cui egli dovrebbe sottostare per liberarsi della obbligazione nella sua interezza, ove il credito sia nei suoi confronti azionato inizialmente solo *pro quota* con riserva di azione per il residuo; sia per il profilo dell'aggravio di spese e dell'onere di molteplici opposizioni (per evitare la formazione di un giudicato pregiudizievole) cui il debitore dovrebbe sottostare, a fronte della moltiplicazione di (contestuali) iniziative giudiziarie. Non rileva in contrario che il frazionamento del credito possa rispondere ad un interesse non necessariamente emulativo del creditore (come quello di adire un giudice inferiore, più celere nella soluzione delle controversie, confidando nell'adempimento spontaneo da parte del debitore del residuo debito), poiché – a parte la pertinenza di tale considerazione alla sola ipotesi del frazionamento non contestuale – è decisivo il rilievo che resterebbe comunque lesiva del principio di buona fede la scissione del contenuto della obbligazione operata dal creditore, per esclusiva propria utilità, con unilaterale modificazione aggravativa della posizione del suo debitore. Oltre a violare il generale dovere di correttezza e buona fede, la disarticolazione ad opera del creditore dell'unità sostanziale del rapporto, sia pur nella fase giudiziale della coazione all'adempimento, in quanto attuata nel processo e tramite il processo, si risolve automaticamente anche in abuso dello stesso, risultando detta parcellizzazione giudiziale del credito non in linea con il precepto inderogabile del processo giusto, cui l'interpretazione della normativa processuale deve viceversa uniformarsi. Ulteriore *vulnus* al giusto processo deriverebbe dalla formazione di giudicati contraddittori cui potrebbe dar luogo la pluralità di iniziative giudiziarie collegate allo stesso rapporto. Inoltre, l'effetto inflattivo riconducibile ad una ipotizzata moltiplicazione di giudizi contrasterebbe con l'obiettivo, costituzionalizzato nello stesso art. 111 Cost., della “ragionevole durata del processo”, stante l'evidente antinomia tra la moltiplicazione dei processi e la possibilità di contenimento della relativa durata (108).

Il principio, enunciato dalle Sezioni unite del 2007 con riferimento ad un singolo credito, è stato esteso dalla citata pronuncia n. 4091/2017 (109) alla ulteriore ipotesi della pluralità di diritti di credito distinti, riferibili ad un unico rapporto di durata, nei termini di cui si è detto.

È interessante tuttavia osservare che, con la citata pronuncia n. 270/2005 (110), la Corte di cassazione, Sez. lavoro, aveva già ritenuto, seppure ai soli fini della disciplina delle spese, la contrarietà al principio di correttezza e buona fede processuale della proposizione di più iniziative giudiziarie avverso il medesimo atto di licenziamento.

Secondo la recente consolidata giurisprudenza della Cassazione (111), nell'ipotesi dell'impugnazione del licenziamento non si tratta di far valere, come nella eventualità esaminata dalle Sezioni unite nell'arresto n. 4091/2017, pretese che potrebbero essere maturate in tempi diversi e in relazione a vicende sostanziali diverse, ragione per la quale le Sezioni unite hanno specificamente individuato i casi di improponibilità di azioni plurime, rispetto ad una regola generale di proponibilità («Le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, anche se relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, possono essere proposte in separati processi. Se tuttavia i suddetti diritti di credito, oltre a far capo ad un medesimo rapporto di durata tra le stesse parti, sono anche, in proiezione, inscrivibili

(108) Cass., S.U., 15 novembre 2007, n. 23726.

(109) Cfr. nt. 90.

(110) Cfr. nt. 92.

(111) Cass., Sez. lav., 16 agosto 2021, n. 22930.

nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o comunque “fondati” sul medesimo fatto costitutivo – sì da non poter essere accertati separatamente se non a costo di una duplicazione di attività istruttoria e di una conseguente dispersione della conoscenza di una medesima vicenda sostanziale –, le relative domande possono essere proposte in separati giudizi solo se risulta in capo al creditore agente un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata». In caso di impugnazione del licenziamento le domande hanno infatti ad oggetto un unico atto ed una medesima vicenda sostanziale. Le Sezioni unite nella pronuncia del 2017 hanno posto a base del principio di improponibilità, nell’ambito in cui è stato affermato, la considerazione che la trattazione dinanzi a giudici diversi, in contrasto con il principio di economia processuale, di una medesima vicenda, sia pure connotata da aspetti in parte dissimili, incide negativamente sulla giustizia sostanziale della decisione, sulla durata ragionevole dei processi, nonché infine sulla stabilità dei rapporti in relazione al rischio di giudicati contrastanti. La proposizione di distinte azioni di impugnazione del licenziamento, riguardando la medesima vicenda sostanziale, ricade dunque nell’ambito del divieto di frazionamento delle tutele; la proposizione di azioni diverse per impugnare il medesimo licenziamento deve essere dunque in punto di principio giustificata da uno specifico interesse, divenendo di applicazione generale il principio di improponibilità enucleato nella pronuncia delle Sezioni unite del 2017.

Si rammenta altresì il principio di diritto secondo cui “in tema di esecuzione forzata, non viola gli obblighi di correttezza e buona fede e non contravviene al divieto di abuso degli strumenti processuali l’iniziativa del creditore di due o più debitori solidali che, in forza del medesimo titolo, intraprenda un’azione esecutiva nei confronti di uno di essi dopo aver ottenuto, nei confronti di un altro condebitore, un’ordinanza di assegnazione ex art. 553 c.p.c., fintanto che la stessa non sia stata interamente eseguita dal terzo pignorato sino all’integrale concorrenza del credito per cui si agisce, fermo restando il divieto di ottenere più dell’ammontare del credito medesimo, la cui violazione deve essere fatta eventualmente valere in sede esecutiva mediante apposita opposizione”.

3.4. *Utilizzo di mezzi processuali con scopi dilatori o manifestamente infondati: responsabilità processuale ex art. 96 c.p.c.*

Secondo la giurisprudenza di legittimità, ai fini della condanna prevista dall’art. 96, c. 3, c.p.c., non è sufficiente l’esito sfavorevole della controversia, perché altrimenti sarebbe vanificato il diritto costituzionale di difesa; deve piuttosto emergere in termini oggettivi dagli atti del processo che si è agito o resistito in giudizio pretestuosamente, con abuso dello strumento processuale, che ricorre allorché la condotta processuale si traduca in un comportamento contrario al canone di correttezza e buona fede, in quanto adottato col sacrificio di un interesse altrui di valore superiore rispetto a quello soddisfatto attraverso l’esercizio giudiziale del diritto, o attuato con modalità irrispettose della sfera di interessi della controparte processuale, o senza alcuna considerazione per l’interesse superiore ad un efficiente svolgimento del processo, che risulta lesa da un aumento del volume del contenzioso, da ogni ostacolo alla ragionevole durata dei processi pendenti, nonché dallo spreco di risorse (112).

I principi che precedono sono stati declinati dalla Suprema Corte in una fattispecie in cui l’abuso del diritto all’impugnazione risultava oggettivamente dalla proposizione di un ricorso per cassazione, tra l’altro privo dei necessari requisiti di specificità e tassatività, fondato su motivi in parte manifestamente incoerenti con il contenuto della sentenza impugnata e per di più tutti vertenti a suscitare una mera complessiva richiesta di rivalutazione nel merito della controversia; la sussistenza di palesi e plurime ragioni di inammissibilità dei motivi, nell’evidenziare in termini oggettivi l’uso scorretto dello strumento processuale, ha reso dunque – secondo i supremi giudici – l’impugnazione incompatibile con un quadro ordinamentale che, da una parte, deve universalmente garantire l’accesso alla tutela giurisdizionale dei diritti (art. 6 Cedu) e dall’altra deve tenere conto del principio costituzionale della ragionevole durata del processo e della conseguente necessità di strumenti dissuasivi rispetto ad azioni meramente dilatorie e defatigatorie; detta impugnazione, pertanto, costituisce condotta oggettivamente valutabile come “abuso del processo”, poiché determina un ingiustificato sviamento del sistema processuale dai suoi fini istituzionali e si presta perciò ad essere sanzionata con la condanna del soccombente al pagamento in favore della controparte di una somma equitativamente determinata, ai sensi dall’art. 96, c. 3, c.p.c. (113).

3.5. *Uso selettivo delle nullità di protezione*

Una recente applicazione del divieto di abuso del processo si è avuta con riguardo alle fattispecie di c.d. uso selettivo delle nullità di protezione (114).

La *ratio* della categoria delle c.d. nullità di protezione è quella di riequilibrare l’asimmetria informativa tra le parti di specifici contratti definiti asimmetrici; essa trova fondamento nella circostanza che in particolari settori dell’ordinamento i negozi sono caratterizzati dalla presenza di un elevato grado di competenza tecnica e professionale in capo ad una soltanto delle parti.

L’assenza di dette competenze in capo alla c.d. parte debole si traduce nel rischio per la medesima di concludere un negozio con le correlate obbligazioni, senza averne correttamente compreso il reale significato e i relativi effetti.

(112) Cass. 21 settembre 2022, n. 27578.

(113) Cass. n. 27578/2022, cit.

(114) F. Caringella, *op. cit.*, 97.

Il legislatore ha pertanto previsto un particolare strumento processuale in favore della sola parte debole del contratto, chiamato nullità di protezione.

Da quanto precede deriva un onere a carico del contraente dotato di specifiche competenze tecniche e professionali di uniformarsi alle prescrizioni legislative che impongono l'adempimento degli obblighi formali e di contenuto, in relazione alle varie tipologie di contratti.

