



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI “ROMA TRE”

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE “TULLIO ASCARELLI”

Diritto – Economia – Storia

Tesi di dottorato

in

Diritto privato per l’Europa – area di Diritto civile

XXVII ciclo

Abuso del diritto e liceità dello scopo

Tutor:

Chiar.mo Prof. Salvatore Mazzamuto

Candidata:

Valeria Confortini

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Giuseppe Grisi

Anno Accademico 2014-2015

INDICE

ABUSO DEL DIRITTO E LICEITÀ DELLO SCOPO

INTRODUZIONE.....1

Capitolo I

L'IDEOLOGIA E IL METODO

1. Abuso del diritto e destino delle prerogative private.....5
2. Abuso del diritto e giustizia. Il post-positivismo metodologico.....13
3. Neocostituzionalismo (ideologico e metodologico) e giurisprudenza dei valori.....15
4. Razionalità della scelta per valori. Un dialogo tra Natalino Irti e Luigi Mengoni.....19
5. Segue.....21

Capitolo II

LA FENOMENOLOGIA

1. Abuso del diritto e recesso *ad nutum*. Il «caso Renault» e configurabilità di diritti a-causali.....28
1.2 Segue: «Scopo tipico» e «s. atipico vietato».....36
2. Dopo la sentenza Renault: abuso del diritto e buona fede.....37
3. Abuso del diritto in materia tributaria e *ritorno alla fattispecie*.....40

Capitolo III

LA LOGICA

1. L'abuso del diritto come imperativo morale (problema storico).....49
2. Le teorie teleologiche.....50

2.1 Riformulazione dei risultati delle teorie teleologiche in chiave analitica. L'abuso come problema dell'interpretazione. Criteri endogeni di riduzione della fattispecie: <i>ratio legis</i> e funzione sociale del diritto.....	52
3. I criteri esogeni. La teoria degli illeciti atipici. Dall'interpretazione teleologica alla analogia.....	57
4. Abuso del diritto e buona fede.....	61
4.1. Abuso del diritto e buona fede: le teorie rimediali.....	62
4.2 Segue. Le teorie analitiche.....	68

Capitolo IV

STATUTO NORMATIVO DI LICEITÀ DELLO SCOPO

1. Teoria della fonte e giudizio conformativo.....	72
2. Centralità della categoria dell'interesse.....	74
3. Interesse come <i>elemento di fattispecie</i> e interesse come <i>elemento del fatto</i> . Compatibilità di metodo analitico e rilevanza giuridica dell'interesse.....	77
4. Teleologia del diritto soggettivo e tipicità dell'interesse.....	79
5. Abuso del diritto e conflitto d'interessi. Rovesciamento della prospettiva teleologica.....	83
6. Conflitto di interessi e abuso di maggioranza.....	87
7. Rilevanza giuridica dell'interesse: l'illiceità qualificata. Il motivo illecito e la causa illecita. Il contratto in frode alla legge (art. 1343, 1344, 1345 c.c.).....	94
8. L'interesse come elemento costitutivo del diritto soggettivo (art. 1174 c.c. e art. 1322 c.c. art. 1379 c.c.). Il criterio della meritevolezza.....	103
9. Norma generale di liceità degli scopi individuali.....	106
CONCLUSIONI	110
BIBLIOGRAFIA	117

INTRODUZIONE

1. – Non stupisce che Pietro Rescigno, dopo oltre 40 anni dal suo celebre saggio sull’abuso del diritto, raffiguri lo stato d’animo di chi affronta l’argomento come un sentimento “di perplessità e dubbi, e timori che talvolta diventano un incubo”¹.

Le perplessità e i dubbi, per la difficoltà dommatica di pensarlo concetto autonomo dall’eccesso dal diritto e dall’illecito; i timori, per l’imprevedibilità delle decisioni; l’incubo, infine, per chi nell’abuso del diritto intravede l’adito del passaggio dall’arbitrio dell’agente ad altro e più grave arbitrio, quello del giudicante.

La carica eversiva dell’argomento non lascia indifferente il giurista positivo che si fermi a osservare il percorso logico del giudice che ne fa impiego: sottratta la condotta alla fattispecie che formalmente autorizza una data azione, questi l’assoggetta a una diversa qualificazione normativa, facendo applicazione di altra e prevalente norma giuridica oppure (ed è qui che l’inquietudine del giurista positivo si traduce in ‘incubo’) di criteri valutativi meta o *extra*-giuridici².

Eppure, il tema non si lascia rifuggire o ignorare. In primo luogo, perché la giurisprudenza dell’ultimo turno di anni mostra di trovare irresistibile la seduzione di questo argomento. Ma soprattutto perché il richiamo al fondamentale valore della certezza del diritto non esime dal misurarsi col

¹ P. RESCIGNO, “*Forme*” *singolari di esercizio dell’autonomia collettiva (i concessionari italiani della Renault)* in *Contr. e impr.*, 2011, 3, p. 590; il saggio cui si fa riferimento è *L’abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205.

² “Il giurista, d’altronde, sa che – quando si apre un varco nel tessuto del diritto puramente legale – per immettervi un correttivo informale – in quel varco può penetrare qualsiasi corpo estraneo”. Così R. SACCO, *L’esercizio e l’abuso del diritto. L’abuso del diritto*, in G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarneri, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, pp. 281-373, p. 321.

rischio dell'arbitrio individuale “mascherato dal rispetto farisaico della lettera della legge”³.

Il titolo di questo lavoro congiunge abuso del diritto e liceità dello scopo, volendo significare un nesso di mezzo a fine. Attraverso lo studio della teoria dell'abuso del diritto si intende dare risposta ai seguenti interrogativi:

“È valida una fonte potestativa del diritto, ossia un titolo che tenga per *irrelevante lo scopo del comportamento?*”⁴ In che misura lo scopo che anima la condotta umana rileva per il diritto?

È proprio la materia dei diritti potestativi a destare la rinnovata attenzione degli interpreti, riproponendo l'antico tema della configurabilità di una categoria di diritti che i francesi (proprio i teorici generali dell'*abus de droits*) definivano immotivati, acausali e insindacabili⁵. La ricerca assume soprattutto la prospettiva di queste situazioni giuridiche, ma il suo fine è d'individuare una regola applicabile a tutte le condotte umane.

Ove si dia che nel nostro ordinamento non esistono diritti “acausali”, che lo scopo è sempre giuridicamente rilevante, allo studioso s'impone altro e più grave interrogativo: dove trovare i criteri di qualificazione dello scopo?

In queste domande il senso di un'indagine, il cui fine è tracciare i profili di uno statuto della rilevanza giuridica degli scopi individuali, si da accertare la configurabilità e i limiti di un controllo teleologico delle condotte umane.

2. – La giurisprudenza e la dottrina in materia di abuso del diritto ci consegnano l'immagine di una deviazione finalistica della condotta rispetto allo scopo che il diritto soggettivo sarebbe chiamato a servire. Una prima parte dell'analisi servirà a chiarire i termini della questione, rinnovando

³ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², Torino, 1952, p. 592-593.

⁴ È l'interrogativo posto da M. ORLANDI, *Abuso del diritto e teoria della fonte*, in V. Velluzzi (a cura di), *Abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2012, p. 126.

⁵ Ne dà conto P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 244.

l'interrogativo sulla misura di rilevanza dello scopo nell'esercizio del diritto (del se lo scopo sia rilevante).

Questo primo approdo introduce presto un nuovo interrogativo: *quale il criterio di rilevanza dello scopo?* Esiste un criterio di diritto positivo che consenta, per tutti gli atti giuridici, di tenere per rilevante lo scopo e discernere quelli consentiti da quelli vietati? Un novero di criteri che ci si propone di individuare con l'esclusione di parametri meta ed extra-giuridici.

Escludere parametri valutativi meta ed extra-giuridici implica una scelta primordiale e fondante. L'orizzonte di questo lavoro non aspira a estendersi ai territori della teoria generale e della metodologia giuridica, che lo sguardo deve tuttavia intravedere, perché ogni ragionamento giuridico chiede di fondarne le premesse. Insegna un grande contemporaneo che la scelta della "coscienza normativa", dei parametri attraverso cui conoscere e qualificare i fatti è insieme scelta *individuale* e *ineludibile*, ed è racchiusa nella potente immagine dell'ingresso nel tempio: "allora non siamo più spettatori delle molteplici religioni, ma credenti e fedeli di un'unica religione"⁶.

Tenterò nel primo capitolo di spiegare la ragione dell'adesione al positivismo metodologico, nella consapevolezza che la posizione di un postulato impone di attenderne i corollari.

2. – Il tentativo di tracciare il profilo di uno statuto di rilevanza degli scopi individuali sarà preceduto da una tripartizione: *ideologia, fenomenologia, logica* dell'abuso del diritto. Perché nel discorso del giurista *si intrecciano piani e si mescolano linguaggi*⁷.

⁶ N. IRTI, "Verità effettuale" e politeismo giuridico, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 6, p. 651.

⁷ G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, cit., p. 122, parla, mutuando un'immagine wittgensteiniana, di «pluralità di giochi interpretativi» dello strumento dell'abuso del diritto. La pluralità di discorsi e di piani logici implicati si offre allo studioso come prezioso riferimento del proprio itinerario logico. L'A. ci avverte infatti come l'argomento possa essere affrontato per varie finalità: in una prospettiva «filosofica», per "accreditare una certa concezione più generale sulla natura del diritto oggettivo con

Le fortune del concetto di abuso o il suo languire ai margini dell'attività di dotti e giudici riflettono le scelte sul fondamento dell'ordinamento giuridico e sul rapporto tra individuo e Stato. Dobbiamo quindi abbandonare il solido terreno dell'esegesi del materiale normativo e la rassegna della casistica giurisprudenziale per affacciarci sul campo delle ideologie che si contendono la supremazia sul mondo del diritto.

Il secondo capitolo è intitolato alla fenomenologia dell'abuso, accogliendo un termine impiegato da Giorgio Pino per descrivere l'attività dell'interprete volta a costruire una definizione dell'abuso muovendo dalle decisioni dei giudici e dall'enucleazione degli elementi che esse hanno in comune⁸.

La *centralità dello scopo* perseguito dall'autore della condotta si offrirà come risultato dell'analisi fenomenologica, conducendoci nella parte dedicata alla logica dell'abuso del diritto. Essa si propone di indagare l'abuso come *forma del pensiero*: se esso sia un concetto storico, un principio morale, un principio generale dell'ordinamento, un criterio interpretativo della legge, una forma della argomentazione giuridica, etc.

Nella quarta parte della tesi si cercherà di individuare i *criteri di rilevanza degli scopi individuali* alla luce dell'ordinamento in vigore, muovendo dall'analisi del concetto di interesse e dai *luoghi normativi* della sua emersione.

riferimento alla struttura del diritto, ai rapporti tra diritto e morale, alla defettibilità degli enunciati giuridici, etc.”; in prospettiva «dogmatica», con finalità prescrittiva o stipulativa, che indichi ai giuristi quali operazioni devono o non devono fare per accertare e risolvere i casi di abuso del diritto; in prospettiva di «meta-dogmatica» o «meta-giurisprudenza» (descrittiva o ricognitiva), che assumendo a punto di riferimento i discorsi dei giuristi procede ad una ricostruzione concettuale che li renda quanto più possibile precisi e teoricamente fecondi. Il mio lavoro aspira a svolgere una prima parte di metadogmatica ricognitiva (§1-3), una di metagiurisprudenza ricognitiva (§2) e infine una dogmatica (§ 4) di ricognizione e ricostruzione di un segmento di diritto positivo vigente. La prospettiva filosofica non sarà oggetto del lavoro, seppure reputo, come si vedrà nel corso della trattazione, che qualsiasi indagine giuridica tradisca l'idea del diritto oggettivo dell'Autore.

⁸ G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica*, cit., p. 124.

Capitolo I

L'IDEOLOGIA E IL METODO

1. – Abuso del diritto e destino delle prerogative private.

Il discorso sull'abuso del diritto è «meditazione sul destino delle libertà individuali»: si risolve nella misura di discrezionalità dei privati nella scelta dei fini e degli scopi degli atti, mostrando in ciò il rapporto, storicamente mutevole, tra lo Stato e l'individuo e tra diritto soggettivo e diritto obiettivo⁹.

Ignota ai giureconsulti romani¹⁰, la figura dell'abuso di diritto trova le sue prime concettualizzazioni nell'età intermedia, dove riflette la pluralità di gruppi intermedi e la instabilità politica dell'Europa continentale¹¹.

⁹ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 212; G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica*, cit. p. 122, pone in evidenza il collegamento tra abuso del diritto e teoria del diritto soggettivo, la quale “è per sua natura destinata ad affondare le sue radici nelle idee più fondamentali sull'organizzazione politico-giuridica: quantomeno dall'illuminismo giuridico in poi, la garanzia dei diritti soggettivi può essere considerata l'architrave e il banco di prova alla luce del quale valutare gli ordinamenti giuridici sotto il profilo della loro legittimità”. Le teorie del diritto soggettivo sottese alla teorie sull'abuso del diritto non sono affrontate *funditus* nel corso di questo lavoro, ma oggetto di costanti riferimenti e spesso presupposte. Nel rinviare agli scritti di A. GENTILI raccolti in *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, spec. p. 273 e ss. e 367 e ss. e di G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica*, cit. p. 128-140 siano qui sufficienti i richiami alle «teorie della volontà» e alle «teorie dell'interesse» svolte rispettivamente alle nt.13 e 18 e cap. IV, § 3.

¹⁰ G. GROSSO, voce *Abuso del diritto – a) diritto romano* in *Enc. dir.*, Milano, 1958, I, p. 161 e *ivi* per compiuta bibliografia. Sebbene gli studiosi contrari alla configurabilità logica del concetto di abuso del diritto siano soliti richiamare le *maximae* “*Qui iure suo utitur neminem laedit*”, GAIO, D. 50, 17, 55; “*nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*”, PAOLO, D. 50, 17, 151 e 155, “*is qui publico utitur non videtur iniuriae faciendae causa hoc facere: iuris enim executio non habet iniuriam*”, ULPIANO, D. 47.10.13.1. (un'ampia rassegna è in F. DI MARZIO, *Le basi romanistiche del Codice Civile*, Torino, 1950), fino al diritto intermedio il divieto di abuso non assumeva l'individualità di principio generale. Le esigenze etiche trovavano risposta nel *ius honorarium* o *pretorium*: in particolare nell'*exceptio doli generalis* e nella corrispondente *actio*, volte a combattere gli atti dolosi che prendessero pretesto dalla legittimità formale del comportamento secondo lo *ius civile*. L'istituto testimonia del cruciale ruolo del diritto pretorio come rimedio, tramite l'*aequitas*, alle asprezze determinate dalla rigidità dello *ius civile*. A questo proposito osserva Grosso: “il concetto del *quid dolo malo Auli Augerii fieri* nel far valere la pretesa, su cui poggia la eccezione, il *quae dolo malo facta esse dicentur*, che fonda un'azione, danno tale elasticità alla valutazione di illiceità da assorbire precisamente in termini concreti più vasti il quesito se, valendosi di un diritto o facendo valere una pretesa, si abusi del diritto stesso”. La dottrina dell'abuso è quindi estranea al diritto romano, e la ragione di ciò è “nell'elastico operare delle varie fonti romane del diritto”. In questo senso anche G. NEGRI, *Appunti per uno studio sull'abuso del diritto*, in *Jus*, 2009, 1, p. 107, spec. 112 e s.; per lo stesso motivo il concetto non troverebbe riconoscimento negli ordinamenti di *common law*, su cui v.

Il concetto trova le prime compiute formulazioni teoriche a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, quando si confrontano le ideologie liberale e sociale¹².

Figlia della Rivoluzione Francese ed espressione della società borghese dell'Ottocento, la prima ispira i codici liberali di diritto privato dell'Europa continentale, dove i diritti soggettivi consacrano libertà individuali nei confronti dello Stato, esaltano l'individuo e la forza creatrice della sua volontà¹³. Al centro del nuovo ordine sta «l'individuo come realtà in sé»¹⁴: in

A. GAMBARO, voce *Abuso del diritto - II) diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, vol. I, Roma, 1988, p. 6 e s.; sull'esperienza di *common law* fondamentale H. C. GUTTERIDGE, *Abuse of rights*, in *Cambridge L.J.*, 22 (1933-1935).

¹¹ U. GUALAZZINI, *Abuso del diritto - b) diritto intermedio*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 165. Lo sviluppo dell'idea d'impiego abusivo delle prerogative private è collegato – oltre che alla diffusione del Cristianesimo, modificativo del sostrato equitativo, pure presente nel diritto romano, e istitutivo delle basi per predicare la necessaria conformità del diritto positivo alla morale cristiana – alla “congerie delle fonti normative che concorrevano a definire i rapporti giuridici (...). Il prevalere momentaneo di una fazione, di un partito, di un capopopolo rendeva legittima l'immissione nella legislazione statutaria di norme che pregiudicavano interessi precostituiti e tempestivamente assunti con il rispetto alle norme vigenti al momento in cui erano state poste in essere le relative obbligazioni”. A questa instabilità le parti reagiscono con le clausole contrattuali, del genere di quella riportata dal Gualazzini: “*stipulans promisit non contraffacere et non contravenire auxilio alicujus legis, nec beneficio alicujus statuti facti vel faciendi, nec aliquo alio modo, ingenio, iure*”.

¹² Al sostrato ideologico dell'abuso del diritto sono dedicate le pagine di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 212 e ss., 278; G. CAZZETTA, *Responsabilità civile e abuso del diritto fra Otto e Novecento*, in V. Velluzzi (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, cit., p. 51, cui si rinvia in particolare per il pensiero di Lai, Scialoja e Chironi; S. HERMAN, *Classical Social Theories and the Doctrine of “Abuse of Right”*, 37 *La. L. Rev.* (1977), nel quale sono misurate le diverse ideologie muovendo dal *leading case Clément-Bayard*.

¹³ G. SOLARI, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato. L'idea individuale*, Milano-Torino 1911, p. 88-191, 333 e ss; sul rapporto tra individualismo e giusnaturalismo ispiratore dei codici dell'Ottocento R. DE STEFANO, *Il problema del potere*, Milano, 1962, p. 126 e ss. Queste premesse ideologiche fondano il concetto di diritto soggettivo come potere della volontà attribuito dall'ordinamento giuridico. Le regole che attribuiscono i diritti soggettivi disegnano sfere di libertà e autonomia, entro cui i titolari possono compiere le scelte che preferiscono. Questa definizione racchiude in sé scuole di pensiero molto diverse, che vanno dalla scuola storica esaltatrice della «signoria della volontà» di von Savigny a Windscheid che, cominciando ad avvertire con disagio la possibilità di predicare l'esistenza di poteri che non siano collegati a un comando normativo, descriverà il diritto oggettivo come «disciplina dei poteri di volontà esistenti nel mondo». Sul punto v. A. GENTILI, *Argomentazione e diritti soggettivi, Pretesa*, in *Il diritto come discorso*, cit., p. 274.

¹⁴ N. IRTI, *Dal diritto civile al diritto agrario (momenti di storia giuridica francese)*, Milano, 1962, p. 2, “Il soggetto del codice napoleonico è l'individuo come realtà in sé. Il perenne dissidio fra l'individuo e il gruppo sociale si pone a modo d'una antitesi di termini eterogenei e incomparabili. L'individuo è contrapposto alla società; la parte al tutto. La filosofia del codice

questo scenario, il controllo sul retto impiego del potere di autonomia è sovvertimento del diritto; l'abuso del diritto, concetto logicamente assurdo e politicamente pericoloso¹⁵.

La dottrina dell'abuso del diritto prende corpo in Francia a opera dei giuristi e delle decisioni della giurisprudenza in reazione all'assolutezza dei princìpi proclamati con la Rivoluzione – ma soprattutto per l'emergere di una nuova società industriale contrapposta alla proprietà fondiaria del primo Ottocento¹⁶. L'emergere di una nuova coscienza collettiva testimonia il passaggio da una “morale dell'economia” di stampo liberale a una di stampo sociale¹⁷.

napoleonico è la filosofia della parte: l'atomo si ribella e respinge l'universo in cui pure è incluso. Manca la presenza degli altri, la relazione della parte con il tutto”.

¹⁵ v. G. CAZZETTA, *Responsabilità civile e abuso del diritto fra Otto e Novecento*, cit. p. 61 e ss. In particolare si segnalano le voci di Scialoja e Lai in Italia, le opere di Planiol e Ripert in Francia; G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica*, cit. p. 13 ss.; sulle opere dei francesi V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963, p. 79-86.

¹⁶ La giurisprudenza francese sviluppa il concetto di abuso del diritto a partire dal diritto di proprietà con il *leading case Clément-Bayard* per poi estenderlo a molti altri settori del diritto. Sul punto, oltre la fondamentale opera del L. JOSSERAND, *De l'esprit des droit et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*², Paris, 1939, p. 15 e ss., 46 e ss., 365 e ss., cui è generalmente riconosciuta la paternità della teoria dell'*abus des droits*, v. V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, cit., p. 43 e s. Per l'esposizione del pensiero di Josserand e il suo legame con l'ideologia allora nascente in Francia v. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 226-232; ma v. la diversa lettura di P. G. MONATERI, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di Comparative Law and Economics)*, in A.a. V.v., *L'abuso del diritto, Diritto Privato*, III, Padova, 1997, p. 93, il quale valorizza l'influenza sui francesi delle generalizzazioni pandettistiche e del § 226 BGB, osservando come la teoria della funzione sociale applicata all'abuso del diritto sia più correttamente da collocare negli anni '70 del secolo scorso.

¹⁷ In questo senso (riportando alcune parole di Wieacker) S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Il diritto. Enc. giur.*, Milano, 2007, I, p. 8. Le nuove istanze francesi si mossero in particolare intorno al diritto di proprietà, Proprio il diritto di proprietà si era posto a modello del diritto soggettivo, “che con la sua funzione di garanzia rispetto a ogni privilegio, ha consentito la realizzazione dei princìpi di uguaglianza e libertà”. Gli abusi dei proprietari si resero possibili proprio per l'assolutezza del diritto, inteso come “potere e disinteresse da parte dell'ordinamento giuridico del modo in cui il singolo si serviva del potere di cui era titolare”; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit. p. 217 nota come all'indomani della Rivoluzione Francese “sul piano giuridico la distruzione dei vincoli individuali con le comunità particolari aveva cercato di portare l'individuo in relazione immediata con lo Stato, che si era tradotta nella proclamazione della uguaglianza di tutti innanzi alla legge. Sul piano economico, gli stessi princìpi ponevano l'individuo di fronte al gioco delle leggi dell'economia, onde si creava e si acuiva una sostanziale disuguaglianza, in contrasto stridente con l'uguaglianza formale”. Sulla posizione e il significato della dottrina dell'abuso del diritto come “momento” della storia

A farsi largo sono le ideologie cattolica e socialista, unite nel segno del rifiuto di una visione egoistica e individuale del diritto soggettivo¹⁸. Si distinguono nel termine di paragone cui misurare la discrezionalità dei privati nell'esercizio dei proprii poteri di libertà: lì dove l'ideologia cattolica assume il limite della legittimità morale degli atti, segnata in ultima analisi dai "doveri che incombono a ciascun soggetto verso Dio, verso se stesso, verso il prossimo"¹⁹, quella socialista o laica "dà al peccato il travestimento laico della riprovazione della coscienza collettiva"²⁰ e cioè della destinazione sociale del diritto secondo l'apprezzamento della comune coscienza. Entrambe sovrappongono alla legalità formale una "superlegalità": per l'una immutabile

giuridica francese fondamentale N. IRTI, *Dal diritto civile al diritto agrario (Momenti di storia giuridica francese)*, cit., p. 45 e ss.