Il profilo maggiormente rilevante della suddetta asimmetria concerne le conseguenze relative alla esatta conoscenza del contenuto del contratto.

Il fenomeno riguarda in particolare il settore del mercato finanziario e i contratti di investimento, in cui in genere il privato investitore non ha le medesime competenze tecniche degli intermediari finanziari.

Il fondamento normativo delle nullità di protezione nel settore del mercato finanziario è rappresentato dall'art. 23 del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (Tuif: d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), il quale al comma 1 prevede la forma scritta per i contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento, comminando la sanzione della nullità in caso di inosservanza di tale forma; al comma 2 prevede la nullità del contratto in caso di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico; al comma 3 prevede che "la nullità di cui ai commi precedenti può essere fatta valere dal solo cliente".

Il legislatore ha dunque riservato al solo cliente la legittimazione a proporre la domanda volta alla dichiarazione della nullità del contratto di investimento che difetti della forma scritta, discostandosi in tal modo dalla categoria generale della nullità prevista dal codice civile agli artt. 1418 ss.

Invero, mentre l'art. 1421 c.c. dispone la legittimazione all'azione di nullità da parte di chiunque vi abbia interesse, l'art. 23, c. 3, Tuif legittima soltanto il cliente. Inoltre, mentre la disciplina della nullità del contratto *ex artt. 1418 ss. c.c.* è volta alla tutela di interessi di tipo generale, la nullità di cui all'art. 23, c. 3, Tuif tutela l'interesse del solo cliente.

Il legislatore utilizza pertanto la categoria della nullità in ipotesi che, derogando alla regola generale *ex art. 1421 c.c.*, ne riservano la legittimazione soltanto a specifiche categorie di soggetti, al fine di tutelare la parte debole dei contratti asimmetrici. Pur in assenza di uniformità di disciplina tra nullità generale e nullità di protezione sotto il profilo della legittimazione attiva, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto applicabile anche alle ipotesi di nullità di protezione la regola della rilevanza d'ufficio e dell'efficacia *ex tunc* della sentenza dichiarativa della nullità del contratto o delle singole clausole oggetto del giudizio. E invero, il potere da parte del giudice di rilevare *ex officio* la nullità di protezione di un contratto d'investimento costituisce una garanzia per il privato investitore, così come l'estensione della regola dell'efficacia *ex tunc* della relativa sentenza di nullità che, rendendo il titolo nullo, legittima il cliente privato ad attivare il rimedio restitutorio ai sensi dell'art. 2033 c.c.

Il particolare, il regime giuridico delle nullità di protezione ha determinato un contrasto giurisprudenziale in merito alla portata dell'art. 23, c. 3, del Tuif, per quanto attiene all'uso selettivo delle nullità da parte del cliente e alla sua compatibilità con il canone oggettivo della buona fede, nei casi in cui l'utilizzo della nullità di protezione da parte del privato investitore si concretizzi in un abuso del diritto.

I dubbi interpretativi hanno riguardato l'estensione degli effetti della dichiarazione di nullità del contratto quadro, in particolare se l'efficacia della sentenza fosse limitata alle sole operazioni oggetto di specifica domanda dell'investitore (c.d. nullità selettive), oppure se l'effetto della pronuncia dichiarativa di nullità del contratto travolgesse anche le operazioni non oggetto di apposita domanda.

Il primo profilo attiene alle ipotesi in cui la domanda di nullità *ex art. 23, c. 3, del Tuif* sia proposta dal cliente investitore, unico soggetto legittimato dalla legge, al fine di colpire solo alcuni ordini di acquisto. Si versa dunque in una ipotesi di uso selettivo delle nullità, la cui legittimità è stata messa in discussione rispetto al principio generale della buona fede oggettiva, in considerazione degli effetti processuali e sostanziali di tale prassi.

Sul piano processuale, in virtù della rilevata peculiarità della disciplina delle nullità di protezione di operare solo a vantaggio della parte legittimata, qualora il giudice dichiari la nullità degli ordini di acquisto prescelti dal cliente, l'intermediario non sarà legittimato a proporre né domanda riconvenzionale, né autonoma domanda.

Sotto il profilo sostanziale, le criticità attengono agli effetti dell'uso selettivo delle nullità di protezione sul sinalagma contrattuale e sul patrimonio dell'intermediario, in quanto quest'ultimo potrebbe subire un ingiustificato sacrificio economico qualora il cliente investitore proponga azione di nullità, tralasciando dalla domanda giudiziale quelle operazioni rivelatesi vantaggiose per sé e svantaggiose per l'intermediario. Qualora il giudice investito della questione dichiari la nullità delle sole operazioni selezionate dal privato investitore, l'intermediario sarà tenuto ad adempiere non solo le obbligazioni vantaggiose per il cliente (lasciate fuori dal *petitum* giudiziale), ma a subire anche gli effetti del giudicato con tutte le conseguenze che ne derivano, e in particolare alle restituzioni dai pagamenti ricevuti in virtù di un titolo dichiarato invalido.

Per dirimere la questione sul possibile uso abusivo, *contra ius*, che il privato investitore può porre in essere mediante la selezione delle operazioni di cui chiede la nullità *ex art. 23, c. 3, del Tuif*, le Sezioni unite nella sentenza n. 28314/2019 hanno osservato che la funzione della nullità di protezione *ex art. 23, c. 3, del Tuif* deve essere quella di riequilibrare l'asimmetria informativa tra le parti del contratto di investimento, senza costituire causa di uno squilibrio economico a danno di una parte e a vantaggio dell'altra.

In particolare, secondo le Sezioni unite della Corte di cassazione (115), il tratto unificante del regime giuridico delle nullità di protezione è la legittimazione esclusiva del cliente ad agire in giudizio. Le conseguenze sostanziali di questo regime peculiare di legittimazione sono espresse nella regola normativa secondo cui la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice, che tuttavia non è testualmente riprodotta nell'art. 23 Tuif. Al riguardo, secondo i giudici di legittimità, il rilievo officioso delle nullità di protezione deve ritenersi generalmente applicabile a tutte le tipologie di contratti nei quali è previsto in favore del cliente tale regime di protezione in considerazione dei principi stabiliti nella sentenza delle Sezioni unite n. 26642/2014, così massimati: “La rilevabilità officiosa delle nullità negoziali deve estendersi anche a quelle cosiddette di protezione, da configurarsi, alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia, come una *species* del più ampio *genus* rappresentato dalle prime, tutelando le stesse interessi e valori fondamentali – quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.) – che trascendono quelli del singolo”, con la precisazione, contenuta nella sentenza della Cassazione n. 26614/2018, che il rilievo d'ufficio è tuttavia subordinato ad una manifestazione d'interesse del legittimato.

Secondo le Sezioni unite (sent. n. 28314/2019), la nullità per difetto di forma scritta, contenuta nel d.lgs. n. 58/1998, art. 23, c. 3, può essere fatta valere esclusivamente dall'investitore, con la conseguenza che gli effetti processuali e sostanziali dell'accertamento operano soltanto a suo vantaggio. L'intermediario, tuttavia, ove la domanda sia diretta a colpire soltanto alcuni ordini di acquisto, può opporre l'eccezione di buona fede, se la selezione della nullità determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno, alla luce della complessiva esecuzione degli ordini, conseguiti alla conclusione del contratto quadro.

Pertanto, un uso selettivo delle nullità da parte del cliente con una finalità diversa dalla *ratio* del rimedio, deve ritenersi contrario al canone della buona fede e, più in generale, al principio solidaristico sancito all'art. 2 della Costituzione.

E invero, talvolta l'uso selettivo delle nullità può nascondere una forma di abuso del diritto. Il giudice dovrà allora verificare l'esito degli ordini non colpiti dall'azione di nullità e, ove sia stato vantaggioso per l'investitore, porlo in correlazione con il *petitum* azionato in conseguenza della proposta azione di nullità. Qualora durante il corso del giudizio si accerti che gli ordini non colpiti dall'azione di nullità abbiano prodotto un rendimento economico superiore al pregiudizio confluito nel *petitum*, potrà concludersi per un uso difforme del rimedio al canone della buona fede.

In sostanza, circa i possibili rimedi esperibili dall'intermediario, la Corte di cassazione ha rilevato che, sebbene la disciplina della nullità di protezione sia riservata al solo cliente e gli effetti processuali e sostanziali operino solo a suo vantaggio, ciò non significa assenza di tutela nei confronti dell'intermediario. Infatti, il fondamento e la *ratio* delle nullità di protezione operano anche in funzione di riequilibrio effettivo endocontrattuale allorché l'azione di nullità, utilizzata in forma selettiva, determini esclusivamente un sacrificio economico sproporzionato nell'altra parte. Limitatamente a tali ipotesi, l'intermediario può opporre all'investitore un'eccezione, qualificabile come di buona fede, idonea a paralizzare gli effetti restitutori dell'azione di nullità selettiva proposta soltanto in relazione ad alcuni ordini. L'eccezione sarà opponibile, nei limiti del *petitum* azionato, come conseguenza dell'azione di nullità, ove gli investimenti relativi agli ordini non coinvolti dall'azione abbiano prodotto vantaggi economici per l'investitore. Ove il *petitum* sia pari o inferiore ai vantaggi conseguiti, l'effetto impeditivo dell'azione restitutoria promossa dall'investitore sarà integrale. L'effetto impeditivo sarà invece parziale, ove gli investimenti non colpiti dall'azione di nullità abbiano prodotto risultati positivi, ma questi siano di entità inferiore al pregiudizio determinato nel *petitum*.

L'eccezione di buona fede, operando su un piano diverso da quello dell'estensione degli effetti della nullità dichiarata, non è configurabile come eccezione in senso stretto, non agendo sui fatti costitutivi dell'azione (di nullità) dalla quale scaturiscono gli effetti restitutori, ma sulle modalità di esercizio dei poteri endocontrattuali delle parti. Deve essere tuttavia oggetto di specifica allegazione (116).

3.6. Exceptio doli generalis e specialis. Il contratto autonomo di garanzia

Strumento di reazione al comportamento abusivo del creditore è l'*exceptio doli generalis*.

Si tratta di un istituto giuridico originario del diritto romano, di origine pretoria, concesso al convenuto per difendersi da azioni fondate sullo *ius civile*, ma il cui esercizio era ritenuto non conforme all'*aequitas* in quanto connotabile come doloso (117).

L'*exceptio doli generalis* non trova riconoscimento esplicito nel nostro ordinamento ed è in sostanza una creazione giurisprudenziale, ricollegabile allo stesso principio pretorio dell'abuso del diritto, utilizzata come strumento processuale di carattere generale per contrastare una pretesa che, pur in astratto fondata, è in realtà volta al perseguimento di finalità fraudolente. La sua applicazione è rivolta al contrasto di azioni giudiziarie pretestuose intraprese al fine di recare pregiudizio ad altri, contro ogni legittima e incolpevole aspettativa altrui, ed è frutto dell'attività interpretativa della giurisprudenza, che ne ha ravvisato la fonte implicita in una pluralità di norme positive che ne condividerebbero la *ratio* e che, secondo alcuni, ne rappresenterebbero specifiche applicazioni. Al riguardo, la dottrina ha ri-

(115) Cass., S.U., 4 novembre 2019, n. 28314.

(116) Cass., S.U., n. 28314/2019, cit.

(117) G. Chinè, A. Zoppini, *op. cit.*, 780.

chiamato, tra gli altri, l'istituto della compensazione (artt. 1241 ss. c.c.); l'effetto solutorio del pagamento effettuato all'incapace nei limiti dell'arricchimento (art. 1190 c.c.); l'effetto liberatorio derivante dalla mora del creditore (art. 1207, c. 1, c.c.); la limitazione del risarcimento dei danni evitabili dal creditore con l'ordinaria diligenza (art. 1227, cpv., c.c.); la non opponibilità al cessionario in buona fede del patto che esclude la cedibilità del credito (art. 1260, cpv., c.c.); la rilevanza della conoscenza da parte del debitore ceduto della cessione del credito anche prima della notificazione della cessione (art. 1264, cpv., c.c.); la finzione di avveramento della condizione (art. 1359 c.c.); la non annullabilità del contratto concluso dal minore che con raggiri abbia occultato la sua minore età (art. 1426 c.c.); la minaccia di far valere un diritto come causa di annullamento del contratto (art. 1438 c.c.); l'inefficacia della convalida se chi la esegue non è in condizione di concludere validamente il contratto (art. 1444 c.c.); l'impossibilità di rifiutare la prestazione all'inadempiente se il rifiuto è contrario alla buona fede (art. 1460, cpv., c.c.); la rilevanza del patto che esclude la responsabilità in caso di mala fede del venditore (art. 1490, cpv., c.c.); l'irrelevanza della riconoscibilità del vizio nel caso in cui il venditore abbia dichiarato che la cosa era esente da vizi (art. 1491 c.c.) (118).

Negli ultimi anni la giurisprudenza, contestualmente alla rivalutazione delle clausole generali di buona fede e correttezza nonché alla valorizzazione del significato immediatamente precettivo (e non solo programmatico) delle disposizioni costituzionali, tra le quali in particolare quella dell'art. 2 Cost., ha avuto modo di utilizzare l'*exceptio doli generalis* quale espressione di un istituto di portata generale e atipica, al di fuori dei casi espressamente regolati dal legislatore. In particolare, la Cassazione accoglie la distinzione tra *exceptio doli generalis seu praesentis* ed *exceptio doli specialis seu praeteriti*, definendone i rispettivi ambiti di applicazione.

L'*exceptio doli generalis seu praesentis* rappresenta un rimedio di carattere generale, utilizzabile anche al di fuori delle ipotesi espressamente codificate, diretto a precludere l'esercizio fraudolento di diritti riconosciuti dall'ordinamento, paralizzando l'efficacia dell'atto che ne costituisce la fonte o giustificando il rigetto della domanda giudiziale fondata sul medesimo, in ogni ipotesi in cui l'attore abbia taciuto situazioni sopravvenute al contratto aventi forza modificativa o estintiva del diritto, ovvero abbia avanzato richieste di pagamento abusive o fraudolente, o abbia contravenuto al divieto di *venire contra factum proprium*. In sostanza, l'*exceptio doli generalis* concerne la valutazione secondo buona fede del comportamento nel momento in cui si aziona il diritto.

L'*exceptio doli specialis seu praeteriti* indica invece il dolo commesso al tempo della conclusione dell'atto ed è diretta a far valere (in via di azione o di eccezione) l'esistenza di raggiri impiegati per indurre un soggetto a porre in essere un determinato negozio, al fine di ottenerne l'annullamento, ovvero a denunciare la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto.

Tale eccezione assume rilievo, quale dolo incidente, nel caso in cui l'attività fraudolenta abbia influito su modalità del negozio che la parte non avrebbe accettato se non fosse stata fuorviata dal raggio e non comporta l'invalidità del contratto, ma la responsabilità del contraente in mala fede per i danni arrecati con il suo comportamento illecito. In sostanza, il dolo speciale fa riferimento al momento fraudolento della stipulazione contrattuale, e quindi al momento in cui nasce il diritto (il dolo come causa di annullamento del contratto).

In conclusione, l'*exceptio doli specialis* attiene al momento genetico del negozio, mentre l'*exceptio doli generalis* fa riferimento al momento funzionale (119).

Uno dei casi in cui la giurisprudenza ha fatto maggiormente applicazione del principio del divieto di abuso del diritto e dell'eccezione di dolo generale è quello del *contratto autonomo di garanzia*.

La fattispecie del contratto autonomo di garanzia si caratterizza per la sostanziale rimozione del vincolo di accessoria fra la posizione del garante e quella del debitore garantito; il primo si impegna infatti a pagare il creditore senza potergli opporre alcuna eccezione relativa al rapporto principale.

L'ipotesi di abuso del diritto può verificarsi allorché il creditore, pur sapendo che l'obbligazione è stata già estinta dal debitore principale o che si tratta di un'obbligazione illecita, escuta ugualmente la garanzia, avvalendosi della clausola di autonomia che impedisce al garante di opporre le eccezioni concernenti il rapporto principale. In questi casi si tratta all'evidenza di un esercizio abusivo del diritto al solo fine di ottenere un indebito arricchimento. In proposito, la giurisprudenza ammette che il garante, di regola costituito da una banca o altro soggetto di sicura solvibilità, possa sollevare l'*exceptio doli generalis* per opporsi all'escussione della garanzia quando l'abusività della stessa risulti da prove pronte (come quelle documentali) e liquide (ossia certe). In sostanza, secondo la giurisprudenza, quando esistono prove evidenti (cioè che non richiedono accertamenti complessi) del carattere fraudolento o abusivo della richiesta di pagamento avanzata dal beneficiario della garanzia, il garante può rifiutare il pagamento richiesto.

La Cassazione ritiene che il riferimento al principio di buona fede nell'esecuzione dei contratti sia sufficiente a giustificare, nel caso di contratto autonomo di garanzia, il rifiuto da parte del garante, sulla base dell'*exceptio doli generalis*, di ottemperare alla richiesta di pagamento formulata dal beneficiario della garanzia.

L'eccezione in esame può dunque essere opposta qualora ricorrano due requisiti: la condotta abusiva da parte del creditore, contraria a buona fede; una prova facilmente accertabile dell'abuso, al fine di contemperare le finalità dell'eccezione con l'esigenza di speditezza dei rapporti giuridici.

(118) F. Caringella, *op. cit.*, 89.

(119) G. Chinè, A. Zoppini, *op. cit.*, 775-776.

I profili di maggiore incertezza in ordine alla disciplina applicabile al contratto autonomo attengono all'ambito degli strumenti di tutela delle parti del rapporto di garanzia. Il garante può opporre le eccezioni relative al rapporto di garanzia, che possono essere complessivamente ricondotte a tre categorie: quelle letterali (relative al testo del documento di garanzia), quelle attinenti alla validità del contratto di garanzia, e quelle dirette e personali. Il carattere autonomo del contratto preclude invece la possibilità per il garante di opporre al creditore le eccezioni relative al rapporto principale. Tale impossibilità espone a rischio di lesione i principi generali di buona fede e correttezza posti dall'ordinamento a fondamento dei rapporti negoziali (tanto in fase costitutiva quanto in fase esecutiva), e si presta ad assecondare comportamenti e pretese poste in essere fraudolentemente, o con abuso di diritto. La giurisprudenza, ponendo correttivi all'autonomia privata e arginando la naturale insensibilità del rapporto di garanzia alle vicende del rapporto garantito, facendo leva sui principi di buona fede e correttezza, ha individuato le eccezioni che il garante può opporre, in deroga al carattere autonomo della garanzia, nei casi in cui la pretesa del creditore: a) sia fondata su titolo illecito; b) appaia *prima facie* dolosa, abusiva o fraudolenta.

L'*exceptio doli sub a*) può essere opposta non ogni qual volta il rapporto garantito sia fondata su titolo nullo per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa, ma solo quando la stipulazione o l'esecuzione del rapporto autonomo di garanzia sia strumentale al perseguimento del medesimo risultato cui è funzionale il rapporto garantito vietato dall'ordinamento, propagandosi in tal caso anche al contratto autonomo di garanzia il vizio di nullità che affligge il rapporto garantito, vizio che può pertanto essere eccepito come vizio proprio del rapporto di garanzia e non solo come vizio del rapporto principale (120).