¹⁸ G. SOLARI, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato. L'idea sociale*, cit., p. 1. In apertura del secondo volume, dedicato all'idea sociale, Solari avverte come "la Rivoluzione francese, se da un lato attuava nell'ordine politico e giuridico l'ideale individualista, dall'altro provocava un movimento di reazione inteso a reintegrare l'uomo nella natura e nella società. Tale reazione non fu solo destata dagli eccessi rivoluzionari (...) ma soprattutto da un nuovo orientamento del pensiero filosofico, determinato da un profondo rivolgimento delle menti circa il modo di considerare l'uomo ne' suoi rapporti con gli altri e col mondo esterno". Dietro questa impostazione v'è una teoria del diritto soggettivo non più come illimitato potere della volontà, ma come «potere concesso al privato per il perseguimento di uno scopo legittimo e serio», nella definizione che ne dà Josserand, o come «interesse giuridicamente protetto», nella definizione che del diritto soggettivo dà Rudolf von Jhering nel 1865. Il diritto soggettivo individua un interesse astratto e "oggettivizzato", e non uno strumento tramite il quale perseguire qualsivoglia risultato. Definire il diritto soggettivo come interesse oggettivamente tutelato, permette di predicare, rispetto all'esercizio del potere, la conformità o il contrasto con l'interesse che il legislatore ha individuato e protetto come socialmente prevalente. Le diverse teorie sul diritto soggettivo e i risvolti sotto il profilo degli spazi lasciati all'abuso del diritto sono in G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica*, cit., spec. p. 135, dove l'A. nota come la teoria dell'interesse sia il necessario substrato culturale perché possa operare la figura dell'abuso. Afferma al proposito che "la traduzione dell'interesse in termini oggettivi e astratti ha l'effetto di aprire la strada alla possibilità di controlli e limiti (non solo da parte del legislatore ma anche in sede interpretativa) sulle modalità di esercizio dei diritti da parte dei privati, in vista appunto della conformità di tali atti concreti all'interesse astratto sotteso al diritto."

¹⁹ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 222. Altrove avverte l'A. (p. 224) che "la dottrina cattolica contemporanea sembra annullare la distinzione tra "foro interno" e "foro esterno", attribuendo al giudice statale il potere di sindacare i motivi che sollecitano la coscienza individuale e applicando i precetti di un diritto naturale che cerca di farsi diritto positivo vigente".

²⁰ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 228

e data, per l'altra variabile e mutevole secondo le nuove istanze e i nuovi atteggiamenti della coscienza comune²¹.

Le vicende dei lavori preparatori al codice civile italiano del 1942 recano sicura testimonianza del sostrato ideologico dell'abuso. Al reciso rifiuto dell'introduzione del divieto di abuso da parte della Commissione reale per la riforma dei codici, presieduta da V. Scialoja, le osservazioni e proposte dei corpi tecnici suggerivano che l'introduzione del divieto fosse non solo opportuna, ma indispensabile per riflettere la reale coscienza sociale del paese, "non come semplice enunciazione di un principio morale, ma come affermazione della consapevolezza socialmente raggiunta della superiorità degli interessi della collettività, giuridicamente organizzata, sugli esclusivismi ed interessi individuali"²².

²¹ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., *ibidem*. Sul carattere ideologico della socialità dei diritti si segnala P. G. MONATERI, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà*, cit., p. 95 e ss. che svolge una analisi comparativa della teoria dell'abuso (in particolare tra i sistemi di *civil law* e quelli di *common law*) secondo un metodo di analisi economica del diritto. L'A. nota che la teorica dell'abuso, piuttosto che garantire una riallocazione ottimale per la società nel suo complesso, determina esclusivamente il vantaggio non compensato di una delle parti coinvolte nel rapporto. Muovendo dall'idea che considerare abusivo un atto di esercizio della proprietà significa negare un vantaggio a un proprietario e conferire un vantaggio all'altro, in realtà l'abuso si rivela "uno strumento di intervento giudiziale dei conflitti privati in base a direttive politiche non predeterminabili". Nel convenire con i sistemi di *common law* e la scelta di lasciare alla trattativa privata il gioco delle allocazioni ottimali tra proprietari, l'A. conclude (p. 120) sottolineando il "carattere *ideologico* delle costruzioni dottrinali sull'abuso del diritto. O meglio si svela come i discorsi sulla socialità dei diritti, in questo campo nascondano in realtà riallocazioni tra privati, in cui un privato guadagna ingiustificatamente un vantaggio non compensato. La compressione senza compensazione del diritto di una delle parti private coinvolte sarebbe giustificato solo se si mostrasse un guadagno sociale *diverso* dal vantaggio perseguito dalla controparte. (...) altrimenti questi proprietari che invocano l'abuso, la moralità e le teorie sociali dei diritti soggettivi, per usare la efficace espressione di Lenin, non sono che dei *borghesi equivalenti*. E come tali andrebbero trattati".

²² Leggo di queste vicende in V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, cit., spec. p. 14 e s., da cui sono colte anche le citazioni dei lavori preparatori. Questa linea di pensiero, osserva l'A., rappresentava il sentire della comunità giuridica del tempo – le «osservazioni e proposte», raccoglievano le opinioni degli accademici universitari, magistrati, ordine degli avvocati e procuratori – e portò alla traduzione della *regola* di cui all'art. 74 del progetto di codice, la quale disponeva che "è egualmente tenuto al risarcimento colui che ha cagionato il danno ad altri eccedendo nell'esercizio del proprio diritto i limiti posti dalla buona fede o dallo scopo per il quale il diritto gli fu concesso" (ricalcando l'art. 74 del progetto di Codice italo-francese delle obbligazioni del 1928) nel *principio*: "nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il medesimo gli è riconosciuto" di cui all'art. 7 del progetto definitivo curato dalla Commissione di revisione. È noto che la Commissione

L'argomento dell'abuso si offre alla civilistica tedesca quale preziosa arma per l'imposizione dell'ideologia nazionalsocialista. Si deve a Wolfgang Siebert la compiuta elaborazione della teoria del *Rechtsmissbrauch* nell'ottica della *Deutsche Erneuerung*²³. L'esponente della scuola di Kiel, muovendo dalla rielaborazione della definizione del diritto soggettivo offerta da Josserand come potere concesso al privato per il perseguimento di uno scopo "legittimo e serio"²⁴, rende quest'ultimo tipico nella formula della funzione sociale²⁵. Ogni esercizio del diritto *per scopi anticomunitari (zu gemeinschaftswidrigen Zwecken)*, non è più protetto dal contenuto del diritto, e quindi rappresenta una *trasgressione del diritto (Rechtsüberschreitung)*²⁶. L'apparente legittimità formale della condotta non è sufficiente a garantirne la giuridicità, piuttosto predicabile solo ove l'esercizio del diritto risponda a un'effettiva funzione della comunità e persegua uno scopo assunto da questa tra i suoi valori²⁷.

Il contenuto (e la stessa esistenza) delle prerogative private (*volksgenössische Berechtigungen*) è del tutto relativo²⁸ e affidato alla valutazione del giudice mediante un criterio di costante riferimento alle

parlamentare chiamata a esprimere parere sul progetto definitivo concluderà per la inopportunità di introdurre una simile disposizione di carattere generale, comportando lo stralcio della disposizione e rinviandone la formulazione ai singoli istituti.

²³ H. P. HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmissbrauchslehre: Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens?*, Berlin-Spitz, 1995, p. 183 e ss. L'A. ripercorre compiutamente il pensiero di Siebert, che si svolge nelle tre successive opere: *Verwirkung und unzulässige Rechtsausübung*, in *Arbeiten zum Handels- Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht*, Berlino, 1934; *Vom Wesen des Rechtsmissbrauch. Über die konkrete Gestaltung der Rechte*, in G. DAHM et al., *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, K. Larenz Junker und Dünnhaupt (Hg.), Berlin, 1935; *Subjektives Recht, konkrete Berechtigung, Pflichtenordnung in Deutsche Rechtswissenschaft*, vol. I, 1936.

²⁴ L. JOSSERAND, *De l'esprit*, cit., p. 362.

²⁵ M. LA TORRE, *La "lotta contro il diritto soggettivo"*, Milano, 1988, p. 169 e ss.

²⁶ W. SIEBERT, *Vom Wesen des Rechtsmissbrauch*, cit., p. 201; Sul punto v. M. LA TORRE, *La "lotta contro il diritto soggettivo"*, Milano, 1988, p. 175; H. P. HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmissbrauchslehre*, cit., spec. p. 188 e ss.

²⁷ M. LA TORRE, *La "lotta contro il diritto soggettivo"*, cit., p. 175.

²⁸ La *Innentheorie* di Siebert conduce al riconoscimento "*einer Relativität der Rechts im Sinne einer Relativität des Rechtsinhalts*", da *Verwirkung und unzulässige Rechtsausübung*, cit., p. 89. Il privato in tanto ha il potere di compiere un determinato atto in quanto membro di una comunità di popolo e in funzione della posizione che vi ricopre. Il lettore non faticerà a presagire lo sviluppo di questa impostazione, messa a punto anche da Karl Larenz: si è titolari di diritti e di doveri non in quanto uomini, ma in quanto membri della comunità di popolo (*Volksgemeinschaft*); e si è membri della comunità di popolo solo se si è di sangue tedesco. Sul punto M. LA TORRE, *La "lotta contro il diritto soggettivo"*, cit., p. 182.

Generalklauseln di buona fede (*Treu und Glauben*) e di buon costume (*gute Sitten*): solo da queste clausole generali va determinato il contenuto del diritto, giacché esse rappresentano “la traduzione nel campo giuridico dei valori fondamentali della *Volksgemeinschaft* e del nazionalsocialismo”²⁹. Il risultato è la sostituzione del concetto stesso di diritto soggettivo (*subjektives Recht*) con quello di *volksgenössische Berechtigung*, che associa in sé *potere e dovere*: “diritto e dovere, in questa concezione, non sono più separati, non rappresentano più situazioni giuridiche distinte e contrapposte ma si fondono in una medesima posizione giuridica in cui tuttavia l’elemento del dovere, della responsabilità verso la comunità, ed anzi il servizio a questa risulta prevalente”³⁰: il privato ha un determinato potere perché membro della comunità di popolo, e perciò ha il dovere di esercitarlo al suo servizio.

Il veloce sguardo su alcune vicende storiche della teoria dell’abuso del diritto pare indicarci una linea di tendenza. Spesso il suo fiorire si accompagna a periodi d’instabilità politica, quando nuove classi sociali premono sulle vecchie (è l’esperienza della Francia del secondo Ottocento) o serve a consolidare una nuova ideologia: è l’iniziale esperienza sovietica³¹ (poi deviata

²⁹ M. LA TORRE, *La “lotta contro il diritto soggettivo”*, cit., p. 177. L’A. riporta a questo proposito un brano da Siebert, *Vom Wesen des Rechtsmissbrauchs*, cit., p. 211.: “giungiamo così al risultato che per la determinazione adeguata del contenuto del diritto per mezzo dell’idea del dovere sono indispensabili dei fondamenti globali e al tempo stesso concreti. Questi sono realizzati per il diritto privato dalle clausole generali, le quali forniscono il fondamento necessario per la formulazione concreta dei diritti nella comunità del popolo e pertanto vanno impiegate non iuris civilis adiuvendi causa né supplendi o corrigendi causa, bensì iuris civilis implendi causa”. Sul punto anche H. P. HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmissbrauchslehre*, cit., p. 200 e 209. Dello stesso Autore si segnalano anche le p. 224 e ss. sulle applicazioni giurisprudenziali della teoria di Siebert.

³⁰ Così M. LA TORRE, *La “lotta contro il diritto soggettivo”*, cit., p. 177; H. P. HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmissbrauchslehre*, cit., p. 210, il quale parla al proposito di “*Recht und Pflicht als Einheit*”.

³¹ L. ACQUARONE et al., *Sistemi giuridici nel mondo*, Milano, 2012, p. 102: “nel regime staliniano il diritto soggettivo del cittadino è inteso nel senso del diritto del lavoratore a essere liberato dallo sfruttamento e viene identificarsi con l’esigenza di vedere realizzati gli obiettivi della Rivoluzione. Il far valere un interesse soggettivo in contrasto con l’interpretazione data dal Partito agli interessi collettivi dei lavoratori va represso come abuso del diritto”; G. CRESPI REGHIZZI, *Il fenomeno dell’inserimento di Generalklauseln dalla portata funzionalizzante*, in *Il Socialismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini*, 3-4 (1974-1975); P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, cit. p. 227.

verso un rigido legalismo) e quella nazista³². L'interesse e l'impiego del concetto s'affievoliscono dove la struttura sociale è molto omogenea o il potere politico molto forte (codici liberali dell'Ottocento, Italia fascista).

L'abuso di diritto mostra così il suo profilo di *problema storico*, testimone del contingente allontanarsi della realtà giuridica dal concreto sentire della coscienza collettiva³³: specchio di quella crisi che, nella Francia del secondo Ottocento “arde insieme individuo e ordine giuridico tradizionale”, ma che spesso riflette l'immagine “di un mondo, in breve, che cerca un nuovo equilibrio”³⁴. Questa dimensione spiega anche il suo riproporsi nel corso dei secoli nelle medesime linee retoriche³⁵: negato da chi reputa di dover preservare l'ordine costituito (o da chi crede che esso possa mutare solo attraverso una diversa programmazione normativa) e propugnato da chi si rende interprete di

³² Risuona il monito di Sir H.C. GUTTERIDGE, *Abuse of rights*, cit., p. 44: “it [la teoria dell'abuso] may get out of hand, and result in serious inroads on individual rights, thus becoming an instrument of dangerous potency in the hands of the demagogue and the revolutionary. It resembles a drug which at first appears to be innocuous, but may be followed by very disagreeable after effects. Like all indefinite expressions of an ethical principle it is capable of being put to invade almost any sphere of human activity for the purpose of subordinating the individual to the demands of the State”.

³³ A. GAMBARO, voce *Abuso del diritto - II) diritto comparato e straniero*, cit., p. 2: “Non è da stupirsi quindi che il problema dell'abuso sia divenuto un tema di teoria generale, ovvero, in prospettiva storicistica, il luogo geometrico da cui il giurista contempla le diverse alternative che al suo itinerario potevano farsi”; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², cit., p. 393, rileva che la teoria dell'abuso di diritto “va piuttosto considerata come un prodotto contingente della impossibilità, in cui il diritto si è trovato, di seguire da presso il più celere e libero svolgersi della vita sociale, adattandone le forme ai suoi schemi tradizionali e colmando le lacune lasciate dalla applicazione di essi”; F. RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, 3, p. 1235; rileva l'attuale profilo storico del problema M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 2, p. 468, notando che il legame tra la dottrina dell'abuso e le istanze di socializzazione del diritto per via interpretativa spieghi la sua battuta d'arresto con l'avvento del *Welfare State* e la sua riscoperta nel contesto attuale della crisi di quest'ultimo. Sull'abuso come problema storico v. anche, *infra*, cap. III, § 1.

³⁴ N. IRTI, *Dal diritto civile al diritto agrario (momenti di storia giuridica francese)*, cit., p. 45.

³⁵ Questo tratto dell'abuso del diritto ne ha suggerito l'accostamento alla figura mitica dell'araba fenice, che sempre rinasce dalle sue ceneri. Così lo ha definito G. ALPA, *I principi generali*, Milano, 1993, p. 76; G. CAZZETTA, *Responsabilità civile e abuso del diritto fra Otto e Novecento*, cit., p. 51 parla al proposito di una apparente “immobilità dello scontro dogmatico”, tanto che le ricorrenze retoriche in materia, se isolatamente considerate “talora rendono quasi difficile una collocazione storica dei testi”.

nuove esigenze e bisogni sociali e ritiene che esse possano soddisfarsi attraverso l'attività giurisdizionale.

2. – Abuso del diritto e giustizia. Il post-positivismo metodologico.

La prospettiva storico-ideologica e l'accento posto dalla speculazione sull'abuso del diritto sul divario tra *forma* e *sostanza*, tra *apparenza di diritto* e *vero diritto* chiama a sé la scelta di un'idea del diritto e del rapporto tra questo e la giustizia³⁶.

Il positivismo metodologico postula la relatività del senso di giustizia e impone, di logica necessità, che ciò che è legittimo debba accettarsi seppure percepito come ingiusto³⁷. È anzi l'irriducibile relatività del senso di giustizia a spiegare l'esistenza e la necessità di un ordinamento giuridico, in cui la *scelta politica* – di quale tra i valori in conflitto, in sé equivalenti, far prevalere – spetta al potere legislativo. Al giudice, il compito di applicare le norme secondo la soluzione del conflitto tra gli interessi che la legge ha *già risolto* a favore dell'uno o dell'altro contendente, traducendola in modelli di condotte e di effetti.

Il carattere avalutativo dell'attività del giurista è quindi il fulcro del positivismo giuridico. Ma è appena il caso di segnalare che discorrere oggi di positivismo metodologico non significa aderire al positivismo ideologico (legalismo etico) e teorico (declinato nello statalismo e nella interpretazione formale) di stampo Ottocentesco³⁸, che nessun giuspositivista contemporaneo

³⁶ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit. p. 222. Ma vedi A. GAMBARO, voce *Abuso del diritto*, cit., p. 4, che in realtà “il problema appassionante del ruolo del giudice della certezza del diritto, è, come problema di politica istituzionale, lontano dal tema dell'abuso, la sua soluzione dipende infatti dal sistema di formazione e reclutamento dei giudici, dalle garanzie di indipendenza loro accordate, dalla cultura e dall'organizzazione del ceto forense e da molte altre variabili la cui influenza è di molto superiore alla teoria dell'abuso del diritto”. A riprova di ciò, il fatto che dell'abuso del diritto sia stato fatto largo impiego in ordinamenti che non lo hanno tradotto in norma positiva e viceversa sia rimasto inapplicato in molti ordinamenti che lo hanno reso norma positiva.

³⁷ H. KELSEN, *Il problema della giustizia*, Vienna, 1960, rist. Torino, 2001, p. 68.

³⁸ La tripartizione delle accezioni del positivismo in metodologico, ideologico e teorico, elaborata da N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico* (1961), Torino, 1979, è oggi penetrata nel

immaginerebbe predicare, non fosse altro che per il suo anacronismo³⁹. Può essere allora più utile riferirsi all'orizzonte scientifico del "post-positivismo", con cui si indicano le concezioni del positivismo sviluppatesi nel secondo Novecento⁴⁰. La riflessione dei giuspositivisti contemporanei si connota in particolare per la scelta del metodo, radicato nella considerazione che tutto il diritto si risolve in norme giuridiche poste dall'uomo⁴¹, e che l'oggetto dell'attività dell'interprete siano le norme poste da una (delle molteplici, e storicamente mutevoli) fonti del diritto⁴². Nella nozione di norma giuridica

linguaggio comune dei teorici generali. Con il p. metodologico Bobbio intende quel modo di accostarsi al diritto e d'isolare l'oggetto di indagine, caratterizzato dalla netta distinzione fra diritto reale e diritto ideale, fra diritto come fatto e diritto come valore, fra diritto com'è e diritto come deve essere (come si vorrebbe che fosse); con p. teorico si intende un insieme di teorie connotate da una concezione statualistica del diritto (imperativismo, teoria della coattività, teoria delle fonti basata sulla supremazia della legge, teoria della completezza dell'ordinamento giuridico e della interpretazione come attività meramente logico-meccanica); infine il p. ideologico (o legalismo etico) è inteso come teoria della obbedienza alla legge positivamente statuita, che in quanto tale merita supina osservanza. Rileva a questo proposito G. PINO, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, in *Analisi e diritto*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, 1998, p. 210, come l'aspetto etico ideologico del positivismo sia assente nell'attuale panorama del positivismo, non fosse altro perché "la versione estrema del positivismo ideologico è con tutta evidenza incompatibile con un altro aspetto del giuspositivismo, senza dubbio predominante nella teoria del diritto del Novecento, e cioè con l'aspetto epistemologico-scientifico, con il positivismo giuridico come *approach* avalutativo al diritto. E' ovvio che, se al giurista che adotta tale prospettiva si prescrive di trattare il diritto come un fatto e non come un valore, di separare i giudizi di validità giuridica dai giudizi di valore morale, *a fortiori* gli si vieta di attribuire forza morale obbligatoria al diritto in quanto meramente esistente, di fare del diritto una morale".

³⁹ V. G. PINO, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, cit., p. 203, il quale nota come "molto frequentemente, gli "antipositivisti" finiscono per scegliere come bersaglio critico (e come controprova della validità delle loro tesi) versioni piuttosto antiquate del giuspositivismo, quando non addirittura tesi comunemente (fra)intese come giuspositiviste ma che qualunque giuspositivista contemporaneo si guarderebbe bene dal sottoscrivere".

⁴⁰ L'espressione è di M. JORI, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milano, 1987.

⁴¹ G. PINO, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, cit., *ibidem*, il quale osserva come il positivismo giuridico indichi una corrente culturale vastissima, il cui unico elemento davvero indefettibile è che "tutto il diritto è diritto positivo; quest'ultimo è un artefatto umano radicalmente contingente, sia dal punto di vista della sua produzione, sia dal punto di vista della sua valutazione, e i contenuti normativi del diritto non hanno alcun radicamento oggettivo o vincolo esterno al contesto storicoculturale nel quale si collocano"; cfr anche R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in *Giur. cost.*, 2007, 2, p. 1374 e s.

⁴² Anche il metodo interpretativo formalista va quindi inteso come l'esito dell'incontro tra positivismo giuridico e filosofia analitica, da un lato, e come esito del dialogo tra quest'ultima e l'ermeneutica, dall'altro. V. A. GENTILI, *L'interpretazione giuridica: il contributo della dottrina*, in *Giust. civ.*, 2014, 1, p. 60: "il diritto è la norma scelta in modo giustificato, anche per

rientra come quella posta dalla legge ordinaria quella sancita dalla Costituzione⁴³, il che rende affatto compatibile con il positivismo l'idea di un ordine costituzionale sovraordinato alla legge ordinaria⁴⁴. Le norme costituzionali, a loro volta fondate dall'atto di volontà di un'Assemblea, orientano e limitano lo svolgersi della produzione normativa subordinata. Le Costituzioni pongono principi imponendo i valori a essi sottesi, elevandoli sopra quelli posti dalle norme di legge ordinaria e condizionando la validità di queste ultime in ragione della posizione gerarchica della fonte; le norme costituzionali guidano l'interprete nell'interpretazione della legge, indicandogli di scegliere, tra i possibili sensi ascrivibili all'enunciato normativo, quello conforme al dettato costituzionale. Le stesse carte costituzionali affidano a un organo – è appena il caso di ricordare, in parte di nomina politica – il controllo accentrato della conformità delle leggi ordinarie alla costituzione, quando la disposizione non restituisca sensi compatibili con la norma costituzionale.