L'*exceptio doli sub b*) si configura nei casi di escussione della garanzia con dolo, mala fede o abuso manifesto da parte del beneficiario della garanzia medesima. Tali casi autorizzano il garante alla formulazione dell'*exceptio doli* ogni qual volta risulti *prima facie* l'adempimento del rapporto principale, l'inadempimento del beneficiario, l'inadempimento del debitore principale per fatto del beneficiario, la risoluzione del rapporto principale per fatto non imputabile al debitore principale e in tutti i casi in cui il beneficiario agisca intenzionalmente a danno del debitore principale o abusi del proprio diritto (121).

Il comportamento del creditore che giustifica l'*exceptio doli* del garante deve risultare *prima facie* doloso, abusivo o fraudolento, deve essere manifesto e documentato e deve quindi risultare da prove "certe e non contestate", giacché soltanto al sussistere di tali circostanze il rifiuto del garante di adempiere si manifesta compatibile con il carattere autonomo dell'obbligazione di garanzia.

A fronte di una richiesta di escussione della garanzia che presenti i presupposti per la formulazione delle suddette eccezioni, il garante ha l'obbligo di opporre l'*exceptio doli*, in quanto tenuto a un dovere di protezione nei confronti del debitore, riconducibile al principio di buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. (122). All'eventuale inadempimento di tale obbligo consegue l'estinzione del diritto del garante di rivalsa nei confronti del debitore, residuando solo l'*actio indebiti* contro il beneficiario della prestazione di garanzia, per la ripetizione di quanto indebitamente pagato, oltre all'eventuale azione di risarcimento del danno. Adempiuta l'obbligazione di garanzia, se il garante ha effettuato un pagamento dovuto in quanto risulti legittima e fondata la ragione di credito avanzata dal creditore ovvero in quanto non sussistenti le circostanze per la formulazione dell'eccezione di illiceità o dell'*exceptio doli generalis*, il garante ha titolo per agire in regresso nei confronti del debitore (123).

3.7. Abuso del diritto in materia tributaria

Mentre, come abbiamo visto fin qui, dottrina e giurisprudenza si sono spesso poste in termini problematici circa l'esistenza nel nostro ordinamento di un principio generale immanente riconducibile alla nozione di abuso del diritto, la giurisprudenza tributaria ha sempre avvertito l'esigenza di contrasto alle condotte elusive dell'adempimento tributario.

In una prima fase la giurisprudenza tributaria – al fine di precludere al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali attraverso un uso distorto, ancorché non contrastante con specifiche disposizioni, di strumenti giuridici idonei a conseguire un'agevolazione fiscale o un risparmio d'imposta – ha fatto ricorso a concetti di derivazione civilistica, come quelli di correttezza e di buona fede, o ad istituti sempre di origine civilistica come quello della simulazione, del negozio indiretto, dell'inesistenza della causa o del negozio in frode alla legge, dichiarando in conseguenza la nullità *incidenter tantum* delle operazioni ritenute elusive (124).

In tale contesto normativo e giurisprudenziale, l'introduzione dell'art. 10 dello statuto del contribuente (l. 27 luglio 2002 n. 212) (125), ha indotto le commissioni tributarie a fondare la lotta all'evasione e all'elusione sul diritto

(120) Cass. 3 marzo 2009, n. 5044.

(121) Cass. 17 marzo 2006, n. 5997.

(122) Cass. n. 5997/2006, cit.

(123) G. Chinè, A. Zoppini, *op. cit.*, 984-985.

(124) P. Margottini, *Abuso del diritto e pratica tributaria*, in G. Grisi (a cura di), *op. cit.*, 97.

(125) L. 27 luglio 2000 n. 212, Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente. Art. 10. (Tutela dell'affidamento e della buona fede. Errori del contribuente) 1. I rapporti tra contribuente e amministrazione finanziaria sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede. 2. Non sono irrogate sanzioni né richiesti interessi moratori al contribuente, qualora egli si sia conformato a

dell'Unione europea, principalmente utilizzando l'art. 4 del regolamento Ce n. 2988/595, il cui c. 3 prevede "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".

La giurisprudenza di legittimità, sulla base del diritto comunitario, ha poi costruito il principio dell'inopponibilità dell'atto elusivo, abbandonando la categoria civilistica della nullità dell'atto per frode alla legge, in relazione alle cosiddette imposte armonizzate (iva, dazi e accise). Successivamente, vi sono stati ulteriori interventi del legislatore in materia di abuso del diritto, culminati nell'art. 37-*bis* (126) (Disposizioni antielusive) del d.p.r. n. 600/1973, secondo cui "1. Sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti. 2. L'amministrazione finanziaria disconosce i vantaggi tributari conseguiti mediante gli atti, i fatti e i negozi di cui al comma 1, applicando le imposte determinate in base alle disposizioni eluse, al netto delle imposte dovute per effetto del comportamento inopponibile all'amministrazione. 3. Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano a condizione che, nell'ambito del comportamento di cui al comma 2, siano utilizzate una o più delle seguenti operazioni".

Nella norma richiamata viene elaborata una nozione di abuso del diritto del tutto indipendente dalle ipotesi di frode, in quanto il legislatore si limita a richiedere che le operazioni, sia pur correttamente attuate e valide, abbiano come scopo essenziale quello di ottenere un vantaggio fiscale. Concetto che ha trovato riscontro ulteriore nella sentenza *Halifax* della Corte di giustizia europea (causa C-255/02), secondo la quale, per potersi configurare un abuso del diritto, è sufficiente che lo scopo di conseguire vantaggi fiscali sia essenziale e non esclusivo, potendo quindi coesistere con altri motivi o ragioni economiche.

Nella stessa direzione la Corte di cassazione a Sezioni unite con tre sentenze (nn. 30055, 30056 e 30057/2008), aderendo ad un orientamento già consolidato della giurisprudenza della Sezione tributaria della medesima Corte, ha riconosciuto nel nostro ordinamento un generale principio antielusivo che troverebbe il suo fondamento negli stessi principi costituzionali, prima che in quelli comunitari. In particolare, l'art. 53, c. 1, della Costituzione mirerebbe a riconoscere pari tutela di rango costituzionale sia all'interesse della collettività al concorso di tutti alla spesa pubblica (funzione di solidarietà sociale), sia all'interesse del singolo ad essere tassato nei limiti della propria capacità contributiva (funzione di garanzia). In questa prospettiva, l'imposta è vista come lo strumento concreto del dovere di contribuire alla spesa pubblica in ragione della propria capacità contributiva, e da ciò si farebbe derivare la presenza nel nostro ordinamento di un principio generale antielusivo basato sul concetto di abuso del diritto. Un tale principio generale non sarebbe considerato in contrasto con la riserva di legge di cui all'art. 23 Cost., in quanto il riconoscimento di un divieto generale rappresentato dal detto principio nell'ordinamento tributario non si traduce nella imposizione di ulteriori obblighi di natura patrimoniale non derivanti dalla legge, bensì nel mero riconoscimento di effetti abusivi nei negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali (127).

Questo orientamento giurisprudenziale, che permette un'applicazione generalizzata del principio in esame, ha creato notevoli perplessità in relazione all'impiego di forme negoziali che permettono di realizzare un minor carico fiscale, quale esercizio della libertà d'impresa e di iniziativa economica riconosciuti dalla Costituzione e dall'ordinamento comunitario. Per porre rimedio alle suddette criticità, il legislatore ha sviluppato un sistema di tutela del contribuente basato sull'introduzione, all'interno dello statuto del contribuente, dell'art. 10-*bis* (128). La rubrica

indicazioni contenute in atti dell'amministrazione finanziaria, ancorché successivamente modificate dall'amministrazione medesima, o qualora il suo comportamento risulti posto in essere a seguito di fatti direttamente conseguenti a ritardi, omissioni od errori dell'amministrazione stessa. 3. Le sanzioni non sono comunque irrogate quando la violazione dipende da obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione della norma tributaria o quando si traduce in una mera violazione formale senza alcun debito di imposta; in ogni caso non determina obiettiva condizione di incertezza la pendenza di un giudizio in ordine alla legittimità della norma tributaria. Le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto (comma modificato dall'art. 1, comma 1, d.l. 17 giugno 2005, n. 106, convertito, con modificazioni, dalla l. 31 luglio 2005, n. 156).

(126) Articolo inserito dall'art. 7, c. 1, d.lgs. 8 ottobre 1997, n. 358. Articolo poi abrogato dall'art. 1, c. 2, d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128. A norma del medesimo art. 1, c. 2, d.lgs. n. 128/2015, le disposizioni che richiamano il presente articolo si intendono riferite all'art. 10-*bis* l. 27 luglio 2000, n. 212, in quanto compatibili.

(127) P. Margottini, *op. cit.*, 101.

(128) L. 27 luglio 2000 n. 212, Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente, art. 10-*bis*. (Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale) (Articolo inserito dall'art. 1, c. 1, d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128): "1. Configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. Tali operazioni non sono opponibili all'amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni. 2. Ai fini del comma 1 si considerano: a) operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, idonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali. Sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato; b) vantaggi fiscali indebiti i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario. 3. Non si considerano abusive, in ogni caso, le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente. 4. Resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali

della norma unifica, in un'unica fattispecie, il concetto di abuso del diritto e quello di elusione, eliminando la distinzione tra le due figure, in maniera da connotare il principio dell'abuso del diritto con il carattere della residualità, come evidenziato nel c. 12 dell'art. 10-*bis* (129).

Recentemente la Corte di cassazione ha avuto modo di riepilogare lo stato della giurisprudenza intervenuta in argomento, conferendo un carattere sistematico alla riflessione in materia. L'esistenza nel nostro ordinamento di un principio tendenziale desumibile dalle fonti comunitarie, dal concetto di abuso del diritto elaborato dalla giurisprudenza comunitaria e dall'art. 53 (Cass., S.U., 23 dicembre 2008, n. 30057) – secondo cui non possono trarsi benefici da operazioni intraprese ed eseguite al solo scopo di procurarsi un risparmio fiscale – era stata affermata dalla giurisprudenza già con riferimento alla disciplina anteriore all'entrata in vigore del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, art. 37-*bis*, introdotto dal d.lgs. 8 ottobre 1997, n. 358, art. 7. Una volta codificato, il d.p.r. n. 600/1973, stesso art. 37-*bis* ora sostituito dalla l. 27 luglio 2000, n. 212, art. 10-*bis* non contiene un'elencazione tassativa delle fattispecie abusive, ma costituisce una norma aperta, la quale trova applicazione, alla stregua del generale principio antielusivo rinvenibile nella Costituzione e nelle indicazioni della raccomandazione n. 2012/772/Ue, in presenza di una o più costruzioni di puro artificio che, realizzate al fine di eludere l'imposizione, siano prive di sostanza commerciale ed economica, ma produttive di vantaggi fiscali (Cass. 2 febbraio 2021, n. 2224). Pertanto, secondo la Corte di cassazione, in materia tributaria il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo – rinvenibile negli stessi principi costituzionali che informano l'ordinamento tributario italiano, oltre che nei principi comunitari – che preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione normativa, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, la cui ricorrenza deve essere provata dal contribuente. Integra gli estremi del comportamento abusivo quell'operazione economica che – tenuto conto sia della volontà delle parti implicate, sia del contesto fattuale e giuridico – ponga quale elemento predominante e assorbente della transazione lo scopo di ottenere vantaggi fiscali, con la conseguenza che il divieto di comportamenti abusivi non vale se quelle operazioni possano spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di risparmi d'imposta. La prova sia del disegno elusivo sia delle modalità di manipolazione e di alterazione degli schemi negoziali classici, considerati come irragionevoli in una normale logica di mercato e perseguiti solo per pervenire a quel risultato fiscale, incombe sull'amministrazione finanziaria, mentre grava sul contribuente l'onere di allegare l'esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti che giustifichino operazioni in quel modo strutturate. Non è inoltre configurabile l'abuso del diritto se non sia stato provato dall'ufficio il vantaggio fiscale che sarebbe derivato al contribuente accertato dalla manipolazione degli schemi contrattuali classici. Pertanto, il carattere abusivo sotto il profilo fiscale di una determinata operazione, nel fondarsi normativamente sul difetto di valide ragioni economiche e sul conseguimento di un indebito vantaggio fiscale, presuppone quanto meno l'esistenza di un adeguato strumento giuridico che, pur se alternativo a quello scelto dai contraenti, sia comunque funzionale al raggiungimento dell'obiettivo economico perseguito, e si deve indagare se vi sia reale fungibilità con le soluzioni eventualmente prospettate dal fisco. La stessa Commissione europea, nell'ottica di perseguire la pianificazione fiscale aggressiva, ha diramato agli Stati membri la raccomandazione (2012/772/Ue) di intervenire quando sia realizzata “una costruzione di puro artificio o una serie artificiosa di costruzioni che sia stata posta in essere essenzialmente allo scopo di eludere l'imposizione e che comporti un vantaggio fiscale”, chiarendo che “una costruzione o una serie di costruzioni è artificiosa se manca di sostanza commercia-

diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale. 5. Il contribuente può proporre interpellato ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lettera c), per conoscere se le operazioni costituiscono fattispecie di abuso del diritto. 6. Senza pregiudizio dell'ulteriore azione accertatrice nei termini stabiliti per i singoli tributi, l'abuso del diritto è accertato con apposito atto, preceduto, a pena di nullità, dalla notifica al contribuente di una richiesta di chiarimenti da fornire entro il termine di sessanta giorni, in cui sono indicati i motivi per i quali si ritiene configurabile un abuso del diritto. 7. La richiesta di chiarimenti è notificata dall'amministrazione finanziaria ai sensi dell'articolo 60 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973 n. 600, e successive modificazioni, entro il termine di decadenza previsto per la notificazione dell'atto impositivo. Tra la data di ricevimento dei chiarimenti ovvero di inutile decorso del termine assegnato al contribuente per rispondere alla richiesta e quella di decadenza dell'amministrazione dal potere di notificazione dell'atto impositivo intercorrono non meno di sessanta giorni. In difetto, il termine di decadenza per la notificazione dell'atto impositivo è automaticamente prorogato, in deroga a quello ordinario, fino a concorrenza dei sessanta giorni. 8. Fermo quanto disposto per i singoli tributi, l'atto impositivo è specificamente motivato, a pena di nullità, in relazione alla condotta abusiva, alle norme o ai principi elusi, agli indebiti vantaggi fiscali realizzati, nonché ai chiarimenti forniti dal contribuente nel termine di cui al comma 6. 9. L'amministrazione finanziaria ha l'onere di dimostrare la sussistenza della condotta abusiva, non rilevabile d'ufficio, in relazione agli elementi di cui ai commi 1 e 2. Il contribuente ha l'onere di dimostrare l'esistenza delle ragioni extrafiscali di cui al comma 3. 10. In caso di ricorso, i tributi o i maggiori tributi accertati, unitamente ai relativi interessi, sono posti in riscossione, ai sensi dell'articolo 68 del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, e, successive modificazioni, e dell'articolo 19, comma 1, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472. 11. I soggetti diversi da quelli cui sono applicate le disposizioni del presente articolo possono chiedere il rimborso delle imposte pagate a seguito delle operazioni abusive i cui vantaggi fiscali sono stati disconosciuti dall'amministrazione finanziaria, inoltrando a tal fine, entro un anno dal giorno in cui l'accertamento è divenuto definitivo ovvero è stato definito mediante adesione o conciliazione giudiziale, istanza all'Agenzia delle entrate, che provvede nei limiti dell'imposta e degli interessi effettivamente riscossi a seguito di tali procedure. 12. In sede di accertamento l'abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie. 13. Le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie. Resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie”.

(129) P. Margottini, *op. cit.*, 102.

le”, ovvero di “sostanza economica”, e “consiste nell’eludere l’imposizione quando, a prescindere da eventuali intenzioni personali, contrasta con l’obiettivo, lo spirito e la finalità delle disposizioni fiscali”, mentre “una data finalità deve essere considerata fondamentale se qualsiasi altra finalità che è o potrebbe essere attribuita alla costruzione o alla serie di costruzioni sembri per lo più irrilevante alla luce di tutte le circostanze del caso”. Il legislatore nazionale, con la l. 11 marzo 2014, n. 23, art. 5, ha raccolto la citata raccomandazione dell’Ue, delegando al Governo l’attuazione della revisione delle vigenti disposizioni antielusive, al fine di unificarle al principio generale del divieto dell’abuso del diritto, e i relativi principi sono stati quindi attuati con la l. 27 dicembre 2000, n. 212, art. 10-*bis* (c.d. statuto del contribuente), introdotto dal d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128, art. 1, modificato dal d.lgs. 24 settembre 2015, n. 156. Lo stesso d.lgs. n. 128/2015, all’art. 1, c. 2, ha abrogato del d.p.r. n. 600/1973, l’art. 37-*bis* prevedendo che le disposizioni che lo richiamano si intendono riferite alla l. 27 luglio 2000, n. 212, art. 10-*bis*, in quanto compatibili. Le predette disposizioni della l. n. 212/2000, art. 10-*bis*, sono significative dell’affinamento dei principi comunitari e nazionali in materia e rilevano in chiave interpretativa nel definire una linea evolutiva già chiaramente tracciata nell’ordinamento tributario dalla giurisprudenza e dalle fonti nazionali e comunitarie. In tale contesto evolutivo, si colloca la giurisprudenza della Corte di cassazione, che ha già avuto occasione di chiarire che in materia tributaria la scelta di un’operazione fiscalmente più vantaggiosa non è sufficiente ad integrare una condotta elusiva, laddove sia lo stesso ordinamento tributario a prevedere tale facoltà, a condizione che non si traduca in uso distorto dello strumento negoziale o in un comportamento anomalo rispetto alle ordinarie logiche d’impresa, posto in essere per realizzare non la causa concreta del negozio, ma esclusivamente o essenzialmente il beneficio fiscale (Cass. 26 agosto 2015, n. 17175). Nello stesso senso, si è altresì ritenuto (Cass. 14 gennaio 2015, n. 405) che, in materia tributaria, l’opzione del soggetto passivo per l’operazione negoziale fiscalmente meno gravosa non è sufficiente ad integrare una condotta elusiva, essendo necessario che il conseguimento di un “indebito” vantaggio fiscale, contrario allo scopo delle norme tributarie, costituisca la causa concreta della fattispecie negoziale. È stato quindi escluso che la mera astratta configurabilità di un vantaggio fiscale sia sufficiente ad integrare la fattispecie abusiva, poiché è richiesta la concomitante condizione di inesistenza di ragioni economiche diverse dal semplice risparmio di imposta e l’accertamento della effettiva volontà dei contraenti di conseguire un indebito vantaggio fiscale (Cass. 5 dicembre 2014, n. 25758). È stato quindi ritenuto necessario, per l’inopponibilità al fisco dell’operazione, che essa abbia quale suo elemento predominante e assorbente lo scopo di eludere il fisco, ossia che non abbia una giustificazione economica apprezzabile differente dall’intento di conseguire un risparmio di imposta (Cass. 16 gennaio 2019, n. 869). Inoltre, è stato ritenuto che costituisce condotta abusiva l’operazione economica che abbia quale suo elemento predominante e assorbente lo scopo di eludere il fisco, sicché il divieto di siffatte operazioni non opera qualora esse possano spiegarsi altrimenti che con il mero intento di conseguire un risparmio di imposta, fermo restando che incombe sull’amministrazione finanziaria la prova sia del disegno elusivo che delle modalità di manipolazione e di alterazione degli schemi negoziali classici, considerati come irragionevoli in una normale logica di mercato e perseguiti solo per pervenire a quel risultato fiscale (Cass. 26 febbraio 2014, n. 4603. Nello stesso senso Cass. 16 gennaio 2019, nn. 868 e 869). Inoltre, successivamente, il quadro dell’abuso di diritto e dell’elusione fiscale è stato sinteticamente composto con l’affermazione che: “In materia tributaria, il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo, che preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l’uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione normativa, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio d’imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l’operazione, la cui ricorrenza deve essere provata dal contribuente” (Cass. 23 novembre 2018, n. 30404; conforme Cass. 8 marzo 2019, n. 6836) (130).