3. Neocostituzionalismo (ideologico e metodologico) e giurisprudenza dei valori.

Questi assunti paiono oggi vacillare di fronte a nuovi orientamenti giurisprudenziali – di cui l'abuso del diritto è solo uno dei protagonisti⁴⁵ –

deduzione logica da altre norme o principi, purchè da testi formalizzati attraverso procedimenti che l'interprete riconosce come fonti del diritto”.

⁴³ Segnala la assoluta compatibilità del neocostituzionalismo (teorico) con il positivismo metodologico P. COMANDUCCI, *Forme di (neo)costituzionalismo*, in *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, T. Mazzarese (a cura di), Torino 2002, p. 84, il quale osserva come il primo sia “il figlio legittimo” del secondo. L'entrata in vigore della costituzione non fa altro che modificare l'oggetto di indagine del giurista: “dato che sono (parzialmente) cambiati i modelli di Stato e di diritto rispetto a quelli tipici dell'Ottocento e della prima metà del Novecento, la teoria del diritto neocostituzionalista risulta nient'altro che il positivismo giuridico dei nostri giorni”.

⁴⁴ Il discorso è diverso se l'oggetto di indagine cessa di essere “modello descrittivo della costituzione come norma”, e cioè un insieme di regole giuridiche positive, espresse in un documento o consuetudinarie, e venga inteso come “modello assiologico della costituzione come norma”, per cui la costituzione è caricata di un valore intrinseco, vale “in sé”, e serve da ponte valoriale tra diritto e morale. Sul punto v. P. COMANDUCCI, *Forme di (neo)costituzionalismo*, cit., p. 82 e s.

⁴⁵ Si pensi alla giurisprudenza sulla causa concreta, a quella sul potere del giudice di integrare il regolamento contrattuale sostituendosi alle parti nella determinazione dell'eccessività della

espressivi di una linea di tendenza, raffigurata nella suggestiva immagine della *crisi della fattispecie*⁴⁶.

Il nostro tempo, ci insegna Natalino Irti, si connota per due fenomeni simmetrici. Da un lato “*lo spostarsi dei criterî di decisione giudiziaria al di sopra della legge*”, dalla legge ordinaria alle norme costituzionali, che sono norme senza fattispecie, e da queste ai *valori*, “cioè a criterî supremi, che si celano o si calano nelle norme costituzionali”⁴⁷. Specularmente, le parti non espongono più al giudice fatti riconducibili a “*schemi di fatto*”, ma descrizioni di “*«situazioni di vita»*, contenute di esperienza, e domandano risposte nel segno dei valori”⁴⁸.

Alla base del nuovo corso del diritto starebbe “l’odierna società liquida, dove ogni interesse e bisogno è diritto individuale” e dove “la legge perde sempre più la funzione di dettare norme generali e astratte”⁴⁹.

Il fiorire della teoria dell’abuso del diritto è – al pari di quelle sulla causa concreta, sui poteri integrativi del giudice in funzione equitativa, etc. – in primo luogo sintomo di *crisi della legge*, intesa come crisi del potere dello Stato di imporsi sulla realtà planetaria delle contrattazioni moderne, che paiono andar creando un ordinamento parallelo: nella *lex mercatoria* il versante sostanziale, nell’arbitrato quello processuale; è insieme *crisi del positivismo e della fattispecie*, perché un ordinamento fondato sull’individuazione generale e astratta di modelli di condotta, sarebbe incapace di tenere il ritmo incessante e mutevole della società civile, che sempre agita nuove istanze e nuovi bisogni,

penale anche ove a ciò non richiesto dalle parti, alla giurisprudenza sulla nullità della caparra confirmatoria manifestamente eccessiva per violazione dell’art. 2 Cost., alla giurisprudenza che individua la nuova categoria dei beni comuni, etc.

⁴⁶ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1, p. 36.

⁴⁷ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 41

⁴⁸ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 43 (corsivi nel testo); G. ALPA, *Il metodo nel diritto civile*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 365, 385.

⁴⁹ C. SALVI, *Note critiche in tema di abuso del diritto e poteri del giudice*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 1, p. 27, 37; L. FERRAJOLI, *Antigone e Creonte, entrambi sconfitti dalla crisi della legalità*, in *Giust. civ.*, 2014, 1, p. 27.

che presto chiede nuove soluzioni agli interessi in conflitto⁵⁰. Si vedrà come forse la crisi concerna, più che la fattispecie come forma del pensiero giuridico, il testo come luogo da cui ricavare il significato delle disposizioni rispetto ad elementi extratestuali, e la prevalenza di un certo pensiero per fattispecie (indeterminate) su altre fattispecie, (analitiche).

La crescente espansione del potere giurisdizionale nel diritto contemporaneo trova il sostegno dottrinale della corrente culturale di neocostituzionalismo (ideologico e metodologico)⁵¹ e neogiusnaturalismo⁵². Rielaborando gli approdi postjheringhiani dell'*Interessenjurisprudenz*, i fautori di questo nuovo corso del diritto paiono intendere che spetti al giudice risolvere

⁵⁰ “Un punto è certo” scrive F. GALGANO “nell’odierna società globale il diritto non è più storia ma cronaca e anzi è ancor meno, è cronaca locale. Il diritto naturale, tacciato dai giuspositivisti d’essere l’antistoria, è il solo diritto che oggi aspira ad essere, al di là della frantumazione dei diritti nazionali, il diritto dell’intera umanità, qual è consegnato nelle universali carte dei diritti dell’uomo; ma anche quale si ritrova per la regolazione dei rapporti entro il mercato globale in quei principi generali del diritto civile, universalmente riconosciuti, cui si è dato il nome, evocativo di un’antica universalità, di nuova *lex mercatoria*”. Il brano è tratto da *Il legittimo e il giusto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2009, p. 1, 10.

⁵¹ P. COMANDUCCI, *Forme di (neo)costituzionalismo: un’analisi metateorica*, cit., p. 79 L’A. replica per il neocostituzionalismo la tripartizione che Bobbio aveva elaborato per il positivismo (ideologico, teorico, metodologico), segnalando in particolare come il neocostituzionalismo si distingua rispetto al costituzionalismo per aver sviluppato non (solo) un’ideologia ma anche una teoria alternativa alla teoria giuspositivista tradizionale: “il modello di sistema giuridico che emerge dalla ricostruzione del neocostituzionalismo è caratterizzato, oltre che dalla pervasività della costituzione, dalla positivizzazione di un catalogo di diritti fondamentali, dalla compresenza nella costituzione di principi e regole, e da alcune peculiarità dell’interpretazione e dell’applicazione delle norme costituzionali rispetto all’interpretazione e all’applicazione della legge”. Entro la teoria neocostituzionalista si danno però due correnti: l’una che si pone come sviluppo, con lo stesso metodo, ma con oggetto parzialmente mutato, del giuspositivismo (neocostituzionalismo teorico, su cui v. *supra*, nt. 42 e 43; l’altra che reputa che le trasformazioni dell’oggetto di indagine reclamino un radicale cambiamento metodologico, e che quindi il neocostituzionalismo presenti differenze qualitative rispetto al giuspositivismo teorico. Per gli esponenti del neocostituzionalismo v. in particolare le opere di R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), Harvard UP, Cambridge, Mass. 1978; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi, diritti giustizia*, Torino, 1992; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989.

⁵² F. GALGANO, *Il legittimo e il giusto*, cit., p. 1 e ss; G. ALPA, *Il metodo nel diritto civile*, cit., p. 358 e ss. (spec. nt. 55 per le indicazioni bibliografiche), in cui l’A. introduce i più recenti studi e orientamenti sul diritto naturale avvertendo che “oggi più di ieri l’espressione «diritto naturale» riceve una rinnovata attenzione, sia per il moltiplicarsi delle convenzioni internazionali sui «diritti umani» sia per le aspirazioni di quanti si propongono di riformulare secondo il moderno sentire i principi di etica sui quali si regge la comunità”; Rileva come il ritorno al diritto naturale sia in ultima analisi il fondamento della teoria dell’abuso C. SALVI, *Note critiche in tema di abuso del diritto e di poteri del giudice*, cit., p. 38; A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*⁶, cit., p. 57 e nota 36.

il conflitto tra gli interessi, facendo diretta applicazione dei principi costituzionali⁵³ e attingendo ai superiori valori fondanti l'odierna società civile secondo la giustizia del caso concreto⁵⁴. Sullo sfondo, l'idea che solo così il Legittimo possa tornare a essere il Giusto⁵⁵.

⁵³ G. PINO, *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, 2011, 11, p. 75. G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali*, in *Contr.*, 2014, 10, p. 927; Sul problema generale della *Drittwirkung* v. da ultimo C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano 2015; F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in L. Mengoni, F. Modugno, F. Rimoli (a cura di) *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2003, spec. p. 69 e ss. Occorre segnalare che questa il tema della diretta applicazione dei principi costituzionali ai rapporti tra privati coinvolge in particolare la giurisprudenza dell'ultimo turno d'anni, come esito di una evoluzione che M. ONORATO, *L'interpretazione costituzionalmente orientata della legge*, manoscritto inedito consultato grazie alla cortesia dell'A., isola in tre periodi: il primo, dall'entrata in vigore della Costituzione agli anni '70 del secolo scorso, fedele all'impostazione del controllo accentrato della costituzionalità delle norme di rango ordinario; il secondo, dagli anni '70 ai primi anni duemila, quando la Corte costituzionale inaugura la pratica della c.d. interpretazione costituzionalmente orientata: le questioni di legittimità costituzionale delle norme ordinarie sono rigettate sul presupposto che il giudice ordinario non si debba limitare a rilevare *prima facie* la non conformità di una norma ordinaria alla costituzione, ma debba spingersi più oltre a isolare, tra i significati linguistici della disposizione, quello che sia conforme alla Costituzione. Si giunge così ai nostri giorni, dove viene consolidandosi altro e più estremo orientamento (approvato dalla Corte costituzionale), che consente all'interprete, in nome del principio costituzionale e del valore da esso espresso, di elaborare la norma più adeguata a risolvere il caso secondo il principio *disapplicando* la norma di diritto ordinario a esso difforme. "Risultano così mutate – osserva Onorato – le linee metodologiche correnti nella letteratura giuridica. Il diritto non è più applicazione di norme legislative al caso concreto, ma soluzione del caso concreto alla luce dei principi costituzionali (...) Il Giudice non deve limitarsi a sussumere il fatto nella fattispecie predisposta dal legislatore, ma costituire una regola conforme ai valori supremi". L'interprete è sciolto dal testo della disposizione, "non è più osservatore naturale che sta dinanzi a un documento normativo e da questo cerca di trarre un significato; egli è divenuto interprete di valori e produttore di regole decisorie".

⁵⁴ Questa corrente di pensiero, che oggi raccoglie molte voci, muove come accennato dalla rielaborazione della *Zweckjurisprudenz* di R. von Jhering e dell'*Interessenjurisprudenz* di Ph. Heck sviluppate in Germania tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento. Di queste teorie si tratterà nel corso del cap. 4. Ciò che preme qui rilevare è che le teorie dell'interesse sviluppate da questi Autori sono solo uno spunto per chi ritiene di poter attribuire al giudice il compito di bilanciare gli interessi in gioco. Né von Jhering né Heck accettano alcuna rinuncia alla riserva legislativa di ponderazione degli interessi (*Interessenabwägung*). Anche Heck, il quale assegna al momento sostanziale dell'interesse maggior rilievo rispetto a quello formale della legge, in ciò discostandosi dal rigido statalismo di von Jhering, nel suggerire l'idea di un nesso causale e non normativo tra interesse e norma, tuttavia prende le distanze dalla *Freirechtslehre*. Sul tema v. A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*⁶, Milano, 2008, p. 212, in particolare alla nt. 340, dove l'A. riporta la energica affermazione di Heck: "*Der Richter bleibt an das Gesetz gebunden, auch wo es verfehlt ist*", che tuttavia ammetterà ampi spazi alla interpretazione evolutiva (p. 221, nt., 364). In Italia v., dalla metà degli anni '60, M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975; con riferimento al tema dell'abuso del diritto C. M. MAZZONI, *Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, p. 606; P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d.*

4. Razionalità della scelta per valori. Un dialogo tra Natalino Irti e Luigi Mengoni.

Davvero difficile eludere il dilemma della relatività del senso di giustizia e della *razionalità della scelta per valori*, che pure sfugge all'economia di queste pagine. Ove si reputi – come fa il giurista positivo – che la scelta del valore preponderante è scelta a-razionale⁵⁶, e che la ragione non possa tracciare una gerarchia di valori, si conclude che la scelta del valore da far prevalere spetti alla volontà di chi detiene il potere: è *scelta politica*, che – si noti incidentalmente – sottende tanto alla produzione normativa della regola quanto alla costituzionalizzazione di un principio di tutela della persona⁵⁷.

Il positivismo metodologico non nega che le norme sottendano valori, ma reputa che i valori giuridici siano valori formali, posti dalle norme e che la loro prevalenza sia determinata dal rango gerarchico della norma che li esprime.

Affidare al giudice la disapplicazione della norma sottordinata a favore di altra norma da questi individuata in base a un superiore valore, espresso dal principio costituzionale, torce il sistema immaginato dal costituente, che affida al legislatore e non al giudice il ruolo di concretizzare i valori costituzionali in regole, sul presupposto della tendenziale equi-ordinazione dei valori espressi dalle norme costituzionali⁵⁸. La “concretizzazione” del valore prevalente nella

adeguatrice, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, antologia a cura di P. Perlingieri e M. Sesta, 1, Napoli 2007, p. 144.

⁵⁵ F. GALGANO, *Il legittimo e il giusto*, cit., p. 3 e 10.

⁵⁶ La qualifica a-razionale del giudizio di valore è in H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit, p. 180.

⁵⁷ Nota a questo proposito R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, cit., p. 1378, che “qualunque – insisto: qualunque – norma sottintende un qualche valore (tanto per dire: la norma che punisce l'omicidio, si converrà, non è meno densa di contenuto assiologico del principio di tutela delle minoranze linguistiche)”.

⁵⁸ M. ORLANDI, *Abuso del diritto e teoria della fonte*, cit., p. 125. L'A. avverte che “la disapplicazione della norma in luogo della rimessione al giudice funzionalmente competente (la Corte Costituzionale) implicherebbe un atto normativo giudiziale. Ed infatti il principio non è per definizione norma, ossia non prevede fattispecie ed effetto; i quali perciò stesso verrebbero generati dal giudice-legislatore in luogo della norma incompatibile (...). discendono da questa

decisione implica necessariamente una scelta a-razionale (e quindi necessariamente soggettiva e relativa) del giudice⁵⁹.

Si obietta autorevolmente che la giurisprudenza dei valori è giurisprudenza *normativa* di valori, i quali non sono estrinseci al sistema giuridico, ma da esso derivano, calati nelle norme costituzionali⁶⁰. In un celebre dialogo tra Luigi Mengoni e Natalino Irti, il primo reagisce all'idea del positivista radicale del “ripiegarsi del diritto nelle procedure”, che sole costituirebbero i fondamenti di validità della norma: “negando la possibilità di fondazione conoscitiva dei valori (sia pure in via indiretta o analogica, cercandoli e riconoscendoli nelle loro oggettivazioni storiche), il nominalismo normativista lascia l'uomo solo in un mondo che si suppone vuoto di senso e gli addossa la responsabilità di creare dal nulla una norma che fissi il discrimine tra il bene e il male, tra lecito e illecito, discrimine necessario perché possa formarsi una *societas*, una convivenza umana. Ma è una responsabilità che l'uomo non è in grado di sopportare”⁶¹. Di fronte alla mutevolezza e alla storica

linea di pensiero i seguenti corollari: a. I principi sono concetti di secondo grado, e costituiscono *rationes* di riferimento per il giudizio di legittimità costituzionale; b. i principi non sono norme, nel senso che non mancano di termini direttamente applicabili (fattispecie ed effetto); c. I principi costituzionali sono per propria natura destinati alla mediazione ermeneutica, ossia fungono da criteri selettivi dei significati normativi ordinari. d. L'incompatibilità ermeneutica implica sempre e solo la rimessione al giudice costituzionale; e. la disapplicazione delle norme incompatibili è preclusa al giudice ordinario”

⁵⁹ Questa funzione del giudice interprete è però oggi suggerita dalla stessa Corte costituzionale, come esito della descritta evoluzione inaugurata dall'interpretazione costituzionalmente orientata degli anni '70 – dove ancora l'interprete è legato al testo disposizione, ancorché chiamato a scegliere tra i significati attribuibili al testo quello che garantisca la conformità a costituzione della norma da applicare al caso – in base alla quale l'interprete è spinto ad abbandonare il testo e disapplicare la norma di diritto positivo sostituendola con quella, individuata muovendo dal valore costituzionale considerato prevalente al fine di risolvere il caso.

⁶⁰ L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, 1985; sulla conoscibilità dei valori, ID., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 1, p. 10. La discrezionalità attribuita al giudice nella applicazione della clausola generale, suggerisce l'eminente studioso, è “discrezionalità di fatto” non di “discrezionalità produttiva o integrativa di norme”.

⁶¹ Questo “lasciare l'uomo di fronte alla responsabilità della scelta” è proprio quello che H. Kelsen segnalava come il temuto pericolo del positivismo giuridico: “anche il positivismo fornisce parametri per la valutazione dei vari modi in cui si configura il diritto positivo. Il fatto che questo relativismo ci *abbandoni a noi stessi* significa ch'esso ci rende consapevoli che sta a noi risolvere il quesito, perché il rispondere alla domanda concernente *ciò che è giusto e ciò che è ingiusto dipende dalla norma di giustizia che intendiamo porre a fondamento del nostro giudizio di*

relatività dei valori, egli replica che “altro è riconoscere la storicità del nostro modo di conoscenza dei valori, altro attribuire alla storia una funzione costitutiva dei valori”⁶².

Il tema giunge al confine filosofico tra relativismo e cognitivismo etico. Ma ove anche lo studioso voglia esimersene, la scelta s’impone ineludibile: “non c’è giurista – soggiunge Irti – giovane o non giovane, che possa sottrarsi a questa alternativa, ossia alla perentoria domanda del nostro tempo; non c’è giurista che, per implicito o per esplicito, non abbia compiuto la scelta”⁶³.

5. – Segue.

Provo a raccogliere il senso di queste sparse riflessioni. Il tema della mia indagine è intimamente legato all’idea del rapporto tra diritto e giustizia e alla praticabilità della giurisprudenza dei valori.

Le premesse del pensiero positivista avalutativo significano *pluralità* di norme di giustizia e non *assenza* di esse⁶⁴. Non si nega che una norma possa essere giudicata giusta o ingiusta alla luce di una delle numerose norme di giustizia⁶⁵ concepibili, ma che “questi parametri di valore hanno un carattere puramente relativo e che quindi gli atti con cui è statuito un ordinamento giuridico positivo commisurati ad uno dei parametri possono essere giustificati come giusti, mentre, commisurati ad un altro, possono essere condannati come

valore (...) si sentono abbandonati a se stessi dal relativismo tutti coloro che desiderano non assumersi questa responsabilità, ma affidare la scelta a Dio, alla natura o alla ragione” (corsivo aggiunto). Il brano è tratto da *Il problema della giustizia*, cit., p. 122.

⁶² L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, 1, p. 6; La voce si inserisce nell’originario “dialogo su diritto e tecnica”, che vedeva confrontarsi E. Severino e N. Irti, arricchitosi con l’opinione di Luigi Mengoni ospitata dalle pagine della Rivista di diritto e procedura civile. In una postilla a *Dialoghi su diritto e tecnica*, N. Irti replica al Mengoni. La cronaca del prezioso confronto è in N. IRTI, *Un incompiuto dialogo con Luigi Mengoni*, in *Europa e diritto privato*, 2012, 1, p. 197.

⁶³ N. IRTI, *Un incompiuto dialogo con Luigi Mengoni*, cit., p. 201.

⁶⁴ H. KELSEN, *Il problema della giustizia*, cit., p. 124 chiarisce come il positivismo non sostenga affatto “che non c’è alcuna giustizia, bensì che di fatto si presuppongono molte norme di giustizia differenti e in contrasto l’una con l’altra”. Egualmente errato è escludere che “la configurazione di un ordinamento giuridico positivo possa essere determinato dalla rappresentazione di una delle numerose norme di giustizia, il che anzi, di regola avviene effettivamente”.

⁶⁵ H. KELSEN, *Il problema della giustizia*, cit., *ibidem*.

ingiusti”⁶⁶. La legge – che nella relatività del giudizio di valore trova la sua ragion d’essere – compie la scelta attraverso la produzione di regole che disegnano modelli di fatto e modelli di effetto. Sopra le regole stanno i principi posti dalle disposizioni costituzionali, metri di valutazione della validità delle norme sottordinate e canoni interpretativi degli enunciati della legge ordinaria.

Da queste premesse derivano due corollari: per un verso, questo metodo garantisce un certo grado di prevedibilità della decisione⁶⁷; per altro, si espone a una valutazione di ingiustizia: la norma applicata al caso potrà giudicarsi *difforme* da una delle molteplici norme di giustizia assunte come parametro valutativo.

Un’impostazione che consenta al giudice di decidere il caso resolvendo il conflitto di interessi con un giudizio valutativo di prevalenza di uno su altro valore (che pure, si ipotizzi, siano tradotti in norma di diritto positivo come i principi costituzionali, ma tra i quali non è dato di tracciare un ordine gerarchico) porta con sé, ugualmente grave, lo svantaggio della possibile ingiustizia della decisione, senza garantirne la prevedibilità.

Lo studioso dell’abuso del diritto non farà fatica a misurare il senso di queste riflessioni sull’esempio – che varie volte tornerà in considerazione, a mo’ di paradigma – della sentenza Cass. 20106/2009, (caso Renault) in tema di legittimità dell’esercizio del diritto di recesso *ad nutum*. Il controllo sulla misura di discrezionalità del privato nell’esercizio del recesso è stato fondato dalla Corte sul superiore valore costituzionale di solidarietà espresso dall’art. 2 Cost., che nei rapporti di diritto privato sarebbe tradotto in regola dall’obbligo di buona fede nella esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.).

In un ragionamento basato sulla preponderanza assiologica di un valore sull’altro, la decisione apparirà giusta a chi la misuri con la regola che impone

⁶⁶ H. Kelsen, *Il problema della giustizia*, cit., *ibidem*.

⁶⁷ È la «calcolabilità del divenire», che parrebbe il fine ultimo del diritto N. IRTI, *Crisi della fattispecie*, cit., p. 37; Sul punto si tornerà nelle conclusioni di questo lavoro.

di considerare l'interesse dell'altra parte nel nome del principio di solidarietà; ingiusta a chi la misuri con il valore della libertà di iniziativa economica e con la vincolatività degli effetti di un contratto valido (la sentenza non si occupa della validità della clausola di recesso ma della legittimità del contegno).

Se non sfugge al peggiore difetto del positivismo e cioè al suo esporsi a una valutazione d'ingiustizia, la decisione che s'appella al valore reca l'ulteriore pericolo della imprevedibilità. Non si fatica a immaginare che il caso, finito nel ruolo di un giudice fervente liberista, sarebbe stato deciso diversamente.

Potrebbe seriamente dubitarsi della giustizia di ciascuna delle opposte decisioni? Dove il giudice dovrebbe rinvenire il criterio per far prevalere la libertà di iniziativa economica sulla solidarietà, se non nel suo intimo e imprevedibile senso di giustizia nei rapporti economici?