4. Conclusioni

La figura del divieto di abuso del diritto è espressione dell’esigenza propria degli ordinamenti contemporanei di non ritenere esaustiva la conformità al diritto positivo, esigendo che ad essa si affianchi anche la corrispondenza ad un ideale di giustizia, come proporzione e attenzione all’individuo.

Il tema implica un efficace strumento di controllo sull’esercizio del diritto soggettivo, che viene attribuito alla giurisprudenza, chiamata a svolgere un ruolo assolutamente preponderante nella individuazione della *regula iuris* del caso concreto, secondo i corollari dell’agire in buona fede e dell’assenza di un *animus nocendi* nell’esercizio del diritto, operando il bilanciamento tra contrapposti interessi.

La dottrina italiana è stata per lungo tempo contraria alla figura dell’abuso del diritto, ritenendola correlata ad istanze metagiuridiche nonché suscettibile di utilizzi impropri da parte dell’interprete. Il dibattito dottrinale emerse nella fase di formazione del nostro codice civile con l’espunzione dalla stesura definitiva dell’art. 7 del progetto preliminare, che prevedeva: “Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto”. Nonostante la mancata codificazione, il dibattito teorico non è mai cessato, trattandosi di un istituto che trova la sua emersione allorché il ragionamento giuridico, nell’applicazione a casi specifici, supera il formalismo e procede in base a principi generali dell’ordinamento.

Il codice civile vigente non prevede espressamente l’abuso del diritto, anche se diverse disposizioni ne evocano in qualche modo i caratteri salienti.

(130) Cass. 9 maggio 2022, n. 14493.

Si tratta di disposizioni normative che vengono frequentemente assunte quali applicazioni di un implicito comune principio sottostante all'ordinamento, espressione di un istituto generale che vieta l'abuso del diritto ogni volta che questo venga utilizzato dal suo titolare in contrasto con la funzione economico sociale per la quale è stato riconosciuto e protetto.

Nonostante le incertezze della dottrina sulla ipotesi che, partendo da singole fattispecie, possa desumersi l'esistenza di un principio generale inespresso – secondo cui il comportamento del titolare di un diritto può essere sindacato dal giudice al fine di discriminare un esercizio “normale” di un diritto e quindi il suo utilizzo discrezionale e legittimo, rispetto all'abuso dello stesso, qualora detto esercizio, per le sue modalità, non abbia altro scopo che quello di nuocere ad altri, o sia comunque diretto verso fini diversi da quelli per cui è attribuito al soggetto –, la giurisprudenza di legittimità sembra essersi orientata nel senso di accogliere una soluzione affermativa dell'esistenza di detto principio generale. Ne sono conferma le decisioni che hanno applicato il principio dell'abuso del diritto in materia di personalità giuridica, nei casi in cui si è riconosciuto che la personalità giuridica costituiva uno schermo formale utilizzato per eludere la rigida applicazione della legge, rendendo così operativo nel nostro ordinamento il *piercing the corporation veil* della giurisprudenza degli Stati Uniti.

Altri esempi in materia societaria si configurano nel caso in cui il diritto di voto di un socio sia stato esercitato, nell'approvazione di una delibera assembleare, allo scopo di ledere gli interessi degli altri soci, ovvero risultati preordinati ad avvantaggiare ingiustificatamente i soci di maggioranza a danno di quelli di minoranza. In particolare, la Corte di cassazione ha precisato che l'abuso del diritto non sussiste solo nelle ipotesi di atti emulativi, che postulano il concorso di un elemento oggettivo consistente nell'assenza di utilità per il titolare del diritto, e di un elemento soggettivo costituito dall'*animus nocendi*, ma anche nelle fattispecie di conflittualità tra interessi contrapposti, allorché sia violata la proporzionalità dei mezzi usati, quando l'attuazione delle previsioni contrattuali si realizza con modalità e per finalità diverse e ulteriori rispetto a quelle consentite. La verifica giudiziale del carattere abusivo di una clausola o di una condotta di una parte può dunque prescindere dall'esistenza del dolo e della specifica intenzione di nuocere, che sono elementi tipici degli atti emulativi, ma non delle ipotesi di abuso contrattuale o di dipendenza economica.

In questa prospettiva, il principio del divieto di abuso del diritto quale strumento di controllo dell'esercizio dei diritti soggettivi ha trovato un espresso riconoscimento nell'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ed è ampiamente applicato dalla Corte di giustizia europea.

L'attuale elaborazione dottrina e giurisprudenziale tende a collegare il tema dell'abuso del diritto al principio di buona fede, nella sua dimensione negativa di limite generale all'esercizio dei poteri del titolare del diritto. In particolare, richiamandosi alla Costituzione, dottrina e giurisprudenza hanno postulato l'esistenza nel nostro ordinamento di un principio generale di divieto di abuso del diritto.

Il canone costituzionale di solidarietà sociale previsto dall'art. 2 della Costituzione, di cui i principi di buona fede e correttezza sono espressione ed estrinsecazione nei rapporti tra privati, impone di selezionare, tra tutte le condotte astrattamente comprese nel contenuto del diritto, quelle che siano coerenti con lo scopo per il quale quel diritto è riconosciuto e tutelato dall'ordinamento e che non arrechino un pregiudizio inutile e comunque sproporzionato alla controparte.

La giurisprudenza italiana e comunitaria ritengono che la titolarità di un diritto non attribuisca un potere incondizionato di porre in essere tutte le condotte che la norma attributiva di quel diritto formalmente consente: l'esercizio di un diritto è sempre condizionato dallo scopo per il quale quel diritto è riconosciuto dall'ordinamento. In particolare, con la sentenza n. 20106/2009 la Cassazione ha affermato che costituiscono principi generali del diritto delle obbligazioni quelli secondo cui la parti di un rapporto contrattuale debbono comportarsi secondo le regole della correttezza (art. 1175 c.c.) e che l'esecuzione dei contratti deve avvenire secondo buona fede (art. 1375 c.c.). In tema di contratti, il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere all'esecuzione del contratto così come alla sua formazione e alla sua interpretazione. L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce infatti un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica. Una volta collocato nel quadro dei valori introdotto dalla Carta costituzionale, il principio deve essere inteso come una specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale imposti dall'art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge. In questa prospettiva, il criterio della buona fede costituisce strumento per il giudice atto a controllare, anche in senso modificativo o integrativo, lo statuto negoziale in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi.

L'abuso del diritto delinea quindi l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore.

In tal modo il canone della buona fede viene ad assumere, nell'ambito dei rapporti obbligatori, non solo il ruolo di fonte integrativa degli effetti degli atti negoziali, ma anche quello di limite generale all'esercizio dei diritti, consentendo di sanzionare abusi funzionali, ovvero correlati a finalità diverse da quelle per cui l'ordinamento ha riconosciuto la posizione soggettiva di vantaggio, o abusi c.d. modali, ovvero correlati a modalità tali da arrecare un danno alla sfera giuridica altrui ingiustificatamente sproporzionato rispetto all'interesse perseguito con l'esercizio del diritto stesso.

Sul piano generale, a livello sanzionatorio la violazione della buona fede, nella sua dimensione di regola di condotta, comporta essenzialmente due rimedi: il risarcimento del danno, come nel caso della responsabilità precontrattuale o contrattuale; la paralisi del diritto esercitato abusivamente, sotto il profilo sostanziale o processuale, quale espressione del canone generale del diniego di tutela.

Il radicamento costituzionale del principio di divieto di abuso del diritto nel canone costituzionale di solidarietà e nel principio di buona fede assume un valore direttamente precettivo sul piano giuridico, imponendo al titolare di una posizione giuridica di vantaggio, di esercitarla in una prospettiva solidaristica che contempli la considerazione e salvaguardia degli interessi altrui con cui il soggetto entra in relazione. Ciò che si verifica attraverso l'abuso del diritto è una scorretta utilizzazione dello schema formale della legge che, pur non violata formalmente, viene preordinata a fini che contrastano con una equilibrata e proporzionale definizione dei rapporti giuridici.

Trattandosi di un principio generale di chiusura del sistema orientato ad una prospettiva di giustizia sostanziale, il suo contenuto e la sua violazione assumono manifestazioni atipiche e non esattamente predeterminabili, elementi che postulano perciò uno sforzo del giudice nell'individuare in concreto di volta in volta le circostanze della sua violazione e le sanzioni adeguate al caso di specie, volte a negare protezione giuridica all'esercizio abusivo di diritti, negando in tal modo il conseguimento di posizioni di vantaggio o il loro mantenimento nel caso in cui siano state conseguite.