Il monito per cui “bisogna applicare anche la legge che è cattiva secondo l'opinione di chi applica il diritto, perché ciò che appare cattivo all'uno può sembrar buono all'altro”⁶⁸, parrebbe davvero insuperato.

Spinge allo sforzo di cercare nelle norme le risposte agli interrogativi posti in apertura e a chiudere la via della ricerca di criteri extragiuridici (moralì, etici) per stabilire la misura di rilevanza dello scopo della condotta umana. L'obiettivo di questo lavoro è comprendere se possa darsi uno spazio all'abuso del diritto come criterio interpretativo del contenuto del diritto soggettivo, che garantisca tuttavia la prevedibilità in ordine alle conseguenze delle condotte umane.

Una prevedibilità che sarebbe del pari garantita dalla regola dello *stare decisis*, formalmente estranea al nostro sistema. La quale – vincolando il giudice a una rigorosa argomentazione (soprattutto in punto di fatto) delle ragioni che giustificano un *overruling* del precedente – introduce altra ed equivalente garanzia di prevedibilità delle decisioni. Della crucialità del tema avverte Salvatore Mazzamuto quando osserva che “sebbene il nostro

⁶⁸ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino (rist.)1967, p. 126 e anche p. 174 e ss.; ID., *Il problema della giustizia*, Torino, (rist.) 2001.

ordinamento sconosca lo *stare decisis* la relativa filosofia non può più ritenersi a noi estranea e anzi merita di essere rivalutata alla luce di una serie di considerazioni che attengono, per l'appunto, alla *predictability* e *certainty* delle *regulae*, cioè al costo sociale ed economico imposto dall'incertezza, alla tutela delle aspettative, alla prevedibilità delle conseguenze ed infine alla preferibilità dei sistemi giuridici”⁶⁹.

⁶⁹ S. MAZZAMUTO, *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti: spunti di politica del diritto*, in *Eur. e dir. priv.*, 1999, 3, p. 761. Altrove l'A. osserva che “l'incertezza che nasce dall'assenza del precedente o dal suo *overruling* ha un costo sociale ed economico elevatissimo anche in un sistema che non ne sperimenti la vincolatività, giacché tale situazione si potrà eliminare solo dopo un periodo più o meno lungo di consolidazione della *regula nova*” (p. 760).

Capitolo II

LA FENOMENOLOGIA

La prima parte di questo lavoro svolge un discorso di metateoria/metagiurisprudenza ricostruttiva; giacché se in altri ordinamenti europei⁷⁰ e in alcune fonti sovranazionali⁷¹ il divieto di abuso del diritto è stato oggetto di codificazione, rimane creazione dottrinale e giurisprudenziale nell'ordinamento italiano, dove pure l'opportunità di tradurlo in regola

⁷⁰ Nel codice civile svizzero, all'art. 2, è stabilito che "ognuno è tenuto ad agire secondo buona fede così nell'esercizio dei propri diritti come nell'adempimento dei propri obblighi. Il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge". La clausola si è rivelata di scarsa utilità applicativa per la difficoltà di discernere il carattere "manifesto" dell'abuso. A questo proposito, nonostante l'art. 2 del codice svizzero abbia costituito il costante punto di riferimento della discussione intorno all'opportunità di replicare il divieto nel codice italiano, già in quella fase si era avvertita l'esigenza di formulare la formula "manifesto abuso" con il concetto di "contrarietà allo scopo". Il divieto si trova altresì nell'ordinamento tedesco al § 226 BGB, che in realtà è una applicazione generalizzata del divieto di emulazione: "*die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen*" ("l'esercizio del diritto è inammissibile se può avere il solo scopo di provocare danno ad altri"). L'arduo onere probatorio dell'elemento soggettivo ha determinato la sfortuna della categoria, e la tendenza della giurisprudenza tedesca a far confluire le ipotesi di esercizio abusivo del diritto dapprima nell'ambito di applicazione del combinato disposto dei §§ 826 e 249 BGB; di poi della clausola generale della buona fede di cui al § 242 BGB. Sull'esperienza tedesca v. F. RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale*, cit., p. 1216 e *infra*, cap. III, § 1; H.P. HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmissbrauchslehre*, cit., p. 109 e ss.; per l'abuso del processo D. HOLTHAUSEN, *Theorie und Praxis einer allgemeinen Rechtsmissbrauchsschranke für Prozessparteien*, Frankfurt a. M., 2005, p. 25 e ss. Per l'esperienza di *common law* inglese in comparazione con gli altri sistemi europei v. H. C. GUTTERIDGE, *Abuse of rights*, cit., p. 30 e ss. si segnala altresì V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, cit., p. 43 e ss. e, per il periodo più recente G. VETTORI, *L'abuso del diritto. Distingue frequenter*, in *Obbl. e Contr.*, 2010, p. 168. In particolare la Grecia, che oltre a codificare nella Costituzione del 1975 un generale divieto di abuso in tema di diritti fondamentali (art. 25, § 3), dispone all'art. 281 del Codice civile del 1940 il divieto dell'esercizio di un diritto ove il titolare ecceda manifestamente i limiti derivanti dalla buona fede, dal buon costume o dalla finalità socio-economica del diritto. Analoghe disposizioni nel codice civile portoghese (art. 334 Código civil del 1966), in quello olandese (art. 13 del Nieuw Burgerlijk Wetboek del 1992), in quello spagnolo (art. 7 Código civil in seguito alla riforma del 1974).

⁷¹ Il divieto di abuso del diritto ha trovato codificazione sul piano delle fonti sovranazionali nella Carta di Nizza, che all'art. 54 afferma 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 o delle libertà riconosciute dalla presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste nella presente Carta".

positiva è stata al centro di accese discussioni⁷². La matrice dottrinale e giurisprudenziale del divieto di abuso del diritto in Italia⁷³ suggerisce di enucleare i termini del problema muovendo dalle decisioni che ne hanno fatto impiego e dalle costruzioni dottrinali proposte dagli studiosi.

Il riferimento all'abuso pare dominare l'intero universo giuridico⁷⁴. *Res – personae – actiones*: dalla materia dei diritti reali, della comunione e del condominio⁷⁵ a quella delle azioni di stato in materia di diritto di famiglia⁷⁶; dal contratto⁷⁷ al diritto del lavoro, a quello tributario e societario⁷⁸ fino al

⁷² È noto che la opportunità di tradurre il divieto di abuso del diritto in principio di diritto positivo è stato oggetto di viva discussione nel corso dei lavori preparatori del nuovo Codice civile del '42. Oltre alle osservazioni svolte, *supra*, al cap. I, § 1, spec. nt. 21., si rinvia al prezioso contributo di V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, cit., spec. p. 12 e ss.

⁷³ Va però segnalato l'art. 5, l. 11 marzo 2014, n. 23, *Delega al Governo per la realizzazione di un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita*, il quale delega il Governo alla revisione delle disposizioni antielusive "al fine di unificarle al principio generale del divieto di abuso del diritto". Sul punto si tornerà, *infra*, § 3.

⁷⁴ Per la giurisprudenza più risalente M. DOSSETTI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di abuso del diritto*, in *Giur. It.*, 1969, I, 1, p. 1573; V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, cit., p. 25 e ss.

⁷⁵ Per l'abuso del diritto in materia di amministrazione del bene comune Cass. 4 giugno 2008, n. 14759, *Foro It.*, Rep. 2008, voce *Comunione e condominio*, n. 167;

⁷⁶ Si segnala in particolare la questione oggetto della sent. Corte Cost. 26 settembre 1998, n. 347, sulla validità dell'art. 235 c.c. (in relazione agli art. 2, 3, 29, 30 e 31 Cost.), nella parte in cui consentiva l'esperimento dell'azione per il disconoscimento della paternità al marito che, affetto da impotenza nel periodo compreso tra il tredicesimo e il centottantesimo giorno prima della nascita del figlio concepito durante il matrimonio, aveva già in precedenza prestato il consenso all'inseminazione artificiale eterologa della moglie. La questione è stata dichiarata inammissibile sul rilievo che il caso esula dalla fattispecie di cui all'art. 235 c.c. per carenza dell'*eadem ratio* rispetto alla fattispecie attributiva del diritto di azione; il quale riguarda "esclusivamente la generazione che segua ad un rapporto adulterino, ammettendo il disconoscimento della paternità in tassative ipotesi, quando le circostanze indicate dal legislatore facciano presumere che la gravidanza sia riconducibile, in violazione del dovere di fedeltà, a un rapporto sessuale con una persona diversa dal coniuge". La vicenda, giunta alla cognizione della Cassazione, ha visto negare al padre la legittimazione all'azione - argomentando non direttamente di divieto di abuso del diritto, ma in base al divieto di *venire contra factum proprium*. Il problema, originariamente denunciato come abusivo esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità, ha oggi trovato soluzione di diritto positivo all'art. 9 co. 1, l. n. 40/2004. Sul punto e sul legame del tema con l'abuso v. M. DELL'UTRI, *L'abuso del diritto tra "persona" e "famiglia"*, in *Giur. Mer.*, 2007, suppl. 02, spec. p. 20; F. GALGANO, *Azioni di stato e abuso del diritto*, in *Contr. e impr.*, 2010, 3, p. 547.

⁷⁷ Un rilevante numero di pronunce riguarda il diritto di recesso, seppure più propriamente il sindacato sulle modalità di esercizio del diritto pare svolto alla luce del canone di buona fede *in executivis*: cfr. per il contratto di concessione di vendita Cass. 18 settembre 2009, n. 20106 (su

processo⁷⁹, attraversa tutti i territori del diritto. Nuova linfa alla teoria giunge dal diritto della crisi d'impresa che – secondo si predilige la configurazione

cui *infra*, § 1); dal contratto di apertura di credito, Cass. 21 maggio 1997, n. 4538, con commento di F. GALGANO, *Abuso del diritto. L'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contr. e impr.*, 1998, 1, p. 18; Cass. 11 maggio 2007, n. 10838; per il contratto di agenzia 7 maggio 2013, n. 10658; in materia di contratto di *sale and lease back* connesso al divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c. Cass. 16 ottobre 1995, n. 10805, Cass. 8 aprile 2009, n. 8481; sull'abusività dell'esercizio della clausola risolutiva espressa e della azione di risoluzione per inadempimento nei contratti di distribuzione Trib. Mil., 2 dicembre 2014, n. 14330.

⁷⁸ Per l'abuso del diritto di voto, esercitato allo scopo di ledere gli interessi degli altri soci, o preordinato ad avvantaggiare i soci di maggioranza in danno di quelli di minoranza, Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 329; Cass. 11 giugno 2003, n. 9553; ; Cass. 12 dicembre 2005, n. 27387; Cass., 17 luglio 2007, n. 15942, in *Mass. Foro it.*, 2007; Cass. 22 aprile 2013, n. 9680; per l'abuso di minoranza App. Mil. 14 gennaio 2013, in *Banca Borsa e tit. cred.* 2014, 4, II, 433, con nota di DE LUCA; sull'abuso del diritto di voto v., più nel dettaglio *infra* cap. IV, § 5; per il fenomeno dell'abuso della personalità giuridica quale schermo formale per eludere la più rigida disciplina della legge, Cass. 19 dicembre 2008, n. 29776.

⁷⁹ L'abuso del processo costituisce uno dei capitoli più floridi della teoria dell'abuso dell'ultimo turno d'anni. La giurisprudenza era tradizionalmente incline a negare ingresso alla figura nella materia processuale, su cui M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di «abuso del processo»* in A.a. V.v., *Diritto privato*, 1998, III, p. 436-457; A. DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, *ivi*, p. 460-483. Per la decisa inversione di tendenza v. la giurisprudenza sull'abusivo frazionamento giudiziale del credito, pure risultante da diverse fatture, ma derivante da unico rapporto obbligatorio. L'orientamento si segnala in particolare perché stabilisce l'applicabilità delle regole di correttezza e buona fede anche alla fase giudiziale per ottenere l'adempimento. La pretesa frazionata è considerata contraria a buona fede e si risolve in un abuso del processo: da ultimo Cass. 9 marzo 2015, n. 4702; Cass. 11 giugno 2008, n. 15476, in *Giust. Civ.*, 2008, 12, p. 2766; Cass. s.u., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Corr. giur.*, 2008, 6, p. 745, con nota di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto (una significativa rimeditazione delle Sezioni Unite)*; il principio è stato considerato applicabile anche al processo esecutivo in Cass. 9 aprile 2013, n. 8576; Cass. sez. lav. 15 marzo 2013, n. 6664; in materia di abuso del processo di equa riparazione del danno subito per irragionevole durata del processo Cass. 16 febbraio 2015, nn. 3088, 3089, 3095. La categoria dell'abuso del processo è impiegata da un recente orientamento del Cons. di Stato in tema di difetto di giurisdizione. Viene ad affermarsi l'orientamento per cui “è inammissibile, nel giudizio di appello, il motivo di impugnazione con il quale il ricorrente contesta la giurisdizione, da lui stesso adita in primo grado, al fine di ribaltare l'esito negativo nel merito del giudizio, ponendosi una siffatta prospettazione in palese contrasto con il divieto di *venire contra factum proprium* e con la regola di correttezza e buona fede prevista dall'art. 1175 c.c.” risolvendosi in un abuso del processo: Cons. Stato, 13 aprile 2015, n. 1855; Cons. Stato 27 marzo 2015, n. 1605; Cons. Stato 9 marzo 2015, n. 1192; ma v. parzialmente *contra* Cass. civ., sez. un., 19 giugno 2014 n. 13940. Almeno nella giurisprudenza del Consiglio di Stato l'argomento dell'abuso del processo viene a prendere il luogo del giudicato implicito, con cui nell'ultimo turno d'anni si giustificava il medesimo risultato, autorizzando a credere che la soluzione continuerà a sollevare le consuete perplessità sulla compatibilità della decisione con la disposizione normativa che consente la rilevanza del difetto di giurisdizione “in ogni stato e grado di giudizio”; v. anche Cass. 2 dicembre 2014, n. 14330 per abuso degli strumenti processuali azionati al solo fine di indebolire la controparte e esaurirne la liquidità al fine di farne cessare l'attività. Per l'evoluzione della buona fede processuale J. PICÒ I JUNOY, *La buona fede processuale: una manifestazione dell'autoritarismo giurisdizionale?*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1, p. 171.

negoziale o processuale dei nuovi concordati – offre inedite applicazioni della teoria dell’abuso della libertà contrattuale o del processo⁸⁰. La presente indagine si limiterà a cogliere, da alcune decisioni, possibili linee di tendenza nella materia contrattuale e tributaria.

Data la vastità dell’argomento, l’indagine è stata delimitata, in materia contrattuale, anche in termini cronologici: si è voluto soprattutto isolare il periodo successivo alla sent. 18 settembre 2009, n. 20106 (c.d. caso Renault)⁸¹, che costituisce essenziale arresto della Cassazione; catalizzatrice di critiche e fondamentale precedente della giurisprudenza successiva, essa ha posto le basi dell’attuale tendenza a confondere abuso del diritto e violazione del dovere di lealtà e correttezza nell’esecuzione del contratto (1375 c.c., suggerendo di tornare a soffermarsi sull’autonomia dei due concetti, profondamente diversi nei presupposti e negli effetti ad essi ricollegati.

I. Abuso del diritto e recesso *ad nutum*. Il «caso Renault» e configurabilità di diritti a-causali.

Intorno alla sentenza della Cass. 18.09.2009, n. 20106, chiamata a decidere della legittimità di una dichiarazione di recesso da un contratto di concessione di vendita, si sono raccolti i contributi di autorevoli studiosi, richiamati dalle implicazioni logiche e politiche della decisione⁸².

⁸⁰ Il riferimento è alla stagione di riforme della legge fallimentare inaugurata nel 2006-2007. Se nel vigore della precedente disciplina fallimentare la possibilità d’impiego abusivo degli strumenti negoziali era trascurabile (considerati gli angusti spazi riservavati all’autonomia privata e il penetrante controllo eteronomo del giudice dell’omologazione), oggi il problema dell’impiego abusivo del concordato riguarda sia il profilo del suo contenuto e la possibilità che venga impiegato per favorire alcuni creditori a danno di altri, sia sotto quello della funzione meramente dilatoria della presentazione della proposta di concordato in bianco. Cfr. Cass. 29 ottobre 2013, n. 24359; App. Milano, 21 febbraio 2013; Cass. 23 giugno 2011, n. 13817; Cass. 12 febbraio 2010, n. 3327; Cass. n. 6904 del 2010.

⁸¹ Per compiuti riferimenti giurisprudenziali può consultarsi A. GENTILI, *Abuso del diritto come argomento*, in *L’abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, cit. p. 155-163 e note corrispondenti; il saggio è anche in *Riv. dir. civ.*, 2012, 3, pt. 1, p. 297-331; e in *Il diritto come discorso*, cit., p. 419

⁸² Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contr.*, 2010, p. 11, con nota di G. D’AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*; in *Foro It.*, 2010, 1, p. 85 con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l’abuso del diritto alla riscossa*; R. NATOLI, *Abuso del*

L'interesse della dottrina si spiega per la pluralità di piani dogmatici affrontati dalla sentenza, ciascuno potenziale argomento di studio monografico: dalla configurabilità del divieto di abuso del diritto come principio generale del nostro ordinamento al rapporto tra concetto di abuso e buona fede (nonché alla funzione di quest'ultima quale strumento *correttivo* oltre che integrativo e valutativo); dalla concreta portata applicativa del principio costituzionale della solidarietà tra i privati alla legittimità dell'intervento equitativo del giudice sul rapporto contrattuale. Il numero e l'autorevolezza dei contributi pare suggerire che l'affermazione della Corte, per cui "sarebbe ormai acclarato che anche il principio dell'abuso del diritto è uno dei criteri di selezione con riferimento al quale esaminare anche i rapporti negoziali che nascono da atti di autonomia privata e valutare le condotte che, nell'ambito della formazione ed esecuzione degli stessi, le parti adottano" non sia affatto acclarato⁸³.

diritto e abuso di dipendenza economica, in *Contr.*, 2010, 5 p. 524; F. SALERNO, *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di ius dicere «per principii»*, in *Giur. it.*, 2010, p. 809; G. VETTORI, *L'abuso del diritto. Distingue frequenter, cit.*, p. 166; M. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 318; A. MASTRORILLI, *L'abuso del diritto e il terzo contratto*, in *Danno e resp. civ.*, 2010, p. 352; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 139; F. VIGLIONE, *Il giudice riscrive il contratto fra le parti: l'autonomia negoziale stretta fra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, *ivi*, 2010, II, p. 148; M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, *ivi*, 2010, II, p. 139, nonché in *Obbl. e contr.*, 2010, 3, p. 176 e in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 147 (da quest'ultima sono tratte le citazioni nel prosieguo di questa trattazione); M. BARALDI, *Il recesso ad nutum non è, dunque recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 41; Altri commenti sono raccolti nel volume a cura di S. PAGLIANTINI, *Abuso del diritto e buona fede*, Torino, 2010, spec. F. MACARIO, *Abuso del diritto di recedere ad nutum nei contratti fra imprese*, p. 45; C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata, considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, p. 115; G. D'AMICO, *Ancora su abuso del diritto e buona fede. Una replica a Galgano*, in *Contr.*, 2011, 7, p. 653.

⁸³ A questo proposito F. ADDIS, *Sull'exkursus giurisprudenziale del «caso Renault»*, in *Obbl. e Contr.*, 2012, 4, p. 245 e ss. ripercorre l'exkursus giurisprudenziale lungo il quale la Cassazione giunge ad affermare la vigenza di un divieto di abuso del diritto capace di attribuire al giudice il potere di sindacare il contenuto degli atti di autonomia privata. L'A. critica l'affermazione della Corte per cui tale risultato sarebbe il naturale sviluppo di una giurisprudenza ormai consolidata, ponendo in luce come alcune delle sentenze richiamate si limitassero ad affermare la pervasività del principio di buona fede e la sua funzione integrativa, mentre altre – sul punto del sindacato giudiziale – avessero esplicitamente negato il potere di sindacato del giudice (è in particolare il riferimento alla sent. Cass. 9353/2003 in materia di abuso di maggioranza nelle società, dove la Corte aveva espressamente ribadito l'insindacabilità della scelta sul modo di

Il lettore perdonerà quindi l'insistenza sui fatti di causa, che invero si lasciano riassumere brevemente: tra il 1992 e il 1996 la Renault comunicava a circa duecento concessionari la volontà di recedere dal contratto di concessione di vendita, in virtù di una clausola contrattuale di recesso *ad nutum* che le conferiva la facoltà di recedere con un congruo preavviso. Nel 1997 alcuni *ex* concessionari convenivano in giudizio la concedente, chiedendone (tra le altre cose) la condanna al risarcimento del danno cagionato dall'abusivo esercizio del diritto di recesso⁸⁴.

Nella fase di merito, il Tribunale aveva escluso l'abusività del recesso in punto di fatto, mentre la Corte d'Appello negava in assoluto la sindacabilità dei motivi di recesso, poiché il connotato del recesso *ad nutum* starebbe proprio nell'irrilevanza causale della dichiarazione, oggetto di specifica (e per i giudici valida) pattuizione negoziale⁸⁵.

Il problema è evidente presupposto del ragionamento della Cassazione, che lo risolve con un argomento *tranchant*: il divieto di abuso del diritto consente al giudice di sindacare sempre gli scopi delle condotte private, legittimando anche interventi correttivi del regolamento contrattuale volti a riportare il contratto entro "i binari della giustizia e della proporzione". L'abuso è deviazione della condotta rispetto al fine cui sarebbe preordinata l'attribuzione della prerogativa privata⁸⁶: esso "delinea l'utilizzazione alterata

perseguimento dell'interesse sociale). L'A. avverte quindi della pericolosità di un impiego acritico e superficiale del precedente giudiziario, da parte dei giudici come della dottrina, capace di fondare decisioni del tutto rivoluzionarie "sull'ingiustificata convinzione che tutti abbiano sempre sostenuto la medesima tesi" (p. 251).

⁸⁴ Gli *ex* concessionari chiedevano altresì la condanna al risarcimento del danno (o a congruo indennizzo) per perdita di clientela e il risarcimento del danno per gli investimenti effettuati in ragione dell'affidamento ingenerato dalla concedente della prosecuzione del vincolo. La compiuta ricostruzione del primo grado e del grado d'Appello della vicenda processuale (le sent. sono inedite) possono leggersi in M. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto*, cit., p. 319 e ss.

⁸⁵ Ampi stralci dei ragionamenti dei giudici di merito in G. D'AMICO, *Abuso del diritto, recesso ad nutum e buona fede*, cit., p. 12 e s., spec. nt. 6 e ss.