La relativa sanzione potrà essere – a seconda dei casi – il risarcimento del danno, l'inesigibilità del diritto, l'*exceptio doli generalis*, l'inammissibilità dell'azione, l'invalidità del negozio, ecc. Quanto alla sanzione di invalidità del negozio, la dottrina e la giurisprudenza tradizionali ritengono tuttavia necessario che la sanzione dell'invalidità trovi puntuale previsione nella legge in quanto, trovando l'abuso del diritto il proprio fondamento nel canone costituzionale di solidarietà sociale e in quello generale di buona fede, entrambe clausole generali recanti norme di mero principio, esse non potrebbero assurgere a requisito di validità del negozio. Tuttavia, il principio sembra ormai essere stato superato dalla giurisprudenza più recente, la quale ha affermato che la clausola contrattuale avente ad oggetto una caparra confirmatoria manifestamente iniqua e sproporzionata deve ritenersi nulla ai sensi dell'art. 1418, c.1, c.c. per contrasto con l'art. 1175 c.c., in combinato disposto con l'art. 2 Cost.; il giudice potrà intervenire sulla caparra disponendo la sua restituzione o la sua parziale riduzione nei limiti necessari a ricondurla ad un importo non eccessivo.

Superando l'orientamento precedente, dette pronunce hanno considerato la buona fede quale regola di validità del contratto, ammettendo la possibilità che il giudice possa intervenire modificando o integrando un accordo negoziale nel caso in cui questo si renda necessario per garantire un equo contemperamento degli interessi in gioco ovvero per reprimere l'esercizio abusivo di un diritto.

In conclusione, il concetto di abuso del diritto postula quello di ingiustizia della condotta negoziale, quale elemento fondante la responsabilità civile.

Si tratta di un esercizio del diritto che persegue uno scopo non meritevole di tutela: ponendosi perciò in modo asimmetrico tra le confliggenti esigenze di garantirne l'esercizio individuale e per così dire egoistico del diritto, e di tener conto del sacrificio altrui secondo valori ispirati a solidarietà ed eguaglianza. Il bilanciamento di confliggenti interessi postula una loro composizione attraverso la previa verifica da parte del giudice del disequilibrio dei rapporti intersoggettivi, con successiva necessità di ripristinarne l'equità attraverso gli strumenti apprestati dall'ordinamento nelle singole fattispecie. La valutazione giudiziale è orientata a ricostruire la fattispecie oggettiva per stabilire la normalità o anomalia dell'atto di autonomia: detta ricostruzione rileva direttamente sul piano dei rimedi esperibili e delle responsabilità.

Qualora si versi ad esempio nell'ambito di un rapporto obbligatorio, la responsabilità avrà natura contrattuale, derivando da una ipotesi di violazione del canone di buona fede; fuori da un rapporto obbligatorio, la disciplina della responsabilità dovrà essere ricondotta a quella extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c.

In alcune fattispecie, il legislatore ha poi previsto sanzioni specifiche, come ad esempio le decadenze comminate *ex art. 330 c.c.* sulla perdita della responsabilità genitoriale. La circostanza che il legislatore abbia previsto specifici rimedi di repressione per varie fattispecie di abuso del diritto consente di affermare che la tecnica del risarcimento del danno non sia la regola generale, ma si ponga come strumento residuale e complementare rispetto ad altre specifiche sanzioni, per il ripristino dell'equilibrio alterato.

Il tema dell'abuso del diritto trova applicazione non solo nell'ambito del diritto sostanziale ma anche in campo processuale, quale necessario corollario del rispetto del principio della buona fede in ogni manifestazione di esercizio del diritto, compresa la fase della proposizione di un'azione in giudizio.

Il divieto di abuso del processo sanziona l'esercizio scorretto del potere della parte di scegliere le strategie di difesa processuale, con l'effetto di determinare un aggravio della posizione della controparte non giustificato dal perseguimento di un legittimo e ragionevole interesse.

Nel nostro ordinamento giuridico manca una definizione di abuso del processo, che dottrina e giurisprudenza considerano come proiezione dell'abuso del diritto. In via generale, i diritti riconosciuti dalla nostra Costituzione non sono esercitabili in assoluto, ma devono trovare il necessario contemperamento con altri principi e diritti costituzionalmente garantiti di pari dignità.

Appare pertanto evidente la necessità di operare un bilanciamento tra il diritto di azione previsto dall'art. 24 Cost., il principio del giusto processo contemplato dall'art. 111 Cost. e il principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., da cui derivano canoni comportamentali a carico delle parti, tra i quali l'obbligo di agire secondo buona fede. In particolare, deve essere richiamato il principio del giusto processo, regolato dalla legge, di cui all'art. 111 della Costituzione.

L'avvenuta costituzionalizzazione del principio del giusto processo reca con sé due effetti: in primo luogo, l'emersione di una componente correlata alla correttezza dei comportamenti dei protagonisti processuali; in secondo luogo, un profilo di garanzia che ne postula la controllabilità. In sostanza, dal principio costituzionale del giusto processo può inferirsi che il processo per essere definito giusto non può essere valutato esclusivamente in termini oggettivi, ma anche in termini soggettivi *sub specie* del necessario rispetto dei principi di lealtà e di buona fede, che impongono a tutti i soggetti istituzionalmente coinvolti obblighi di condotta e di comportamento processuali suscettibili di controllo.

L'abuso del processo si sostanzia dunque in una condotta che si caratterizza per un requisito oggettivo e uno soggettivo. Il primo consistente nella circostanza che lo strumento processuale viene utilizzato per fini diversi da quelli propri, ossia non per tutelare i diritti dedotti in giudizio, ma per finalità ulteriori ed estranee al contenuto tipico, arrecando conseguentemente un danno alla controparte. Il requisito soggettivo postula che la condotta venga posta in essere in violazione del dovere generale di correttezza *ex art.* 1175 c.c. e di buona fede previsto dall'art. 1375 c.c.

In definitiva, la giurisprudenza di legittimità afferma che costituisce abuso del processo qualsiasi iniziativa processuale volta a conseguire un ingiusto vantaggio, distorcendo i fini naturali del processo civile.

L'abuso del processo, in particolare, si sostanzia nell'utilizzo da parte di un soggetto di strumenti processuali con il fine di determinare in danno della controparte un sacrificio non giustificato dal perseguimento di un interesse lecito. Rientrano in questa casistica ipotesi tipiche già note nell'ordinamento, ma anche ipotesi atipiche scriminate attraverso la valutazione di atti e comportamenti operata sulla scorta di criteri di adeguatezza, proporzionalità e meritevolezza, con l'effetto di determinarne *de facto* una valutazione di illiceità pur quando atti e comportamenti appaiano espressioni di un determinato diritto.

Prendendo a base la casistica giurisprudenziale, tra i casi di abuso del processo possono essere classificati i seguenti:

- *Parcellizzazione della domanda*, nella quale possono farsi rientrare i casi di frazionamento giudiziale del credito unitario, che si verifica quando una parte, la fonte dei cui diritti trovi origine in un unico rapporto giuridico, introduce plurimi procedimenti anziché un unico processo. Si tratta di una condotta processuale non consentita, per essere tale frazionamento in contrasto con i principi di correttezza e buona fede, nonché con il principio di ragionevole durata del processo.

- *Utilizzo di mezzi processuali con scopi dilatori o manifestamente infondati*, attraverso cui la parte utilizza il processo con finalità che eccedono o trasmodano rispetto al naturale impiego dello strumento, come nel caso di instaurazione di giudizi con la sola finalità di prolungare i tempi di definizione della controversia; secondo la giurisprudenza di legittimità, ai fini della condanna prevista dall'art. 96, c. 3, c.p.c., non è sufficiente l'esito sfavorevole della controversia, perché altrimenti sarebbe vanificato il diritto costituzionale di difesa; deve piuttosto emergere in termini oggettivi dagli atti del processo che si è agito o resistito in giudizio pretestuosamente, con abuso dello strumento processuale, che ricorre allorché la condotta processuale si traduca in un comportamento contrario al canone di correttezza e buona fede, in quanto adottato col sacrificio di un interesse altrui di valore superiore rispetto a quello soddisfatto attraverso l'esercizio giudiziale del diritto o attuato con modalità irrispettose della sfera di interessi della controparte processuale, o senza alcuna considerazione per l'interesse superiore ad un efficiente svolgimento del processo, che risulta lesa da un aumento del volume del contenzioso, da ogni ostacolo alla ragionevole durata dei processi pendenti nonché dallo spreco di risorse.