⁸⁶ Per comodità del lettore si riporta il brano della sentenza che procede alla definizione 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

dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore”. Il perseguimento di un *interesse diverso e ulteriore* rispetto a quello indicato dal Legislatore, violando l’obbligo di comportarsi secondo buona fede e correttezza, determinerebbe l’inidoneità dell’atto a produrre i suoi effetti⁸⁷. È qui ad annidarsi il vizio logico più grave del ragionamento della Corte, che pare individuare la norma violata nell’obbligo di buona fede e correttezza, di cui la condotta abusiva sarebbe un criterio (un fatto?) rivelatore. Se si dicesse che la condotta abusiva è una violazione dell’obbligo di comportarsi secondo lealtà e correttezza, il divieto di abuso del diritto non avrebbe altro senso se non quello di *descrivere una condotta contraria a buona fede*: come si dice che la rottura ingiustificata delle trattative è sleale e fonte di responsabilità, così si direbbe che perseguire un fine ulteriore e diverso da quello indicato dalla legge è scorretto e sleale. Ne conseguirebbe però, inevitabile corollario, che l’unico effetto ipotizzabile sia l’obbligo di risarcire il danno cagionato per l’inadempimento all’obbligo di buona fede, e non mai quello del diniego di tutela (*sub specie* d’inefficacia) all’atto di esercizio del diritto⁸⁸. Risolvendo la

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. E’ ravvisabile, in sostanza, quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell’atto rispetto al potere che lo prevede”, in *Contr.*, cit. p 9.

⁸⁷ “Come conseguenza 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”.

⁸⁸ La sensazione è che si sia voluto superare l’ostacolo delle conseguenze (risarcitorie) della violazione dell’obbligo di buona fede con il richiamo all’abuso di diritto (che è un fenomeno

condotta abusiva in una violazione dell'obbligo di buona fede l'interprete deve giustificare come possa darsi l'inefficacia di un atto valido come conseguenza della violazione di una regola di condotta ⁸⁹.

Di là dalla correttezza dell'argomentazione della Corte – per cui si rinvia alla cospicua dottrina sul punto⁹⁰ – la questione centrale mi pare la sindacabilità dei motivi dell'atto di recesso *ad nutum* e l'interrogativo sulla validità di una fonte potestativa del diritto⁹¹.

Il problema posto dal caso Renault sembra doversi più correttamente descrivere nei termini di validità di una clausola contrattuale di recesso che abbia l'effetto di *privare di rilevanza giuridica i motivi* dello scioglimento del vincolo contrattuale. La dottrina ha avvertito la crucialità di questo snodo concettuale: da un lato, se n'è sostenuta la validità (peraltro non illimitata)⁹² peraltro, si è opposto che l'astrazione del diritto di recesso dai motivi rileva solo

dell'irrelevanza, cui consegue l'imidoneità della condotta a essere qualificata come atto di esercizio del diritto), il cui fondamento di diritto positivo è però rinvenuto nell'obbligo di comportarsi secondo buona fede, in un inevitabile avvitemento logico.

⁸⁹ Si incontrano qui gli argomenti ostativi alla possibilità di configurare la buona fede come condizione di validità degli atti giuridici. Si vedrà (*infra* cap. III, §4.1, cap. IV) che a meno di non confutare la distinzione tra regole di condotta e regole di struttura, alla violazione di una regola della prima specie non può che conseguire l'obbligo del risarcimento del danno. Lo rileva a es., proprio con riferimento a questo passaggio della sent. 20106/2009, C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 108 e s.

⁹⁰ I profili critici della sentenza riguardano – oltre il postulato della vigenza nel nostro ordinamento di un principio generale di divieto di abuso del diritto, in realtà non dimostrato (sul punto essenziale la lettura di F. ADDIS, *Sull'exkursus giurisprudenziale del «caso Renault»*, cit., *passim*) – l'accennato rapporto tra abuso del diritto e buona fede, su cui *ex multis* v. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 108 e s., C. SALVI, *Note critiche in tema di abuso del diritto e poteri del giudice*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 33; C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, cit., p. 115; G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, cit. p. 18; ID., *Ancora su buona fede e abuso del diritto*, cit., p. 653 e s.; altri rilievi si inseriscono nella critica all'inclinazione di parte della giurisprudenza a decidere «per principi» saltando lo stadio logico intermedio dell'applicazione delle regole, in ciò mostrando di disapplicare quella disposizione che – salvo non se ne dimostri l'abrogazione – ancora sembra dettare la scansione logica delle *regole del decidere* (art. 12 prel.) Rileva in particolare questo aspetto di criticità C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata*, cit., p. 115, *passim*; M. MAUGERI, *Concessione di vendita*, cit., spec. p. 322;

⁹¹ La formulazione in questi termini del problema è di M. ORLANDI, *Abuso del diritto e teoria della fonte*, p. 126.

⁹² G. D'AMICO, *Ancora su buona fede e abuso del diritto*, cit. p. 654 e s.

sotto il profilo processuale e non sotto il profilo sostanziale, sicché il recesso dovrebbe sempre essere sorretto da una giusta causa⁹³.

Può l'autonomia privata disporre della rilevanza del motivo di scioglimento del vincolo? Il regime di rilevanza dei motivi pare in certa misura rimesso alla scelta autonoma. Le parti possono modularlo traendo i motivi e i concreti interessi perseguiti entro il regolamento contrattuale con le clausole condizionali⁹⁴. Specularmente, paiono ammesse a *escluderne la rilevanza* con la clausola di recesso *ad nutum*, che sembra perciò incidere non sulla disciplina dell'onere probatorio ma sul profilo sostanziale del regolamento contrattuale. Nell'esercizio del loro potere di autonomia le parti incontrano il limite posto dalle disposizioni sull'illiceità del motivo e della causa (art. 1343 e 1345 c.c.), che vanno intese come divieto di perseguire interessi illeciti e sono inderogabili. L'illiceità dell'interesse rende nullo il contratto condizionale (art. 1354 c.c.) e si pone a inderogabile requisito di validità della clausola di recesso, sicché le parti non possono convenzionalmente *escludere la rilevanza del motivo illecito che animi la dichiarazione di volontà di recedere* (art. 1345 c.c., che, si vedrà nel cap. IV, è applicabile anche agli atti unilaterali di esercizio del diritto)⁹⁵.

La probabilità che una clausola di recesso rechi menzione di una ragione illecita dello scioglimento del vincolo è vicina allo zero (es.: potrà esercitare il

⁹³ F. GALGANO, *Qui iure suo abutitur naeminem laedit?*, *Contr. e impr.*, 2011, 2, p. 317, scondo il quale “anche il recesso *ad nutum* è suscettibile di controllo causale, diretto ad accertare se le ragioni che lo hanno determinato sono riconducibili alla causa del contratto di distribuzione commerciale, come nel caso della ristrutturazione della rete di distribuzione. La differenza fra recesso *ad nutum* e recesso per giusta causa non sta nel fatto che il primo può essere arbitrario, capriccioso, inopinato, mentre il secondo deve essere ragionevolmente motivato. La differenza è di ordine processuale: sul recedente per giusta causa incombe l'onere di provare le ragioni del recesso; quando invece il recesso è *ad nutum* incombe sull'altro contraente, che impugna l'atto di recesso, l'onere di provare che esso è «arbitrario», determinato da ragioni estranee alla causa della concessione di vendita e riconducibili a tutt'altri interessi del concedente”; ID., *Abuso del diritto. L'arbitrario recesso ad nutum della banca*, cit., p. 22.

⁹⁴ Per la condizione come luogo di emersione dei motivi v. P. RESCIGNO, voce *Condizione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.* VIII, Milano, 1961. Il tema sarà oggetto del cap. IV. Sia qui sufficiente anticipare che il motivo è da intendersi, in adesione alle più recenti elaborazioni dottrinali, non già nel senso psicologistico di «moto dell'animo» bensì come «interesse rilevante per il diritto».

⁹⁵ Ma v. l'opinione di chi nega la configurazione del diritto di recesso come diritto potestativo ed esclude quindi la natura negoziale della dichiarazione: C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata*, cit., p. 126 e *ivi* nt. 32.

recesso per qualunque motivo, anche al solo fine di recare molestia e danneggiare la controparte). Ma la regola della liceità (intesa come non contrarietà a norme imperative, buon costume, ordine pubblico) non è solo requisito di validità della fonte, ma anche criterio di determinazione della sua estensione, valendo a ridurre il novero di condotte qualificabili come valide dichiarazioni di recesso⁹⁶. Nel caso di «fonte muta», come una clausola di recesso che non ponga condizioni per il suo esercizio, il criterio della liceità vale a escludere la qualificazione alla stregua di atti di esercizio del recesso delle dichiarazioni volte in concreto al perseguimento di un interesse illecito, perché contrario a norma imperativa, ordine pubblico e buon costume.

La disciplina positiva della condizione offrirebbe un ulteriore criterio di determinazione dell'ambito di estensione della clausola di recesso *ad nutum*. Mi riferisco all'art. 1355 c.c., che sancisce la nullità del contratto sottoposto a condizione sospensiva meramente potestativa. Secondo alcuni Autori, essa esprimerebbe la regola per cui le parti non possono convenire che il proseguimento del vincolo sia lasciato al mero arbitrio del contraente⁹⁷. La clausola di recesso *ad nutum* sarebbe in sé valida, ma dovrebbe interpretarsi nel senso di escludere che essa legittimi lo scioglimento del vincolo, oltre che per raggiungere un risultato vietato, in assenza di un interesse oggettivamente apprezzabile del recedente⁹⁸.

Posto che si danno margini di sindacabilità dei motivi anche nell'esercizio di un diritto pattuito *ad nutum*, è necessario individuare la norma imperativa

⁹⁶ Dei concetti di validità ed estensione della fonte si parlerà *infra*, cap. IV, § 7.

⁹⁷ Lo spunto è in P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 268 e s.; raccolto da C. RESTIVO, *Contributo a una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, p. 104.

⁹⁸ Va segnalato che l'art. 1355 c.c. sanziona il contratto con la nullità solo quando la condizione meramente potestativa sia sospensiva, senza disciplinare il caso di condizione risolutiva meramente potestativa. Secondo alcuni Autori ciò significherebbe che la disposizione non si applica alla condizione risolutiva: F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, Milano, 1968, p. 178, mentre secondo altri la condizione risolutiva meramente potestativa sarebbe anch'essa invalida, con la sola differenza che la nullità della clausola condizionale non determinerebbe la nullità dell'intero contratto. Sul punto v. D. BARBERO, voce *Condizione*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1968, p. 1103; P. RESCIGNO, voce *Condizione*, in *Enc. del dir.*, p. 796 e ss; C. RESTIVO, *Contributo a una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 105

di divieto, o il contrasto dello scopo perseguito con una regola di ordine pubblico o buon costume.

Proviamo ad applicare queste considerazioni al caso del recesso Renault, ipotizzando i fatti di causa come esposti da Francesco Galgano⁹⁹, al tempo avvocato dei concessionari receduti. Il proposito che animava il recesso, nelle dichiarazioni della concedente, era quello, in sé legittimo, di volere ristrutturare la rete di distribuzione dei propri prodotti in Italia. Contemporaneamente, tuttavia, si dava un altro fatto: Renault aveva consensualmente risolto il contratto di lavoro con una serie di propri dirigenti, con il patto di tramutare il rapporto di lavoro in concessione di vendita, collocandoli al posto dei concessionari revocati. Secondo F. Galgano appariva allora palese che l'intento della Renault Italia non era, come aveva dichiarato, di ristrutturare la rete di vendita, che restava numericamente pressoché immutata, bensì di *ridurre il proprio personale dipendente*, e di attuare la riduzione *senza l'onere finanziario del trattamento di fine rapporto*, attesa la pattuita conversione del rapporto di lavoro in concessione di vendita.

Il caso è davvero emblematico. Secondo il ricorrente, l'atto di esercizio di recesso non aveva l'obiettivo di ristrutturare la rete di vendita, ma quello di riorganizzare a costo zero la struttura di lavoro dipendente dell'impresa. Il dato economico, in sé, è davvero neutro, e lo scopo non mi pare qualificabile, per il solo fatto di essere ulteriore rispetto a quello tipico di scioglimento del vincolo (o extracontrattuale, come lo definisce Galgano) illegittimo, se non fosse per l'esistenza – e qui sta il tassello mancante – di una disposizione che pone l'obbligo in capo al datore di lavoro di liquidare una somma allo scioglimento del rapporto di lavoro a titolo di trattamento di fine rapporto (art. 2120 c.c.). Da questa disposizione può ricavarsi il *divieto di perseguire lo scopo di ristrutturazione a costo zero della struttura dei lavoratori dipendenti*, anche ove il risultato sia perseguito con uno strumento in sé lecito (il diritto di

⁹⁹ F. GALGANO in *Qui iure suo abutitur naeminem laedit?*, cit., p. 315 e ss.

recesso). In assenza di questa norma, l'interesse del lavoratore ad avere una liquidazione al termine del proprio rapporto non avrebbe alcuna rilevanza giuridica, e il perseguimento dello scopo di una ristrutturazione a costo zero dei lavoratori dipendenti sarebbe del tutto legittimo.

1.2 Segue: «Scopo tipico» e «s. atipico vietato».

Conviene a questo punto tornare sulla definizione di abuso del diritto tradizionalmente accolta dalla giurisprudenza¹⁰⁰: esso è descritto come deviazione funzionale, “esercizio del diritto finalizzato a scopi ulteriori e diversi rispetto a quelli per cui il potere è stato attribuito al privato”¹⁰¹. Paiono profilarsi i concetti – che torneranno in altri luoghi di questo lavoro – di «scopo tipico» e «scopo diverso e ulteriore rispetto a quello tipico», che stipulativamente diremo «scopi atipici».

Il problema preliminare è d'individuare lo scopo tipico delle prerogative private, che si fatica a isolare dagli *effetti tipici* dell'atto di esercizio del diritto: è davvero difficile scorgere uno scopo tipico del diritto di recedere *ad nutum* (come del d. di recesso legale *ex art. 1373 c.c.*) diverso dall'interesse a sciogliersi unilateralmente dal vincolo contrattuale; analogamente, non si dà di isolare uno scopo tipico del diritto conferito da una clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.) diverso dallo scioglimento unilaterale del rapporto in reazione all'inadempimento del debitore, etc. Anche ad ammettere uno scopo tipico dal contenuto diverso dagli effetti tipici collegati all'esercizio del diritto, v'è da chiedersi se il criterio della deviazione finalistica dallo scopo tipico (a es. volersi sciogliere dal vincolo per ottenere una riduzione dei lavoratori dipendenti a costo zero) sia in sé sufficiente a privare di effetti l'atto di esercizio del diritto. A me pare che lo scopo *ulteriore e diverso* da quello tipico sia semplicemente *non qualificato* e quindi in sé neutro. Occorre che lo scopo atipico sia anche

¹⁰⁰ Nonostante, come si è visto, nel caso Renault si sia proceduto a intrecciarla sino a confonderla, con l'esercizio del diritto contrario a lealtà e correttezza.

¹⁰¹ La definizione dell'abuso di diritto come deviazione teleologica è la più diffusa anche in dottrina: G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica*, cit., p. 153 e ss.

qualificato da altra norma come *vietato*, a meno di non dimostrare una generale funzionalizzazione delle prerogative private a un unico scopo tipico diverso da quello che si lascia apprezzare dall'interpretazione della disposizione (letterale e secondo *ratio*).

Rimane aperta la possibilità che la condotta, pure produttiva di effetti in ragione della non contrarietà dello scopo rispetto a una norma di divieto, sia censurabile alla luce di un'altra norma, che ha ad oggetto non lo scopo perseguito ma la modalità della condotta, generatrice di un obbligo di risarcimento del danno. Sicché l'atto abusivo potrebbe designare condotte che, pure efficienti, siano produttive di un danno risarcibile perché contrarie (a es.) all'obbligo di buona fede¹⁰².

2. Dopo la sentenza Renault: abuso del diritto e buona fede.

Dopo l'arresto della sentenza Renault si lasciano isolare alcune linee di tendenza. In primo luogo, l'estensione della portata applicativa della buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), che secondo un indirizzo (rimasto minoritario) opera anche in funzione correttiva del regolamento contrattuale¹⁰³.

¹⁰² A questo proposito nota G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, cit., p. 18: "dire che, nel caso di specie, l'esercizio del diritto (trattandosi di un recesso ad nutum) non era sindacabile alla stregua del criterio dell'abuso (del diritto) in quanto esso sfuggiva (per il suo stesso contenuto) ad un controllo di tipo "causale" (...) non significa peraltro escludere che tale esercizio sia (fosse) sottratto come tale a qualsivoglia (altra) forma di controllo da parte del giudice. In particolare deve riconoscersi che anche l'esercizio di un diritto di recesso *ad nutum*, se pur sfugga (...) ad un controllo di tipo teleologico, non si sottrae invece ad un controllo in ordine alle modalità con le quali il recesso risulti (nelle circostanze date) esercitato. Non si sottrae, insomma, ad un controllo in base al canone della buona fede, che costituisce fondamentale criterio di valutazione del comportamento delle parti nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.)".

¹⁰³ Si segnala a es. sez I., 15 ottobre 2010, n. 17642, nella cui motivazione si legge che la buona fede oggettiva viene a costituire "un metro di comportamento per i soggetti del rapporto – e un binario guida per la sintesi valutativa del giudice – il cui contenuto non è a priori determinato, ma necessita di adattamento con riferimento, di volta in volta, agli interessi in gioco e alle caratteristiche del caso specifico. In sostanza generale principio etico-giuridico di buona fede nell'esercizio dei propri diritti e nell'adempimento dei propri doveri, insieme alla nozione di abuso del diritto, che ne è l'interfaccia, giocano un ruolo fondamentale e in funzione integrativa dell'obbligazione assunta dal debitore e quale limite all'esercizio delle corrispondenti pretese". Con il concetto di buona fede come limite si accede a un concetto di

In secondo luogo, si osserva l'adesione alla definizione dell'abuso del diritto come *deviazione funzionale* della condotta; il divieto esprimerebbe la necessaria correlazione tra potere e scopo per il quale esso è attribuito. La reiterazione tralattizia del ragionamento svolto dai giudici della sent. 20106 del 2009 conduce però a perpetrare l'equivoco dell'identificazione di abuso del diritto e violazione dell'obbligo di buona fede.

Permane infatti, pressoché in tutte le motivazioni, la difficoltà di isolarlo dall'obbligo di buona fede, con il quale è spesso confuso: mi riferisco in particolare a quelle decisioni che definiscono come “esercizio del diritto soggettivo con modalità non necessarie e irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, al fine di conseguire risultati ulteriori e diversi rispetto a quelli per i quali facoltà e poteri furono attribuiti”¹⁰⁴; altrove la distinzione sfuma in un rapporto di “vicendevole integrazione” tra principi entrambi vigenti, espressione dei principi costituzionali di solidarietà e funzione sociale della proprietà¹⁰⁵. In molte pronunce l'abuso di diritto pare costituire un *tipo giurisprudenziale* della violazione dell'obbligo di buona fede¹⁰⁶, o è impiegato come argomento giustificativo dell'applicazione di una precisa disposizione (ora l'art. 1375, ora l'art. 1455, ora l'art. 1456 c.c.).

buona fede correttiva, seppure giustificato in modo diverso dalla sent. Renault: “il criterio della buona fede rileva non come strumento per il giudice di controllo, anche in senso modificativo o integrativo (e dunque manipolativo) dello statuto negoziale, in vista di un giusto equilibrio degli opposti interessi (cfr. Cass. civ. 18 settembre 2009, n. 20106) ma piuttosto come limite idoneo a concorrere alla conformazione, in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente del patto negoziale, dei diritti e degli obblighi da esso derivanti, affinché l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti quindi disatteso l'inderogabile dovere di solidarietà presidiato dall'art. 2 Cost. repubblicana”. Per questa portata della buona fede v. anche Cass. civ. 11 novembre 2010, n. 22819.

¹⁰⁴ Cass. 7 maggio 2013, n. 10658, ancora in tema di abuso del diritto di recesso *ad nutum*, stavolta da un contratto di agenzia. La Corte stabilisce che il recesso senza motivazione è in sé consentito, e spetta alla parte che ne contesti l'abusività provare che esso è stato esercitato per il perseguimento di fini ulteriori e diversi rispetto a quello tipico (nella specie non dedotti).

¹⁰⁵ Cass. 2 dicembre 2014, n. 14330.

¹⁰⁶ Così a esempio Cass. 2 dicembre 2014, n. 14330, in tema di legittimità dell'atto di esercizio della clausola risolutiva espressa, che l'attore sosteneva fosse stata esercitata al fine di espellere dal mercato la controparte, si legge come l'indagine sulla pretestuosità dell'iniziativa di

Va rilevato comunque un atteggiamento più cauto rispetto al potere d'intervento del giudice sul regolamento contrattuale. Viene chiarito che per qualificare la condotta come abusiva non è sufficiente che “perseguendo un risultato in sé consentito attraverso strumenti giuridici adeguati e legittimi, non si tuteli l'interesse dell'altra parte”¹⁰⁷. L'inciso non è di poco momento: proprio l'assunto che l'obbligo di buona fede ponga un generalizzato dovere di preservare l'interesse dell'altra ha costituito l'adito per riconoscere al giudice un potere d'intervento modificativo del regolamento contrattuale in funzione equitativa¹⁰⁸. Analoghe tendenze si registrano nella materia della risoluzione per inadempimento. Anche qui, si richiama il divieto di abuso del diritto come argomento persuasivo, che prelude all'applicazione di precise disposizioni, sulla gravità dell'inadempimento ex art. 1455, sulla fondatezza dei presupposti per azionare la clausola risolutiva espressa, sulla violazione dell'art. 1375 c.c.¹⁰⁹.

risolvere il contratto con la controparte fosse *funzionale a ritenere la condotta contraria a buona fede*.

¹⁰⁷ Cfr. anche Cass. 29 maggio 2012, n. 8567, come *obiter* in un caso di cessione di quote della società locatrice di un immobile volta a eludere l'obbligo di offrire l'immobile in prelazione al conduttore. La domanda veniva rigettata per la dirimente ragione che la cessione di quote della società proprietaria non costituisce una vicenda della proprietà dell'immobile, che rimane di proprietà della stessa società locatrice.

¹⁰⁸ Dilatando così la portata dell'obbligo di buona fede ben oltre il pur ampio significato di fonte legale di obblighi per le parti, come concretizzazione del principio costituzionale di solidarietà (art. 2 Cost.). Esso obbliga alla conservazione e preservazione dell'interesse della controparte *nei limiti in cui ciò non implichi un apprezzabile sacrificio del proprio*: questo corno della definizione è omesso nella sent. Renault e una parte della giurisprudenza (pure minoritaria) continua a far impiego di questa definizione “latissima” di buona fede.

¹⁰⁹ È il caso della Cass. civ. sent. 31 maggio 2010, n. 13208, in *Giur. it.*, 2011, 4, p. 794, con nota di P. RESCIGNO, *Un nuovo caso di abuso del diritto*. Il comune di Termini Imerese intimava sfratto per morosità alla conduttrice di un immobile di sua proprietà. Nell'opporsi all'istanza di convalida di sfratto, la conduttrice eccepeva l'estinzione del credito del locatore per pagamento dei canoni a titolo di compensazione con il maggior credito da essa maturato a seguito di alcuni interventi di ristrutturazione sull'immobile; faceva altresì rilevare che la locatrice aveva manifestato l'intento di dar mandato di pagamento per tali somme, il cui ammontare era superiore alla somma dovuta a titolo di canone non pagato. Nonostante, nel caso concreto, non vi fossero gli estremi per dichiarare estinto per compensazione il credito (la parte non aveva prodotto in giudizio il provvedimento di accertamento dell'esistenza del credito da compensare) la Cassazione, dopo aver enunciato il divieto di abuso del diritto, reputa applicabile l'art. 1455 c.c.: non può considerarsi grave l'inadempimento di una parte rispetto all'interesse dell'altra, se quest'ultima chiede la risoluzione facendo leva sulla gravità dell'inadempimento, mentre dispone di altri strumenti per realizzare agevolmente l'aspettativa creditoria (precisamente, trattenere la somma dovuta dagli esborsi effettuati a titolo di ristrutturazione).