- *Uso selettivo delle nullità di protezione*: una recente applicazione del divieto di abuso del processo si è avuta con riguardo alle fattispecie di c.d. uso selettivo delle nullità di protezione. La *ratio* della categoria è quella di riequilibrare l'asimmetria informativa tra le parti di specifici contratti definiti asimmetrici; essa trova fondamento nella circostanza che in particolari settori dell'ordinamento i negozi sono caratterizzati dalla presenza di un elevato grado di competenza tecnica e professionale in capo ad una soltanto delle parti. L'assenza di dette competenze in capo alla c.d. parte debole si traduce nel rischio per la medesima di concludere un negozio con le correlate obbligazioni senza averne correttamente compreso il reale significato e i relativi effetti. Il legislatore ha pertanto previsto un particolare strumento processuale in favore della sola parte debole del contratto, chiamato nullità di protezione. Il fenomeno riguarda in particolare il settore del mercato finanziario e i contratti di investimento, in cui in genere il privato investitore non ha le medesime competenze tecniche degli intermediari finanziari. Il fondamento normativo delle nullità di protezione nel settore del mercato finanziario è rappresentato dall'art. 23 del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), il quale al comma 1 prevede la forma scritta per i contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento, comminando la sanzione della nullità in caso di inosservanza di tale forma; al comma 2 prevede la nullità del contratto in caso di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico; al comma 3 prevede che "la nullità di cui ai commi precedenti può essere fatta valere dal solo cliente". Il legislatore ha dunque riservato al solo cliente la legittimazione a pro-

porre la domanda volta alla dichiarazione della nullità del contratto di investimento che difetti della forma scritta, discostandosi in tal modo dalla categoria generale della nullità prevista dal codice civile agli artt. 1418 ss. Pur in assenza di uniformità di disciplina tra nullità generale e nullità di protezione sotto il profilo della legittimazione attiva, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto applicabile anche alle ipotesi di nullità di protezione la regola della rilevanza d'ufficio e dell'efficacia *ex tunc* della sentenza dichiarativa della nullità del contratto o delle singole clausole oggetto del giudizio. E invero, il potere da parte del giudice di rilevare *ex officio* la nullità di protezione di un contratto d'investimento costituisce una garanzia per il privato investitore, così come l'estensione della regola dell'efficacia *ex tunc* della relativa sentenza di nullità, che, rendendo il titolo nullo, legittima il cliente privato ad attivare il rimedio restitutorio ai sensi dell'art. 2033 c.c. Sotto il profilo sostanziale, le criticità attengono agli effetti dell'uso selettivo delle nullità di protezione sul sinallagma contrattuale e sul patrimonio dell'intermediario, in quanto quest'ultimo potrebbe subire un ingiustificato sacrificio economico qualora il cliente investitore proponga azione di nullità, tralasciando dalla domanda giudiziale quelle operazioni rivelatesi vantaggiose per sé e svantaggiose per l'intermediario. Per dirimere la questione sul possibile uso abusivo, *contra ius*, che il privato investitore può porre in essere mediante la selezione delle operazioni di cui chiede la nullità *ex art. 23, c. 3, del Tuif*, le Sezioni unite nella sentenza n. 28314/2019 hanno osservato che la funzione della nullità di protezione *ex art. 23, c. 3, Tuif* deve essere quella di riequilibrare l'asimmetria informativa tra le parti del contratto di investimento, senza costituire causa di uno squilibrio economico a danno di una parte e a vantaggio dell'altra. Secondo le Sezioni unite (sent. n. 28314/2019), la nullità per difetto di forma scritta, contenuta nel d.lgs. n. 58/1998, art. 23, c. 3, può essere fatta valere esclusivamente dall'investitore, con la conseguenza che gli effetti processuali e sostanziali dell'accertamento operano soltanto a suo vantaggio. L'intermediario, tuttavia, ove la domanda sia diretta a colpire soltanto alcuni ordini di acquisto, può opporre l'eccezione di buona fede se la selezione della nullità determina un ingiustificato sacrificio economico a suo danno, alla luce della complessiva esecuzione degli ordini, conseguiti alla conclusione del contratto quadro.

- *Exceptio doli generalis*: è uno strumento di reazione al comportamento abusivo del creditore che non trova riconoscimento esplicito nel nostro ordinamento ed è in sostanza una creazione giurisprudenziale, ricollegabile allo stesso principio pretorio dell'abuso del diritto, utilizzata come strumento processuale di carattere generale per contrastare una pretesa che, pur in astratto fondata, è in realtà volta al perseguimento di finalità fraudolente. La sua applicazione è frutto dell'attività interpretativa della giurisprudenza, che ne ha ravvisato la fonte implicita in una pluralità di norme positive che ne condividerebbero la *ratio* e che, secondo alcuni, ne rappresenterebbero specifiche applicazioni. Al riguardo, la dottrina ha richiamato, tra gli altri, l'istituto della compensazione (artt. 1241 ss. c.c.); l'effetto solutorio del pagamento effettuato all'incapace nei limiti dell'arricchimento (art. 1190 c.c.); l'effetto liberatorio derivante dalla mora del creditore (art. 1207, c. 1, c.c.); la limitazione del risarcimento dei danni evitabili dal creditore con l'ordinaria diligenza (art. 1227, cpv., c.c.), ecc. Negli ultimi anni la giurisprudenza, contestualmente alla rivalutazione delle clausole generali di buona fede e correttezza nonché alla valorizzazione del significato immediatamente precettivo (e non solo programmatico) delle disposizioni costituzionali, tra le quali in particolare quella dell'art. 2 Cost., ha avuto modo di utilizzare l'*exceptio doli generalis* quale espressione di un istituto di portata generale e atipica, al di fuori dei casi espressamente regolati dal legislatore. Uno dei casi in cui la giurisprudenza ha fatto maggiormente applicazione del principio del divieto di abuso del diritto e dell'eccezione di dolo generale è quello del *contratto autonomo di garanzia*. La fattispecie del contratto autonomo di garanzia si caratterizza per la sostanziale rimozione del vincolo di accessorietà fra la posizione del garante e quella del debitore garantito; il primo si impegna infatti a pagare il creditore senza potergli opporre alcuna eccezione relativa al rapporto principale. L'ipotesi di abuso del diritto può verificarsi allorché il creditore, pur sapendo che l'obbligazione è stata già estinta dal debitore principale o che si tratta di un'obbligazione illecita, escuta ugualmente la garanzia avvalendosi della clausola di autonomia che impedisce al garante di opporre le eccezioni concernenti il rapporto principale. In questi casi si tratta all'evidenza di un esercizio abusivo del diritto al solo fine di ottenere un indebito arricchimento. In proposito, la giurisprudenza ammette che il garante, di regola costituito da una banca o altro soggetto di sicura solvibilità, possa sollevare l'*exceptio doli generalis* per opporsi all'escussione della garanzia quando l'abusività della stessa risulti da prove pronte (come quelle documentali) e liquide (ossia certe).

In sostanza, secondo la giurisprudenza, quando esistono prove evidenti (cioè, che non richiedono accertamenti complessi) del carattere fraudolento o abusivo della richiesta di pagamento avanzata dal beneficiario della garanzia, il garante può rifiutare il pagamento richiesto.

- *Abuso del diritto in materia tributaria*. Recentemente la Corte di cassazione ha avuto modo di riepilogare lo stato della giurisprudenza intervenuta in argomento, conferendo un carattere sistematico alla riflessione in materia. L'esistenza nel nostro ordinamento di un principio tendenziale desumibile dalle fonti comunitarie, dal concetto di abuso del diritto elaborato dalla giurisprudenza comunitaria e dall'art. 53 Cost. – secondo cui non possono trarsi benefici da operazioni intraprese ed eseguite al solo scopo di procurarsi un risparmio fiscale – era stata affermata dalla giurisprudenza già con riferimento alla disciplina anteriore all'entrata in vigore del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, art. 37-*bis*, introdotto dal d.lgs. 8 ottobre 1997, n. 358, art. 7. Una volta codificato, il d.p.r. n. 600/1973, stesso art. 37-*bis*, ora sostituito dalla l. 27 luglio 2000, n. 212, art. 10-*bis*, non contiene un'elencazione tassativa delle fattispecie abusive, ma costituisce una norma aperta, la quale trova applicazione, alla stregua del generale principio antielusivo rinvenibile nella Costituzione e nelle indicazioni della raccomandazione n. 2012/772/UE, in presenza di una o più co-

struzioni di puro artificio che, realizzate al fine di eludere l'imposizione, siano prive di sostanza commerciale ed economica, ma produttive di vantaggi fiscali (Cass. 2 febbraio 2021, n. 2224). Pertanto, secondo la Corte di cassazione, in materia tributaria il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo – rinvenibile negli stessi principi costituzionali che informano l'ordinamento tributario italiano oltre che nei principi comunitari – che preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione normativa, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, la cui ricorrenza deve essere provata dal contribuente. La prova sia del disegno elusivo sia delle modalità di manipolazione e di alterazione degli schemi negoziali classici, considerati come irragionevoli in una normale logica di mercato e perseguiti solo per pervenire a quel risultato fiscale, incombe sull'amministrazione finanziaria, mentre grava sul contribuente l'onere di allegare l'esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti che giustifichino operazioni in quel modo strutturate. Non è inoltre configurabile l'abuso del diritto se non sia stato provato dall'ufficio l'accertato vantaggio fiscale che sarebbe derivato al contribuente dalla manipolazione degli schemi contrattuali classici.

Infine, l'abuso del diritto è previsto dall'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea firmata a Nizza il 7 dicembre 2000 che, dal 1° dicembre 2009, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha acquisito lo stesso valore giuridico dei Trattati. Detto art. 54, rubricato "Divieto dell'abuso del diritto", riproduce l'art. 17 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu), a sua volta mutuato dall'art. 30 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, 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". La disposizione ha valenza meramente interpretativa, senza prevedere direttamente sanzioni per l'esercizio abusivo dei diritti riconosciuti dall'ordinamento comunitario.

Alla luce dell'orientamento della giurisprudenza comunitaria, si è affermato che è configurabile l'esercizio abusivo di un diritto in ambito comunitario al ricorrere congiunto di due elementi: il primo di carattere oggettivo, consistente nell'aggirare la norma nazionale facendo ricorso a libertà riconosciute dal diritto comunitario, così esercitando un diritto per un fine diverso da quello per il quale tale diritto è stato legislativamente predeterminato, con alterazione del fattore causale (*ratio*) delle norme; il secondo di natura soggettiva, identificabile con la consapevolezza, da parte del titolare del diritto esercitato, dell'abusività del comportamento tenuto e la cui esistenza può essere desunta da circostanze oggettive.

* * *