All'abuso del diritto non è ritagliato uno spazio autonomo rispetto alla violazione dell'obbligo di buona fede, della quale sembrerebbe, al più, *tipo giurisprudenziale*. Si va tuttavia profilando la centralità dello scopo perseguito dall'agente e l'opportunità di ricercare la misura di rilevanza giuridica dell'interesse concretamente perseguito.

3. Abuso del diritto in materia tributaria e ritorno alla *fattispecie*.

L'abuso del diritto si fa autonoma regola di decisione nella materia del diritto tributario, le cui recenti vicende paiono testimoniare la necessità di un fondamento positivo del divieto di abuso e l'opportunità di un *ritorno alla fattispecie*, che rechi l'indicazione di uno scopo vietato rispetto al quale misurare la liceità della condotta¹¹⁰.

L'art. 37 *bis* del D.P.R. 600/73 detta una norma antielusiva, stabilendo l'inopponibilità degli atti, fatti e negozi che, privi di valide ragioni economiche, siano diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi altrimenti indebiti. È noto come inizialmente l'applicazione di queste norme fosse limitata ad un elenco tipico di operazioni recate dall'art. 37 *bis*, applicabile alla sola materia delle imposte sui redditi.

La Corte di Cassazione, muovendo dagli orientamenti della giurisprudenza comunitaria¹¹¹ ha elaborato un principio generale di divieto

¹¹⁰ Un'analisi compiuta della materia esula dall'economia di queste pagine. Al lettore interessato alla compiuta trattazione del tema, oltre alle opere monografiche di R. FRANZÈ, *Elusione ed abuso del diritto in materia tributaria*, Torino, 2014; R. PERRONE CAPANO, *Una lettura costituzionalmente orientata dell'attività di accertamento tributario nelle ipotesi di elusione e di abuso del diritto*, Padova, 2011, si segnalano gli autorevoli contributi di F. ADDIS, *L'abuso del diritto tra diritto civile e tributario*, in *Dir. e prat. trib.*, 2012, 5, p. 871; A. GENTILI, *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, in *Ianus*, 2009, 1, p. 1, nonché gli A. citati nelle note seguenti.

¹¹¹ Il riferimento è alla sentenza Halifax, Cge 21 febbraio 2006, C-255/02 Halifax plc. et al. c. Commissioners of Customs & Excise, in *Riv. dir. trib.*, 2007, IV, p. 17, con nota di P. PISTONE, *L'elusione fiscale come abuso del diritto: certezza giuridica oltre le imprecisioni terminologiche della Corte di Giustizia europea in tema iva*; anche in *Rass. trib.*, 2006, p. 1040, con nota di C. PICCOLO, *Abuso del diritto e iva: tra interpretazione comunitaria ed applicazione nazionale*; in *Riv. dir. trib.*, 2006, 5, p. 22, con nota di M. POGGIOLI, *La Corte di Giustizia elabora il concetto di*

dell'abuso di diritto in materia tributaria, applicabile a tutti i tributi¹¹². Il principio è espressamente sancito dalle Sezioni Unite della Cassazione nelle sentenze gemelle del 23 dicembre 2008, nn. 30055 e 30057, secondo cui ricorrerebbe abuso del diritto tutte le volte che il contribuente tragga “indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale”¹¹³. Tale principio generale non è ricavato dall'art. 37 *bis* né dalla giurisprudenza comunitaria, bensì dai principi costituzionali di capacità contributiva e progressione d'imposta di cui all'art. 53 Cost.¹¹⁴.

“comportamento abusivo” in materia di Iva e ne tratteggia le conseguenze sul piano impositivo: epifania di una clausola generale antielusiva di matrice comunitaria? e alla successiva giurisprudenza delle sentenze Lammers, 17 gennaio 2008, C-105/07 e Auer, 8 novembre 2007, C-251/06, in *Osserv. com.*, E. Bigi (a cura di), in *Le società: riv. di dir. e prat. comm., soc. e fisc.*, 2008, 117. Le sentenze della Cassazione che reputavano immediatamente applicabile il principio comunitario di divieto di abuso del diritto è stato oggetto di critica. Sul punto v. M. BEGHIN, *Note critiche a proposito di un recente orientamento giurisprudenziale incentrato sulla diretta applicazione in campo domestico, nel comparto delle imposte sul reddito, del principio comunitario del divieto di abuso del diritto*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, 7-8, p. 465.

¹¹² Sull'evoluzione della giurisprudenza nazionale A. RENDA, *L'abuso del diritto nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Dir. e prat. trib.*, 2011, 6, pt. 2, p. 1279; va segnalato in particolare l'orientamento inaugurato dal 2005 in tema di *dividend washing* e *dividend stripping*, dove però il disconoscimento dei vantaggi fiscali derivanti da queste operazioni discendeva dall'applicazione delle disposizioni civilistiche in materia di illiceità della causa e frode alla legge (art. 1343 e 1344 c.c). Sull'argomento si rinvia a G. CORASANITI, *La nullità dei contratti come strumento di contrasto delle operazioni di dividend washing nella recente giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 274 ss.;

¹¹³ Il testo delle sent. Cass. s.u., 23.12.2008, n. 30055 e n. 30057 è in *Giust. civ.* 2009, 10, I, p. 2131.

¹¹⁴ Nella motivazione della sent. n. 30055 si legge che “i principi di capacità contributiva (art. 53 Cost. co. 1) e di progressività dell'imposizione (art. 53 Cost., co. 2) costituiscono il fondamento sia delle norme impositive in senso stretto, sia di quelle che attribuiscono al contribuente vantaggi o benefici di qualsiasi genere, essendo anche tali ultime norme evidentemente finalizzate alla più piena attuazione di quei principi. Con la conseguenza che non può non ritenersi insito nell'ordinamento, come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale”. Tra i numerosi contributi di commento alla sentenza G. FALSITTA, *L'interpretazione antielusiva della norma tributaria come clausola generale immanente al sistema e direttamente ricavabile dai principi costituzionali*, in *Corr. giur.*, 2009, p.293; in senso critico G. CORASANITI,

Il richiamo ai superiori principi costituzionali non si è rivelato capace di assicurare un trattamento omogeneo del fenomeno elusivo. La successiva giurisprudenza della Cassazione avverte l'esigenza di individuare un criterio che consenta di stabilire il punto oltre il quale lo scopo di ottenere vantaggi fiscali (in sé lecito) integri la fattispecie elusiva¹¹⁵. La definizione delle sezioni unite lascia incerto il punto fondamentale: alla luce di quale criterio stabilire la liceità (fiscale) dello scopo? Il vantaggio fiscale deve essere scopo ulteriore, prevalente, essenziale, unico?¹¹⁶ In altre parole, fino a che punto l'interesse del privato a conseguire il vantaggio economico (il risparmio d'imposta) prevale rispetto all'interesse dell'amministrazione a conseguire il pagamento del tributo (disconoscendo il vantaggio)?

Lo sforzo delle Corti di dettare criteri sempre più dettagliati, che oscillano tra «prevalenza», «esclusività» ed «essenzialità» dello scopo di conseguire il vantaggio fiscale, segnala la sensibilità dei giudici rispetto al carattere eminentemente politico della scelta¹¹⁷.

Ancora una volta, pare doversi fondare nella legge la scelta dell'interesse da far prevalere nel conflitto. Si spiega così l'intervento del legislatore, che con la legge 11 marzo 2014, n. 23 delega il Governo (la delega è stata prorogata di

Sul generale divieto di abuso del diritto nell'ordinamento tributario, in *Obbl. e Contr.*, 2009, 3, p. 218; G. MARONGIU, *Abuso del diritto, poteri di accertamento e principio di legalità*, in *Corr. trib.*, 2009, p. 3631.

¹¹⁵ Si segnala in particolare l'orientamento inaugurato con la sent. 21 gennaio 2009, n. 1465, in *Riv. dir. trib.*, 2009, 5, p. 408, con nota di M. BEGHIN, *Abuso del diritto, giustizia tributaria e certezza dei rapporti tra fisco e contribuente*; v. anche A. RENDA, *L'abuso del diritto nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, cit., p. 910. Da ultimo Cass. civ., sez. trib., 14 gennaio 2015, n. 439; Cass. civ. sez. trib., 23 dicembre 2014, n. 27311.

¹¹⁶ La delicatezza di questo profilo è avvertita dalla giurisprudenza comunitaria sin dal *leading case Halifax*, dove si accoglie un senso lato di abuso ed è considerato sufficiente il mero perseguimento del vantaggio fiscale. Ma nella sentenza *Part Service* (C-425/06 del 21.2.2008) si chiarisce che lo scopo di ottenere il vantaggio fiscale deve essere essenziale; ancora si registrano le interpretazioni restrittive delle sentenze *Auer* e *Huddersfield*, ove l'abuso è identificabile solo ove lo scopo elusivo sia *esclusivo*. Sul punto A. GENTILI, *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, cit., p. 15.

¹¹⁷ Così pare di dover interpretare il riferimento a quella "giusta linea di confine tra l'aggressiva pianificazione fiscale e la libertà di scelta delle forme giuridiche nell'ambito dell'esercizio dell'attività d'impresa", cui la Cassazione (sent. 21.1. 2011, n. 1372) fa appello nell'applicazione del principio di abuso del diritto (che pure riconosce pienamente operante).

ulteriori 6 mesi), tra l'altro a procedere "alla revisione delle vigenti disposizioni antielusive al fine di unificarle al principio generale del divieto di abuso del diritto"¹¹⁸.

Tra i principi cui il legislatore delegato deve attenersi si segnala la necessità di "definire la condotta abusiva come uso distorto di strumenti giuridici idonei a ottenere un risparmio d'imposta".

Inoltre, il Legislatore stabilisce il principio di libertà del contribuente di scegliere tra diverse operazioni comportanti anche un diverso carico fiscale, fatta eccezione per il caso in cui lo scopo che anima la condotta sia da qualificare vietato alla luce dei seguenti criteri:

- 1) lo scopo di ottenere indebiti vantaggi fiscali deve essere *causa prevalente* dell'operazione abusiva;
- 2) la configurabilità della condotta abusiva è esclusa se l'operazione o la serie di operazioni è giustificata da ragioni extrafiscali non marginali; costituiscono ragioni extrafiscali anche quelle che non producano necessariamente una redditività immediata, ma che rispondano a esigenze di natura organizzativa e determinino un miglioramento strutturale dell'impresa.

Sotto il profilo dell'onere della prova, grava in capo all'amministrazione l'onere di dimostrare il disegno abusivo o la mancata conformità alla normale logica di mercato dell'operazione e in capo al contribuente quella di allegare

¹¹⁸ L'intervento legislativo si pone anche in attuazione della raccomandazione sulla pianificazione fiscale aggressiva della Commissione Europea 2012/772/UE, in *Gazz. Uff. UE*, L. 338/41 del 12.12.2012. Per comodità del lettore se ne riporta un estratto:

4.1 Per contrastare le pratiche di pianificazione fiscale aggressiva che non rientrano nell'ambito di applicazione delle norme nazionali specifiche intese a combattere l'elusione fiscale, gli Stati membri dovrebbero adottare una norma generale antiabuso adattata alle situazioni nazionali, alle situazioni transfrontaliere limitate all'Unione e alle situazioni che coinvolgono paesi terzi;

4.2. Per dare effetto al punto 4.1 gli Stati membri sono incoraggiati a inserire la seguente clausola nella legislazione nazionale: «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 deve essere ignorata. Le autorità nazionali devono trattare tali costruzioni a fini fiscali facendo riferimento alla loro «sostanza economica». M. SCUFFI, *L'abuso del diritto nell'imposizione indiretta: evoluzione della giurisprudenza e raffronti per una codificazione*, in *Nuovo dir. soc.*, 2014, 20, p. 13; M. PROCOPIO, *La poco convincente riforma dell'abuso del diritto ed i dubbi di legittimità costituzionale*, in *Dir. e prat. trib.*, 2014, 4, pt. 1, p. 746.

l'esistenza di valide ragioni extrafiscali o concorrenti che giustifichino il ricorso a tali strumenti.

Il progetto di decreto legislativo delegato (art. 1 – *Modificazioni allo statuto dei diritti del contribuente*) procede con dovizia di particolari a specificare gli elementi costitutivi della fattispecie abusiva, definendola come qualunque operazione priva di sostanza economica che realizzi essenzialmente un vantaggio fiscale indebito. Al verificarsi della fattispecie, ricollega l'effetto dell'inopponibilità dell'operazione all'amministrazione tributaria¹¹⁹. Al co. 2 detta i criteri per consentire al giudice di stabilire *l'essenzialità dello scopo* di ottenere vantaggi indebiti, precisamente nella inidoneità della condotta a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali. Non si considerano abusive, in ogni caso, le operazioni giustificate da valide ragioni economiche, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente¹²⁰.

¹¹⁹ Così il comma 1 dell'art. 10-bis (*Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale*), che secondo l'art. 1 (*Modificazioni allo Statuto dei diritti del contribuente*) dello schema di decreto legislativo di attuazione della delega contenuta nella l. 23 marzo 2014, n. 23, è inserito dopo l'art. 10 della l. 27 luglio 2000, n. 212 e successive modificazioni (di seguito solo art. 10-bis): "1. Configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali e indipendentemente dalle intenzioni del contribuente, 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".

¹²⁰ Il testo del co. 2 dispone: "Ai fini del comma 1 si considerano: a) operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei 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 l'anon 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". Al co. 3 è prescritto "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".

A ben vedere il legislatore detta una disposizione sull'illiceità fiscale dello scopo perseguito dal contribuente¹²¹; vieta (nei termini esposti) il risparmio fiscale, stabilendo però che fuori dai casi in cui lo scopo è vietato, vige una regola di libertà del contribuente rispetto alla scelta del fine¹²².

Si noti incidentalmente l'intenzione del contribuente non riveste alcuna rilevanza. L'impiego distorto della libertà negoziale è sanzionato in ragione dell'obiettivo scopo perseguito e non in ragione di un'intenzionalità del comportamento abusivo né del contrasto del comportamento con canoni di correttezza e lealtà.

Le recenti vicende del diritto tributario avvertono dell'utilità del ragionamento per fattispecie (seppure non analitica) e paiono ricalcare il normale procedimento di produzione della norma di diritto positivo: preso atto dell'esistenza di un conflitto di interessi entro la collettività di consociati – l'interesse dei privati a ottenere un vantaggio fiscale (in sé lecito) e l'interesse sovraindividuale al recupero dell'imposta – la legge sceglie di far prevalere il secondo sul primo tutte le volte in cui lo scopo di perseguire il vantaggio fiscale non corrisponde a una valida ragione economica. Alla condotta, così qualificata, collega l'effetto della sua inopponibilità all'amministrazione fiscale; lasciando aperta, peraltro, la questione della validità dell'atto alla stregua delle norme civilistiche sulla causa e sul contratto in frode alla legge, all'efficacia secondo le regole della simulazione, etc.

¹²¹ Il che lascia invero insoluta la *vexata quaestio* della validità degli atti giuridici di cui consti l'operazione elusiva. Sul punto ci limitiamo a osservare che la norma di divieto del risparmio fiscale (che sia ragione essenziale dell'operazione) pare esprimere un precetto imperativo, sicché parrebbe difficile negare l'illiceità della causa del contratto volto a perseguire il risultato vietato. Il punto è invero controverso, e da ultimo in materia di nullità dei contratti di locazione non registrati la questione è stata rimessa al Primo Presidente della Corte di Cassazione per l'eventuale rimessione alle Sez. Un. con Ord. 3 gennaio 2014, n. 37.

¹²² Co. 4, art. 10-*bis*: "Resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale, salvo che queste ultime non configurino un caso di abuso del diritto".

Il discorso sembra essere giunto ad alcuni punti fermi. L'analisi delle sentenze in materia civile e tributaria sembrano indicare una linea di tendenza: in materia contrattuale l'abuso del diritto non assurge a *ratio decidendi* autonoma rispetto alla contrarietà a buona fede atteggiandosi al più a *tipo giurisprudenziale* della violazione dell'obbligo di buona fede. Acquista invece autonomia concettuale e applicativa nel campo del diritto tributario, dove identifica il divieto di perseguire lo scopo essenziale del vantaggio fiscale.

Nella giurisprudenza tributaria, dove il divieto è stato elaborato in senso sempre più dettagliato (e infine tradotto in regola, seppure interinale, di diritto positivo) l'abuso di diritto si presenta come una deviazione finalistica della condotta, la quale persegue un fine (il prevalente vantaggio fiscale) non solo *diverso e ulteriore* rispetto a quello tipico, ma altresì *vietato*.

Si conferma in ogni caso che il problema dell'abuso si risolve nella misura di rilevanza giuridica degli interessi in concreto perseguiti, in accoglimento del criterio teleologico di valutazione delle condotte.

Tale statuto di rilevanza si lascia osservare sotto un duplice profilo: quello della rilevanza dell'interesse perseguito al fine di qualificare l'atto come efficiente o inidoneo a sortire i suoi effetti, da un lato; sotto quello dell'idoneità del comportamento a costituire fatto impeditivo dell'antigiuridicità della condotta ed impeditivo dell'obbligo di risarcimento del danno arrecato, dall'altro¹²³.

¹²³ La configurazione dell'abuso nella teoria dell'illecito come fatto che "disinnesca" la causa di giustificazione dell'esercizio del diritto come fatto impeditivo dell'antigiuridicità della condotta è di C. CASTRONOVO, *L'abuso del diritto come illecito atipico?* Eur. e dir. priv., 2006, 3, p. 1052; 1056; 1057; ID., *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 115.

Capitolo III

LA LOGICA

Prima di muovere all'analisi delle teorie sull'abuso del diritto, conviene rammentare che affrontando il tema lo sguardo si volge talora alla responsabilità civile, talaltra al problema generale della efficacia degli atti giuridici¹²⁴.

Sarà utile tornare su un tratto della storia dell'abuso di diritto, che nasce come capitolo della responsabilità civile: le Corti francesi svolgono il problema dell'*abus de droit* come applicazione dell'art. 1382 *code civil*. Allora si trattava di rendere risarcibili i danni cagionati nell'esercizio del diritto di proprietà, altrimenti irrilevanti in applicazione del divieto di *aemulatio* e dei suoi angusti limiti probatori. Da lì, l'estensione della regola di responsabilità a tutte le condotte di esercizio dei diritti soggettivi¹²⁵. Nel solco della tradizione francese il problema permea la discussione dottrinale italiana. Anche nei lavori preparatori del codice e nelle proposte per il riconoscimento del divieto, esso è una norma sulla responsabilità da fatto illecito¹²⁶.

Come si trascorre all'idea dell'inefficienza dell'atto di esercizio del diritto¹²⁷, all'idea che la reazione dell'ordinamento non debba essere solo l'obbligo risarcitorio ma il rifiuto di tutela giuridica? L'esperienza tedesca parrebbe illuminare questo tratto di cammino. È noto che la disposizione che enuncia espressamente il divieto di abuso del diritto (§226 BGB) è rimasta pressoché inapplicata. In suo luogo, la repressione dei comportamenti considerati abusivi si svolse in due fasi¹²⁸.

¹²⁴ Lo segnala A. GAMBARO, voce *Abuso del diritto*, cit., p. 2.

¹²⁵ A. GAMBARO, voce *Abuso del diritto*, cit. p. 3.

¹²⁶ Cfr. *supra*, cap. I, nt. 21.

¹²⁷ Con il termine efficienza s'intende l'idoneità di un atto a produrre effetti giuridici. Sul punto M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, cit., p. 154; A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965.

¹²⁸ F. RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale, passim.*; ID., voce *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. disc. priv. — sez. civ.*, VII, Torino 1991, nt. 36 e testo corrispondente.

Dapprima l'abuso è risolto nella responsabilità da fatto illecito, in virtù del combinato disposto del § 826 BGB, che obbliga al risarcimento del danno cagionato in maniera contraria ai buoni costumi e il § 249 BGB, che pone l'obbligo di risarcire il danno in forma specifica. Ecco affacciarsi il rifiuto di tutela dell'atto abusivo, nella scansione logica: l'esercizio abusivo di un diritto è contrario ai buoni costumi, in ciò fatto cui il §826 BGB collega l'obbligo risarcitorio; la preclusione dell'esercizio del diritto fatto valere è la forma più opportuna e confacente di risarcimento del danno arrecato¹²⁹. Il che è coerente con il sistema tedesco della responsabilità civile, retto dal principio della *restitutio in integrum* come forma principale dell'obbligo risarcitorio: la pretesa del danneggiato ha per oggetto, in primo luogo, il ripristino in natura della situazione antecedente l'illecito¹³⁰. A es., se all'esercizio del diritto è collegato l'effetto dello scioglimento unilaterale del vincolo, il risarcimento consisterà nella dichiarazione giudiziale d'inefficacia della dichiarazione lesiva.

Dagli anni '30 l'abuso di diritto viene a legarsi al dovere di buona fede del §242 BGB, e la reazione di diniego di tutela svolta tramite l'*exceptio doli generalis*, in sostanziale continuità con la tradizione germanica del diritto romano comune¹³¹.

Questa impostazione pare aver influenzato il pensiero di quegli Autori che avanzano proposte dogmatiche in chiave rimediale, le quali propongono, tra l'altro, una revisione del sistema della responsabilità civile che ponga in primo piano, quando più efficiente, la *restitutio in integrum* (§4.1). Le teorie *latu sensu* analitiche affrontano invece il problema nel contesto della teoria della

¹²⁹ F. RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale*, cit., p. 1222. La *restitutio in integrum* oltre che tradursi nel diniego di effetti a una condotta altrimenti corrispondente all'esercizio di un diritto, poteva consistere in un obbligo positivo, come l'obbligo di contrattare del monopolista, costruito come risarcimento in forma specifica del danno arrecato rifiutandosi in maniera contraria ai buoni costumi a concludere il negozio; l'idea è del Nipperdey, sul quale F. RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale*, cit., p. 1226. Per l'esposizione della costruzione dell'abuso del diritto in base al § 242 BGB v. anche G. CATTANEO, *Buona fede oggettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, p. 613 e s.

¹³⁰ A. ZACCARIA, *Il risarcimento del danno non patrimoniale in Germania*, in *Resp. civ.*, 2009, 10, p. 776.

¹³¹ F. RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale*, cit., p. 1231 e ss.

fonte: in altre parole, esso è – secondo i casi – un problema di interpretazione o di applicazione analogica del diritto obiettivo (§2-4). La rassegna metateorica deve quindi svolgersi avendo a riguardo che dietro la formula generalissima “divieto di abuso del diritto” si pone il problema della responsabilità da fatto illecito¹³², da un lato, e quello dell’efficienza degli atti, dall’altro.

1. L’abuso del diritto come imperativo morale (problema storico).

Un primo ordine di teorie assume la prospettiva storico-sociologica (l’opinione analitica è implicita o accennata)¹³³.

Le posizioni più radicali respingono l’abuso di diritto nel terreno del pre-giuridico: l’abusività è qualifica che opera nell’«anticamera del diritto»; che denuncia, dall’irrilevante terreno dei giudizi etici e morali, la difformità della lettera della legge dal sentire della coscienza sociale¹³⁴. La sua possibilità logica è data dall’incessante evolvere dei rapporti sociali ed economici, e il fenomeno costituisce reazione della coscienza collettiva all’inadeguatezza dell’ordinamento vigente. Il divieto di abuso del diritto si risolve nel monito pre-giuridico, in un imperativo morale, che denuncia il divergere del diritto e dalle effettive esigenze di tutela di una data collettività, esaurendosi nella dimensione eminentemente politico-sociologica. Riformulando la celebre frase del De Vareilles-Sommière, *où l’abus commence le droit cesse*, il Rotondi afferma che *où le droit commence l’abus cesse*¹³⁵, a intendere che non si può più parlare di

¹³² Dell’abuso del diritto nella teoria dell’illecito extracontrattuale C. CASTRONOVO, *L’abuso del diritto come illecito atipico?* cit., *passim*; ID. *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 115 e ss.; M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Milano 2011, p. 182-202; F. D. BUSNELLI - E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto Privato 1997, L’abuso del diritto*, Padova 1998, p. 171-214.

¹³³ Sono i lavori di M. ROTONDI, *L’abuso di diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, marzo-aprile, p. 105 e ss.; P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, cit., p. 205 e ss.; C. SALVI, voce *Abuso del diritto (diritto civile)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988; A. GAMBARO, voce *Abuso del diritto*, cit., *passim*.

¹³⁴ M. ROTONDI, *L’abuso di diritto*, cit. p. 111 e ss.

¹³⁵ M. ROTONDI, *L’abuso di diritto*, cit., p. 114.

abuso quando la condotta è giuridicamente rilevante, momento dal quale si può parlare atto lecito o illecito, giuridico o antiggiuridico, ma non di abuso.

Abuso del diritto ed eccesso dal diritto sono logicamente autonomi, ma quello è concetto pregiuridico, sicché di regola si dirà abusiva la condotta lecita ma riprovata dalla coscienza sociale¹³⁶. Non si danno qualifiche del comportamento diverse dal lecito (conforme a diritto) e dall'illecito (contrario a diritto).

Se da un punto di vista storico-sociologico l'abuso del diritto denota questo divergere di realtà giuridica e coscienza collettiva, da un punto di vista analitico la interpretazione della fattispecie attributiva del diritto e la delimitazione delle facoltà attribuite al titolare può dar luogo solo alla figura dell'eccesso dal diritto¹³⁷.

2. Le teorie teleologiche.

Alle opere dei francesi Charmont, Saleilles e Josserand è tradizionalmente riferita la costruzione dogmatica dell'abuso di diritto come deviazione della condotta di esercizio rispetto allo scopo tipico del diritto soggettivo¹³⁸.

L'idea della scindibilità di titolarità ed esercizio riposa sul ripensamento della categoria del diritto soggettivo, da libertà (eccezionalmente) limitata a potere garantito in vista di un interesse protetto dal diritto¹³⁹. Si postula l'esistenza di un interesse astratto e "oggettivato" nel diritto soggettivo,

¹³⁶ M. ROTONDI *L'abuso di diritto*, cit., p. 119.

¹³⁷ M. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, cit., p. 112, nt. 2; C. SALVI, voce *Abuso del diritto*, cit., p. 1, § 2.2.

¹³⁸ Che nei giuristi francesi, pure con diverse accezioni e sfumature, è individuata nella funzione economico-sociale del diritto. Si veda P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 226-232; N. IRTI, *Dal diritto civile al diritto agrario*, cit., p. 44 e ss.; V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, cit., p. 75. Per l'influenza delle opere dei francesi sulla civilistica italiana di inizio Novecento G. CAZZETTA, *Responsabilità civile e abuso del diritto fra otto e novecento*, cit., p. 72-80.

¹³⁹ Il pensiero degli Autori francesi è percorso dal fermento culturale generato dalle teorie dell'interesse elaborate in ambiente germanico, in particolare sulla scorta delle opere di Rudolf von Jhering. Sul punto v. *infra* cap. IV, § 3.

risultato della scelta del legislatore in merito all'interesse socialmente prevalente. Pensato un interesse astratto, ragione giustificatrice del potere, è possibile predicarne in concreto la deviazione e qualificare l'interesse concreto *conforme, difforme o contrastante* con l'interesse tipico¹⁴⁰. L'abuso individua la deviazione teleologica rispetto all'interesse per il cui perseguimento è stato attribuito il potere¹⁴¹. In altre parole, permette di concepire uno scarto tra interesse "individuale e concreto" perseguito dal titolare e interesse "oggettivo e astratto" per il cui perseguimento il diritto è concesso¹⁴².

¹⁴⁰ N. IRTI, *Dal diritto civile al diritto agrario*, cit., p. 46, segnala come muovendo dal collegamento tra individuo e società nell'opera di Josserand irrompono i concetti di relatività e finalità del diritto soggettivo: "di relatività, poiché essi sono attribuiti da poteri pubblici e non da un mitico ordine di natura e permangono nei limiti in cui coincidono con gli scopi della comunità; di finalità, perché ognuno deve adempiere una missione, un destino storico, e realizzarsi conformemente allo spirito che lo sorregge. L'attività di esercizio trova dinanzi a sé la direzione segnata dallo scopo oggettivo del diritto: non è soltanto una attività lecita, è una attività funzionale. *Il fine dell'atto di esercizio non è indifferente, è un fine vincolato al rispetto della destinazione del diritto*" (corsivo aggiunto).

¹⁴¹ Si supera così il criterio dell'intenzione di nuocere, radicando l'abuso nell'elemento obiettivamente percepibile della deviazione dalla finalità tipica del diritto. A questo proposito N. IRTI, *Dal diritto civile al diritto agrario*, cit., p. 44: "la teoria dell'abuso del diritto perde, così, l'accentuazione soggettivistica delle origini e si incardina nel criterio della finalità tipica assegnata al potere dell'individuo: quel che conta non è il capriccio restato nel segreto della volontà, o un remoto sentimento di malizia, è il deviamiento dallo scopo, *la rotta segnata all'interesse economico garantito*". (corsivo aggiunto)

¹⁴² N. IRTI, *Dal diritto civile al diritto agrario*, cit., p. 47: nelle teorie teleologiche l'abuso del diritto si risolve in un controllo di rispondenza tra finalità perseguita nella concreta attività di esercizio e finalità astratta assegnata al potere correlativo (cioè, tipica destinazione impressa alla sfera di autonomia di cui il singolo è portatore); G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica*, cit. p. 135, nota che la traduzione dell'interesse in termini oggettivi e astratti ha l'effetto di aprire la strada alla possibilità del controllo di conformità degli atti concreti all'interesse astratto sotteso al diritto, il quale è così "inquadrato in un'ottica di tipo teleologico, che trascende l'utilità individuale del singolo titolare e lo riporta invece a una funzione sociale"; C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit.; C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 19, spec. p. 106, 112 e ss.. Dopo aver illustrato le diverse teorie sul diritto soggettivo e le diverse premesse filosofiche (razionalismo cartesiano e illuminismo per il diritto come signoria del volere e idealismo e romanticismo come substrato filosofico della Scuola Storica) muove a fondare le premesse del discorso chiarendo che con le moderne democrazie si approda a una idea di libertà come normativamente fondata, e all'idea della norma come giudizio ipotetico sicché il diritto soggettivo si risolve "in uno dei possibili atteggiarsi del rapporto di qualificazione instaurato dalla norma medesima: ovvero, nel riconoscimento della liceità di un determinato comportamento e nella conseguente ascrizione al soggetto della libertà di porlo in essere. In questa sfera di libertà il soggetto è sovrano: ma lo è nella misura definita dall'interesse sotteso alla ascrizione del diritto". Altrove (p. 57) l'A. definisce il diritto soggettivo come "*agere licere* per il soddisfacimento di un interesse ritenuto meritevole di protezione dall'ordinamento".

Si noti che la versione francese dell'*abus des droits* isola dal campo di applicazione della teoria dell'abuso e del controllo sulla normalità o abusività della condotta l'intera categoria dei diritti discrezionali o immotivati o acausali. Vi sarebbe cioè, almeno nel pensiero del Josserand, una vasta categoria di diritti soggettivi insuscettibili di sindacato sui motivi e sulle modalità di esercizio: è la categoria dei diritti potestativi, tali "per disposizione di legge" o "per loro natura".¹⁴³

Le teorie finalistiche si servono dell'immagine, d'immediata efficacia, della deviazione dello scopo concreto dallo scopo tipico.

A ben vedere, i risultati di queste teorie possono essere riformulati in una prospettiva analitica, giacché esse a ben vedere definiscono l'estensione applicativa della fonte in considerazione dello scopo tipico. Il novero di fatti riconducibili alla fattispecie attributiva del diritto soggettivo è *ridotto in forza di un criterio endogeno*: la *ratio legis* della disposizione attributiva del potere.

Il ragionamento sarà più chiaro attraverso il pensiero degli Autori che criticano la scindibilità di titolarità ed esercizio del diritto.

2.1 Riformulazione dei risultati delle teorie teleologiche in chiave analitica. L'abuso come problema dell'interpretazione. Criteri endogeni di riduzione della fattispecie: *ratio legis* e funzione sociale del diritto.

La critica della scindibilità di titolarità ed esercizio del diritto è racchiusa nel serrato svolgersi del pensiero di Rodolfo Sacco: "diritto e liceità dell'atto, diritto e liceità-rilevanza dell'atto sono la stessa cosa, vista con occhiali diversi. Non esiste un diritto, con un proprio contenuto autonomo rispetto alla liceità dell'atto. Non esiste un esercizio, autonomo rispetto all'intrinseca struttura del diritto"¹⁴⁴.

¹⁴³ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 243; N. IRTI, *Dal diritto civile al diritto agrario*, cit., p. 47.

¹⁴⁴ R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, cit., p. 296.

Le condotte dell'uomo sono in sé mute e attendono di essere qualificate da una norma giuridica, che permetta di dirle «atti di esercizio di un diritto»: la formula non è altro dal risultato della qualificazione giuridica di un fatto¹⁴⁵: “noi constatiamo – avverte Sacco – che in molti, moltissimi casi il diritto oggettivo regola un atto per assicurargli legittimità ed efficacia giuridica, e al giurista piace chiamare questo atto «esercizio del diritto». In questi casi *tutto* il fenomeno normativo si esaurirà nella norma che regola l'atto; *tutta* la situazione giuridica soggettiva si esaurirà nel carattere lecito dell'atto, ovvero nell'eventuale rilevanza ed efficacia dell'atto”¹⁴⁶.

Dal punto di vista delle qualifiche giuridiche, l'atto abusivo è risolto come fenomeno dell'irrilevanza¹⁴⁷: esso *non rileva come atto di esercizio del diritto*, perché il superamento del limite effettuato dall'agente pone l'atto fuori dall'ambito applicativo della norma che attribuisce la facoltà o il potere. Ciò non esclude che la condotta possa essere confrontata con una norma diversa, ed essere perciò rilevante per altra fattispecie (così la condotta efficace potrebbe rilevare per la fattispecie che pone l'obbligo di comportarsi secondo lealtà e correttezza: è il fenomeno della doppia qualifica, sul quale a breve si tornerà; inoltre, ove la condotta sia irrilevante come atto di esercizio del diritto, non è capace di assurgere a fatto impeditivo della responsabilità da fatto illecito¹⁴⁸).

Queste osservazioni sembrano suggerire che l'abuso del diritto sia un *momento dell'interpretazione*: i criteri di abusività della condotta (normalità, moralità, deviazione teleologica¹⁴⁹) guidano l'interprete nella definizione del

¹⁴⁵ R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, cit., p. 284.

¹⁴⁶ R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, cit., p. 296.

¹⁴⁷ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1957; M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, cit., p.149 e ss.; ID., *Abuso del diritto e teoria della fonte*, cit. p. 105 e ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 115, dove l'A. definisce l'abuso del diritto l'«al di là» dell'esercizio del diritto; C. RESTIVO *Contributo a una teoria dell'abuso del diritto*, p. 111-121, 238.

¹⁴⁸ C. CASTRONOVO, *L'abuso del diritto come illecito atipico?*, cit., p. 1061; ID., *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 114.

¹⁴⁹ Per l'analisi di questi criteri v. G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica*, cit., p. 143 e ss.

contenuto del diritto, *i.e.* del novero di condotte agguagliabile alla fattispecie attributiva del diritto¹⁵⁰.

In questo senso, le teorie che radicano la distinzione tra abuso ed eccesso dal diritto nell'«apparente legittimità» della condotta – che *esce in realtà* dai limiti del diritto *pur sembrando* restare nei limiti della definizione imperfetta del diritto stesso¹⁵¹ – paiono indicare uno stadio logico intermedio del momento interpretativo¹⁵². Lungi dall'individuare un esito diverso da quello cui conduce l'eccesso dal diritto, parrebbero avvertire l'interprete dell'insufficienza di una «interpretazione imperfetta» della disposizione. Il monito allo svolgimento corretto e rigoroso dell'attività interpretativa non introduce un autonomo elemento nella tavola delle qualifiche giuridiche, che si esauriscono nella qualifica di permesso «puoi» o divieto «non puoi» (salvo, giova ribadire, che altra norma ponga uno *status* deontico di «devi» o «devi non», con le conseguenze tipiche della violazione dell'obbligo)¹⁵³.

¹⁵⁰ R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto. L'esercizio del diritto*, cit. p. 286. Tale procedimento può ben svolgersi secondo un ragionamento “in due tempi”, che dia “una prima definizione del diritto, indicando in anticipo un'area – dotata di invalicabili confini, entro la quale si trova l'insieme di tutti gli atti e di tutte le pretese consentite al soggetto del diritto; e poi, all'interno di quell'area, passare al setaccio gli atti e le pretese ipotizzabili, dividendoli in buoni e cattivi, dividendo il buon uso e il malo uso, l'esercizio consentito e l'abuso. La costruzione della proposizione «l'atto tale è un abuso del diritto di proprietà» passerebbe allora attraverso due passaggi logici: «l'atto tale rientra negli invalicabili confini di ciò che, alla stregua della definizione primaria della proprietà, rientra nell'uso del diritto»; «l'atto rientra fra gli usi non consentiti». L'A. dubita però della razionalità di questo ragionamento avvertendo che “a parità delle altre condizioni, la logica più redditizia è infatti quella che implica un minor numero di passaggi logici”.

¹⁵¹ La citazione è di CORNIL e la leggo in P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit. p. 242, nt., 69. Analogamente U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, p. 19, 37, in cui la differenza con la figura dell'eccesso dal diritto viene individuata nell'apparente conformità del comportamento del soggetto al contenuto del suo diritto.

¹⁵² C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 84 e ss., nota come abuso ed eccesso dal diritto si distinguano solo per la tecnica di rilevazione dell'abuso, che richiederebbe un'indagine *a posteriori* dell'interesse concretamente perseguito, senza condurre però a altro che a uno sconfinamento dal diritto: “il problema da risolvere, infatti, resta da stabilire se l'atto possa essere ricondotto al contenuto del diritto, quale delineato dalla norma” (p. 86).

¹⁵³ La qualificazione giuridica del comportamento potrà essere l'esito di un'attività più o meno complessa, ma non potrà che condurre a uno dei quattro modi deontici: obbligo, permesso, divieto o facoltà. Quando alcune teorie reputano che la condotta lecita possa considerarsi illegittima e inefficace (§4.1.) in ragione delle *concrete modalità dell'azione*, il procedimento interpretativo si arricchisce di un ulteriore criterio di giudizio (la buona fede come canone di

Il procedimento ermeneutico sarà più o meno immediato e si dà la necessità di isolare i criteri per determinare l'estensione applicativa della fonte¹⁵⁴. Le vedute si frammentano in una pluralità di opinioni, che divergono radicalmente sulla misura di discrezionalità dell'interprete nell'assegnazione del significato alla norma attributiva del diritto e nella misura di ammissione di criteri extra-giuridici nella qualificazione della condotta. Si tenterà di raggrupparle secondo che il criterio di riduzione del novero di condotte

valutazione): si aggiunge un elemento del fatto alla cognizione dell'interprete (la modalità dell'azione); si individua nella buona fede il criterio rispetto al quale predicare la conformità/non conformità della condotta. Ma l'esito sarà il medesimo: *quello specifico comportamento svolto secondo quelle modalità* o è permesso o facoltativo o è vietato, perché conforme o difforme rispetto al criterio di giudizio impiegato. Non diversamente accade nel ragionamento di chi ha criticato la opportunità di risolvere l'abuso del diritto nella teoria dell'interpretazione: in particolare V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, cit. p. 170 e ss. secondo cui ciò significa evadere "le difficoltà relative alla *rilevazione ed analisi di una qualificazione giuridica irriducibile a quella di illiceità*" (corsivo nel testo). L'A. (p. 156 e s.) muove dalla definizione d'illecito in senso tecnico come comportamento difforme da un puntuale obbligo e di lecito in senso tecnico come sfera comprensiva dell'obbligo e del diritto soggettivo. Sicché tra il comportamento proibito perché illecito e il comportamento permesso in quanto lecito si collocherebbe il comportamento che "*pur non costituendo un illecito in senso tecnico, è tuttavia "proibito" al pari di quest'ultimo*" (corsivo nel testo). La tesi dell'A. parrebbe fondarsi sulla definizione d'illecito come comportamento contrario a uno specifico obbligo, mentre l'atto abusivo sarebbe il comportamento non illecito in senso tecnico ma proibito perché contrario a una norma generale implicita di divieto di abuso del diritto, che dall'illecito in senso tecnico pare differire solo perché la norma di divieto rispetto alla quale predicare la conformità/difformità della condotta è implicita. Anche qui, l'attività si riduce a un giudizio di verticale conformità tra condotta e norma di divieto (il divieto generale implicito di abuso del diritto). Anche qui non si giunge a un esito diverso dalla qualifica del comportamento come permesso o vietato. La tavola dei modi deontici non ammette ulteriori qualifiche (la quarta – l'obbligo – non è qui pertinente). Cfr. al proposito F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto oggettivo*³, Milano, 2000, p. 105: "un comportamento o è obbligatorio o è facoltativo, o è permesso o è vietato; ma se non è obbligatorio è necessariamente facoltativo e se non è facoltativo è necessariamente obbligatorio etc. *Tertium non datur*". Sul punto v. anche M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, cit., p. 488 spec. nt. 56, il quale avverte che "l'implementazione del dispositivo dell'abuso, infatti, procede sempre e necessariamente attraverso rideterminazioni (funzional-teleologiche) della fattispecie, e dunque mette capo, inevitabilmente, a giudizi di difformità che in nulla si possono distinguere da quelli di illiceità".

¹⁵⁴ Nota a questo proposito R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto. L'esercizio del diritto*, p. 368: "le fonti che fissano la misura dell'esercizio (e del diritto) possono essere due, le norme possono conformarsi come regola ed eccezione, l'ispirazione della regola potrà provenire da esigenze di architettura sociale e l'ispirazione dell'eccezione da potrà provenire dalla morale, ma alla fine regola ed eccezione determinano un contenuto del rapporto che è identico al contenuto dell'esercizio lecito".

agguagliabili alla fonte sia *endogeno*, espresso dalla stessa disposizione o *esogeno*, impresso da una norma estranea a quella attributiva del diritto.

Il risultato delle teorie finalistiche sembra riformulabile nei termini di una riduzione della fattispecie attributiva del diritto *in base a un criterio teleologico endogeno*: la *ratio legis*, che si risolve nella finalità tipica del diritto soggettivo. La ragione giustificativa del potere è lo scopo tipico del diritto, l'interesse astratto e oggettivo isolato dalla legge al momento della scelta tra gli interessi in conflitto. Per quella e non altra utilità il diritto presta al privato la sua forza, fuori di quella rifiuta la tutela e sanziona chi, dietro il simulacro dell'atto di esercizio, cagiona ad altri un danno. La qualifica di abusività della condotta assume il senso di un concetto logicamente intermedio tra lo stadio d'interpretazione letterale della fonte e quello svolto secondo *ratio*. Nell'assegnare significato alla fonte attributiva del diritto dovranno essere espunte tutte le condotte volte a perseguire uno scopo difforme dall'interesse tipico, per la cui tutela il potere è attribuito: esse non rilevano come atti di esercizio del diritto; il danno eventualmente prodotto è *non iure*.

Queste teorie postulano la funzionalizzazione delle prerogative private al perseguimento di uno scopo tipico, oggettivo e astratto¹⁵⁵. Quello che è assunto come postulato dalle teorie finalistiche richiederebbe invece di essere dimostrato. Pare lecito domandarsi se una regola di funzionalizzazione dei poteri privati sia effettivamente vigente, e se la generale equivalenza tra scopo *difforme* da quello tipico e scopo *vietato* sia coerente con il sistema di diritto positivo vigente.

¹⁵⁵ R. MÜLLER-ERZBACH, *L'abuso di diritto secondo la dottrina giuridica teleologica*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, v. XLVIII, p. 1-7 *passim*; N. IRTI, *Dal diritto civile al diritto agrario*, cit., p. 47; Questo postulato delle teorie finalistiche si coglie in C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 122 per il quale "l'esercizio delle prerogative private date a un soggetto è lecito solo se indirizzato al perseguimento dell'interesse sotteso all'ascrizione del diritto". Altrove l'A. osserva che "facoltà e poteri non sono consegnati indiscriminatamente al soggetto, non gli attribuiscono una sfera di mero arbitrio; devono indirizzarsi al perseguimento dell'interesse tutelato dall'ordinamento, non di altro interesse" (p. 112).

3. I criteri esogeni. La teoria degli illeciti atipici. Dall'interpretazione teleologica all'analogia.

Una recente indagine metateorica descrive l'abuso del diritto (nelle teorie teleologiche) come un fenomeno di «sovra-inclusività» di una regola¹⁵⁶: la fattispecie attributiva del diritto include nel proprio ambito di applicazione un caso che, avendo riguardo alla *ragione* di giustificazione del diritto, non dovrebbe rientrarci¹⁵⁷. Sicché il risultato dell'interpretazione secondo la *ratio* della norma determina l'inversione dello *status* deontico della condotta da permesso a proibito¹⁵⁸.

Se nella versione classica delle teorie teleologiche la *ratio* della disposizione attributiva del diritto è nella f. sociale, la finalità economico-sociale del potere, di recente è stato affermato che la *ratio* di attribuzione del diritto possa essere espressa da un principio, potenzialmente in contrasto con la regola permissiva. La fattispecie attributiva del diritto è ristretta in base a un criterio *esogeno*, muovendo da un altro dato positivo (il principio).

È la teoria degli illeciti atipici di Manuel Atienza e J. Ruiz Manero¹⁵⁹, che presuppone un ordinamento positivo composto di regole e principi, ciascuno dei quali capace di esprimere un contenuto precettivo¹⁶⁰. Si darebbe una condotta, permessa da una regola ma proibita alla luce di un principio giustificativo (*rectius*, poiché ogni regola permissiva è retta da un principio

¹⁵⁶ G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica*, cit., p. 143, il quale mutua il concetto di sovrainclusività da Frederick Schauer.

¹⁵⁷ G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica*, cit., *ibidem*.

¹⁵⁸ G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica*, cit., *ibidem*.

¹⁵⁹ M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, trad it. di V. Carnevale, Bologna 2004. La teoria ha avuto grande eco in Italia. Al vivace dibattito hanno preso parte B. CELANO, *Principi, regole, autorità. Considerazioni su M. Atienza, J. Ruiz Manero, Illeciti atipici*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, 3, p. 1061; C. CASTRONOVO, *Abuso del diritto come illecito atipico?*, cit., *passim*; P. COMANDUCCI, *Abuso del diritto e interpretazione giuridica*, in *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, cit., p. 18-30; L. NIVARRA, *Un dibattito palermitano su illeciti atipici*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, 3, p. 1019; F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, p. 96-103.

¹⁶⁰ Secondo gli Autori castigliani i principi hanno una duplice dimensione: l'una giustificativa delle regole, l'altra imperativa o prescrittiva. Sul punto P. COMANDUCCI, *Abuso del diritto e interpretazione giuridica*, cit., p. 20.

giustificativo¹⁶¹, l'inversione dello *status* deontico è il risultato del bilanciamento tra principio giustificativo della regola e altro principio, prevalente¹⁶²). Secondo questa teoria, il fatto permesso dalla regola ma proibito dal principio prevalente è un illecito atipico, di cui l'abuso del diritto è una specie¹⁶³: la regola permissiva copre la condotta corrispondente; la sussunzione del caso sotto tale regola risulta incoerente con il bilanciamento tra i principi del sistema applicabili al caso. Poiché la portata giustificativa del principio prevale su quella della regola, sorge una nuova regola, coerente con il principio, che proibisce nel caso concreto il comportamento¹⁶⁴. A ben vedere, la teoria concerne il delicato rapporto tra fonti del diritto. Non si tratta solo di ricostruire il significato della disposizione attributiva del diritto secondo la sua *ratio*; ma di risolvere un'antinomia tra *rationes legum*¹⁶⁵: l'una, espressa dalla regola attributiva del diritto; l'altra dal principio prevalente tra quelli rilevanti nella soluzione del caso.

Le critiche alla teoria degli illeciti atipici hanno riguardato, da un lato, la coerenza di una teoria che finisce, in ultima analisi, per privare di forza cogente e utilità le regole: se è vero che il giudice deve disapplicarle tutte le volte in cui contrastino con un principio soggiacente, si affida la qualifica di liceità/illiceità delle condotte esclusivamente ai principi: “ai fini della qualificazione giuridica di un comportamento come lecito o illecito” – osserva

¹⁶¹ G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica*, cit., p. 156: “la ricerca del principio giustificativo non è mai un affare semplice, perché come si suole affermare nella letteratura teorico-generale, i principi “vanno a caccia in coppia”, ossia si può rintracciare sempre più di un principio rilevante per la soluzione di un caso concreto”.

¹⁶² A es., nel caso del *recesso ad nutum* deciso nel c.d. caso Renault, si sarebbe proceduto a un bilanciamento tra principio di autonomia privata, giustificativo della regola permissiva del recesso, e p. di buona fede e correttezza, nel caso di specie prevalente. Leggo dell'esempio in P. COMANDUCCI, *Abuso del diritto e interpretazione giuridica*, cit., p. 28 e s., cui si rinvia anche per la critica a tale incedere argomentativo, capace di svuotare di contenuto qualsiasi clausola contrattuale.

¹⁶³ M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Illeciti atipici*, cit., p. 27.

¹⁶⁴ M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Abuso del diritto e diritti fondamentali*, in *Abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, cit. p. 33.

¹⁶⁵ Lo rileva M. ORLANDI, *Abuso del diritto e teoria della fonte*, cit., p. 125.

Celano – “le regole sono, nella teoria di A&RM, irrilevanti”¹⁶⁶. D’altro canto si è osservato come riconoscere un generalizzato potere giudiziale di disapplicazione della legge non sia coerente con il nostro attuale ordinamento giuridico positivo, né auspicabile obiettivo *de iure condendo*¹⁶⁷.

Col meccanismo di disapplicazione della regola permissiva e di applicazione in suo luogo di un’altra regola si trascorre dall’interpretazione teleologica all’analogia¹⁶⁸. Ma si tratta di un procedimento analogico peculiare, che opera in senso opposto all’analogia *legis* del nostro art. 12 prel.: mentre con quest’ultima, predicando l’identità di *ratio*, si applica una disposizione ad un caso che *non* è regolato; nel caso dell’abuso, invocando l’identità di *ratio*, si applica una disposizione a un caso che è (almeno a prima vista) regolato (dalla norma permissiva) ma che – guardando alla *ratio* della disposizione – *dovrebbe essere regolato* da un’altra norma (quella proibitiva, poi applicata)¹⁶⁹.

¹⁶⁶ B. CELANO, *Principi, regole, autorità. Considerazioni su M. Atienza, J. Ruiz Manero*, cit., p. 1078: “un solo fattore è determinante ai fini della liceità o illiceità di un comportamento: la sua conformità o meno a quanto richiesto o permesso dal bilanciamento dei principi applicabili al caso. Un comportamento contrario a quanto richiesto o permesso dal bilanciamento dei principi applicabili al caso sarà, per ciò stesso, illecito. Se esso è *anche* contrario a una regola, potrà essere qualificato come un illecito tipico (ma la sua illiceità non deriva, per l’appunto, dalla contrarietà alla regola). Di contro, un comportamento conforme a quanto richiesto o permesso dai principi applicabili al caso sarà, per ciò stesso, lecito; se esso è *anche* conforme a una regola, sarà un lecito tipico; se invece è ad essa contrario, sarà un caso di lecito atipico”.

¹⁶⁷ Sotto quest’ultimo profilo P. COMANDUCCI, *Abuso del diritto e interpretazione giuridica*, cit., p. 30, secondo cui la teoria degli illeciti atipici andrebbe rifiutata in quanto spingerebbe i giudici a decidere, di fatto, in base alle proprie personali inclinazioni e intuizioni morali; perché inoltre “consente loro di, o addirittura li obbliga da un punto di vista morale a rivedere permanentemente, ed eventualmente modificare, il bilanciamento delle ragioni effettuato dal legislatore al momento di emanare la legge”. Il che parrebbe confermare che il bilanciamento tra principi è scelta politica, deliberatamente sottratta al giudice ordinario e accentrata in un organo costituzionale, in parte espressione del potere politico. Teorizzare che la contrarietà della regola a un principio determini la sua disapplicazione impone di configurare un sistema di fonti privo sia dell’art. 12 disp. prel. c.c., sia del controllo accentrato della costituzionalità delle leggi. Sul punto v. anche M. ORLANDI, *Abuso del diritto e teoria della fonte*, cit., p. 124-126, il quale segnala che, ove non si convenga con l’opinione (pure autorevolmente sostenuta) dell’implicita abrogazione dell’art. 12 disp. prel. c.c., occorrerà tener conto tanto dell’esistenza di quello, quanto della disposizione costituzionale che accentra in essa il potere di vagliare la costituzionalità delle leggi.

¹⁶⁸ A. GENTILI, *L’abuso del diritto come argomento*, cit., p. 177.

¹⁶⁹ A. GENTILI, *L’abuso del diritto come argomento*, cit., p. 176 e ss. (spec. nt. 57). Lo schema del ragionamento è il seguente: c’è una disposizione D che collega al caso C l’effetto E. Si verifica il

Perché questo possa accadere occorre assumere la configurabilità di lacune assiologiche, che esprimono esattamente la differenza tra ciò che il diritto è e ciò che il diritto *dovrebbe essere*¹⁷⁰. La lacuna assiologica è individuata – o creata? a questo punto, il discrimine si fa davvero labile – dall’interprete attraverso l’argomento della dissociazione: nell’ambito della fattispecie prevista da una disposizione si distinguono due sottoclassi, e s’afferma che la disposizione si applica solo a una di queste sottoclassi, lasciando priva di qualificazione l’altra, nella quale rientra la condotta abusiva¹⁷¹.

S’affacciano qui le perplessità di affidare la scelta assiologica a un organo dello Stato che sembrerebbe diverso da quello a ciò deputato¹⁷² e la necessità di vagliare la compatibilità dell’argomento dell’abuso con il metodo giuspositivista. Quest’ultimo autorizza a superare il tenore letterale della disposizione privilegiando il significato che essa ha secondo la sua *ratio* (interpretazione teleologica); consente di applicare ad un caso non regolato una disposizione che regola casi simili o materie analoghe; forse non tollera la *sottrazione di un caso alla sua regola* e la sua riconduzione ad altra fattispecie.

caso C1, che dovrebbe quindi produrre l’effetto E perché dotato delle caratteristiche formali e strutturali previste in D. Si assume però che D abbia la *ratio* R e che il caso C1 non esprima questa *ratio*, ma esprima la *ratio* di un’altra norma prevista in *non-D* che ricollega al fatto l’effetto F. Se si interpreta secondo lo stretto diritto allora la conseguenza sarebbe la produzione dell’effetto E; se si reputa che il vero diritto sia quello secondo *ratio*, allora si produrrà l’effetto F. I punti nei quali l’interprete esercita una discrezionalità vicina all’arbitrio si collocano nella valutazione di quale sia la *ratio* di D; nel fatto che C1 non esprima la *ratio* di D.

¹⁷⁰ Il concetto di lacuna assiologica è di H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, p. 125 il quale, negando la possibilità di lacune normative intese come assenza di qualificazione giuridica (mostrando così di reputare l’ordinamento giuridico completo in forza dell’esistenza di una norma generale esclusiva) reputa che le lacune altro non siano che la differenza tra “il diritto positivo e un ordinamento ritenuto migliore, più giusto, più esatto”; cfr. anche R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, 2011, p. 143 e ss., spec. p. 134: “si dice “lacuna assiologica” la mancanza di una norma che – secondo le soggettive preferenze etico-politiche (assiologiche, appunto) dell’interprete – *dovrebbe esserci*. Deve essere chiaro che affermare l’esistenza nell’ordinamento di una lacuna assiologica è non un giudizio di fatto, ma un giudizio di valore: non una descrizione del diritto com’è, ma una critica del diritto esistente e/o una prescrizione di come dovrebbe essere”; per l’idea che l’abuso di diritto dia sempre luogo alla creazione in via interpretativa di una lacuna M. BARCELLONA, *L’abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, cit., p. 4.

¹⁷¹ così C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell’abuso del diritto*, cit., p. 134.

¹⁷² A. GENTILI, *L’abuso del diritto come argomento*, cit., p. 178, spec. nt. 63.

L'interprete sembra sostituirsi al legislatore proprio nella sua opera fondamentale: scegliere quale regola sia adatta al caso¹⁷³. La tenuta dell'argomento rispetto alle condizioni minime di un metodo positivo è affidato all'elemento della lacuna assiologica, che difficilmente può dirsi *trovata* e non *creata* dall'interprete, in ciò recidendo il filo che lega questo modo di argomentare al principio di legalità¹⁷⁴.

4. Abuso del diritto e buona fede.

Uno snodo centrale della teoria dell'abuso del diritto è il rapporto tra questa figura e la buona fede, che la più recente giurisprudenza in materia civile tende a sovrapporre¹⁷⁵. L'abuso del diritto è un tipo sociale, un fenomeno della violazione dell'obbligo di buona fede, della quale – seppure con varietà di sfumature e con autorevoli voci di dissenso – viene affermandosi una portata applicativa ulteriore rispetto ai soli rapporti obbligatori¹⁷⁶.

¹⁷³ A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, *ibidem*.

¹⁷⁴A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, p. 185 (che pure reputa in astratto configurabile un corretto impiego dell'argomento), avverte che “l'argomento dell'abuso, connotando l'asserito disvalore della fattispecie con una forza retorica che inquina la razionalità, non si sa mai se mostri o crei la sua lacuna assiologica. E non si sa mai se la colmi o no come l'avrebbe colmata il legislatore. E così si rimette all'apprezzamento – non sempre prudente – dell'interprete, sia stabilire la scelta sul caso, sia determinare il punto di contemperamento tra le parti del conflitto. L'abuso sostituisce l'interprete alla legge”.

¹⁷⁵ Il rapporto è da sempre avvertito sia dalla dottrina dell'abuso che da quella della buona fede. Cfr. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 314, 340; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit. *passim*; il tema ha ricevuto nuova linfa in corrispondenza di quegli orientamenti giurisprudenziali che nella materia civile paiono sovrapporre la buona fede all'abuso di diritto, risolvendo questo in quella, almeno nella materia contrattuale. Sul punto si v. *supra*, cap. II, § 1-2.

¹⁷⁶ Per lo sviluppo storico della sfera applicativa della buona fede oggettiva, da criterio di valutazione di peculiari rapporti contrattuali (quelli retti dalla *causa fiduciae*) a fonte integrativa del regolamento contrattuale, cui accedono obblighi ulteriori e diversi da quelli espressamente previsti dalle parti G. MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, p. 175 e ss. Nello studio dei rapporti tra buona fede e abuso del diritto la questione è propriamente quella della estensione dell'obbligo di buona fede dapprima agli atti non negoziali, di poi all'intera sfera dei rapporti patrimoniali. Sul tema cfr. U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit. p. 26 e s. per il quale il riferimento al criterio della buona fede rileva per la valutazione di ogni comportamento di un soggetto che si ripercuota sulla sfera giuridica di un altro soggetto, sì da atteggiarsi a limite generalizzato all'esercizio di qualsiasi prerogativa privata. Di recente, per l'applicazione della buona fede nell'esecuzione del contratto anche ove l'atto esecutivo consista in un diritto potestativo F. GAMBINO, *Il dovere di coerenza nell'atto di recesso (note sull'abuso del diritto)*, in

4.1. Abuso del diritto e buona fede: le teorie rimediali.

Una variante delle teorie teleologiche costruisce il divieto di abuso del diritto come funzione della buona fede in chiave valutativa¹⁷⁷: “lo sviamento dall’interesse svela una violazione della buona fede poiché è il frutto di modalità di esercizio delle situazioni soggettive da contrastare. La buona fede è il precetto, ancorché indeterminato, e il divieto di abuso del diritto una delle funzioni”¹⁷⁸.

La riduzione del novero di condotte qualificabili alla stregua di atti di esercizio del diritto è svolta attraverso un *criterio esogeno* (le norme sulla buona fede) e con un *ragionamento in due tempi* (liceità/legittimità).

In adesione alla concezione valutativa della buona fede¹⁷⁹, il ragionamento postula una duplicità di piani di qualificazione della condotta:

Riv. crit. di dir. priv., 2011, gennaio-marzo, p. 63; ma vedi le autorevoli voci contrarie di P. Rescigno, *L’abuso del diritto*, cit., p. 96-97; L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, p. 434, 549 e ID. *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., *passim*.

¹⁷⁷ F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, 1, cit., p. 129.

¹⁷⁸ F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, cit., p. 120. La portata applicativa della buona fede, di cui il contrasto dei comportamenti abusivi sarebbe solo una porzione di applicazione, priverebbe di pregio le obiezioni fondate sulla riduzione dell’uno all’altra e sull’inutilità della distinzione concettuale. Egli segnala inoltre che “la distinzione netta tra un’indagine di natura teleologica o causale dell’atto di esercizio della situazione soggettiva alla quale presiede il divieto di abuso del diritto ed un’indagine di natura modale e procedurale ossia incentrata sul concreto dispiegarsi dell’atto di esercizio del diritto, alla quale presiede invece la buona fede, si rivela a ben vedere nominale se non addirittura artificiale” (p. 129).

¹⁷⁹ La concezione valutativa della buona fede è sviluppata dalla scuola pisana: per tutti U. NATOLI, *L’attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1988, XVI, t. 1, spec. p. 27, 39 e ss., per cui la clausola generale offre al giudice un criterio di valutazione dell’attività concretamente svolta dalle parti *successiva e ulteriore* rispetto alla valutazione di liceità svolta secondo lo *strictum jus*. L’art. 1375 c.c. imporrebbe al giudice di valutare il comportamento delle parti non solo sulla base del mero criterio formale offerto dalla *regula iuris* riferibile alla fattispecie, ma anche sotto l’angolo visuale della sua congruità rispetto a certe esigenze, che le circostanze del caso possono rivelare (p. 27). Tale valutazione “deve necessariamente aver luogo dopo che si sia esaurita quella *sub specie stricti iuris* e sia stata accertata la formale corrispondenza del comportamento dell’una o dell’altra parte ovvero di entrambe alle previsioni della legge. Si potrà allora constatare o una coincidenza ovvero una difformità tra i risultati delle due valutazioni. Ed è ovvio che, mentre nel primo caso non si porrà alcuna questione, si tratterà nel secondo di decidere quale delle due valutazioni difformi debba avere la prevalenza. Né può essere dubbio che, a meno di ritenere (...) la totale carenza di significato degli artt. 1175 e 1375, la giusta soluzione debba indirizzarsi verso la prevalenza della valutazione secondo le regole della correttezza e della buona fede e per la conseguente

l'uno di liceità, l'altro di legittimità¹⁸⁰. Il primo isola in astratto la *ratio* della norma attributiva del diritto, ma non esaurisce il compito dell'interprete: seppure lecita, la condotta è illegittima quando le sue modalità siano censurabili alla luce di un canone valutativo espressivo di minore meritevolezza o giustizia¹⁸¹. La legittimità andrebbe intesa come congruenza intrinseca rispetto al "senso complessivo" della regola, il quale si lascerebbe cogliere non già da una valutazione *a priori* ma solo da una valutazione *a posteriori* dei bisogni di tutela espressi dal caso concreto¹⁸². Alla condotta lecita ma illegittima il diritto ricollegherebbe in chiave rimediale la generale opponibilità dell'*exceptio doli generalis*¹⁸³.

possibilità di correggere, sulla loro scorta, il risultato cui si pervenirebbe se ci si arrestasse (violando, peraltro, la precisa indicazione fornita dalla stessa norma positiva) alla pura e semplice constatazione della formale conformità alla legge" (p. 39 e s.). A questa concezione si contrappone la teoria precettiva della buona fede, su cui v. *infra*, § seg.

¹⁸⁰ F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, cit., p. 135, 151, 157; la distinzione non ha un fondamento analitico dimostrato, come rileva A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., p. 149 e s., e come avverte lo stesso Autore, che accoglie la dicotomia, seppure "più intuita che dimostrata". Sul punto v. anche *supra* nt. 26 e testo corrispondente.

¹⁸¹ F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, cit., p. 140 e s., 156, 158.

¹⁸² F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, cit., p. 138.

¹⁸³ F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, cit., p. 152 e nt. 201 e 202. L'eccezione di dolo generale costituisce in effetti prezioso strumento di tutela generale avverso i comportamenti contrari a buona fede. Operando esclusivamente sul piano processuale, lascia impregiudicati i profili sostanziali della titolarità del diritto fatto valere e del suo contenuto. Va però segnalato che, nonostante l'apertura di dottrina e giurisprudenza, il fondamento positivo dell'eccezione e i suoi limiti applicativi rimangono controversi. Mette inoltre conto di segnalare che la Cassazione, nella sent. 7 marzo 2007, n. 5273, nel riconoscere espressamente la generale operatività dell'*exceptio doli generalis* abbia fondato tale assunto non già sul sistema di diritto positivo, ma sulla propria anteriore giurisprudenza. Segnala sul punto (in adesione all'argomentare dei giudici) G. MERUZZI, "*Il fondamento sistematico dell'exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione*", in *Contr. e impr.*, 2007, 6, p. 1380: "nella propria motivazione la Corte, infatti, analizza i precedenti giurisprudenziali in materia e desume da essi, con logica tipicamente induttiva, l'esistenza dell'*exceptio doli* come regola generale. Tale *modus operandi* postula l'accoglimento della tesi, altrove prospettata, secondo cui l'*exceptio doli* costituisce una clausola generale di creazione giurisprudenziale. (...) con logica autogiustificativa i giudici di legittimità pongono a fondamento dell'istituto unicamente la propria giurisprudenza e i principi di diritto ivi richiamati". In commento alla stessa sentenza T. DALLA MASSARA, *L'eccezione di dolo generale nel pensiero attuale della Corte Suprema*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 2, p. 235, il quale nota che il maggiore ostacolo è di ricavare dalle regole sostanziali della buona fede (art. 1175 e 1375 c.c.) una regola generale del processo. Nella letteratura si registra una decisa inversione di tendenza sul finire degli anni '60, in uno con la valorizzazione della clausola di buona fede: per le posizioni più risalenti G. L. PELLIZZI, voce "*Exceptio doli*" (*diritto civile*), in *Noviss. Dig. It.*, VI, Torino 1960, p. 1074 e ss.; A. TORRENTE, voce *Eccezione di dolo*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano 1965, p. 218; V. PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969,

Si sostiene così che “il concetto di abuso del diritto presuppone una regola che delinea un determinato assetto degli interessi coinvolti e prende corpo quando il modo in cui la regola viene dispiegata non si presenta come una sua violazione, ossia come una sequenza di atti o attività contrari all’ordine in essa impresso, ma come il tradimento del senso complessivo, della sostanza quindi della composizione di interessi da essa prefigurata, il che dà luogo ad una regola sostanzialmente diversa e per di più contraddittoria. E il senso complessivo della regola (...) non si ricava soltanto dalla *ratio* astratta” ma “dalla messa in contatto della *ratio* astratta e degli effetti normativi ipotizzati che ne rappresentano l’epifania, con il caso da decidere”¹⁸⁴.

Un giudizio di legittimità della condotta lecita (secondo la concezione valutativa della buona fede) sembra introdurre nella decisione un giudizio secondo criteri non predeterminati, la cui opportunità è discutibile¹⁸⁵. Nell’affermazione che solo “in concreto viene puntualmente definita la *ratio* della disposizione normativa, rivelandosi a tal fine imprescindibile l’individuazione delle esigenze di tutela che si sollevano dal caso, e in concreto vengono definite *le possibilità di azione che la situazione giuridica conferisce*,

spec. p. 138 e ss.; G.B. PORTALE, *Impugnativa di bilancio ed “exceptio doli”*, in *Giur. comm.*, 1982, I, p. 407 ss.; F. RANIERI, voce *Eccezione di dolo generale*, cit., *passim*; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 368 e ss.; A.A. DOLMETTA, voce « *Exceptio doli generalis* », *Agg.*, in *Enc. giur.*, Roma, 1997; ID., « *Exceptio doli generalis* », in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, I, p. 147 ss. (cui si rimanda per compiuta nota bibliografica); G. MERUZZI, *L’exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, cit., *passim*.

¹⁸⁴ F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, cit., *ibidem*, “in altri termini”, prosegue l’A. “il fine della disposizione normativa non può essere colto *in vitro* ossia al di fuori del problema applicativo e, se così è, non è possibile formulare la *ratio* della disposizione normativa se non verificando gli effetti che discenderebbero dalla sua applicazione nel caso concreto e a tal fine si rivela indispensabile valutare le specificità di quest’ultimo”.

¹⁸⁵ L’idea di un criterio di giudizio che non preesiste al caso da decidere (com’è, per definizione, quello *a posteriori* volto a determinare il significato di una disposizione di legge) espone la teoria alle consuete obiezioni mosse ai giudizi valutativi come criteri di decisione giudiziale. Segnala questo “delicatissimo problema del potere di decidere” M. ORLANDI, *Abuso del diritto e teoria della fonte*, cit. p. 116. L’A., pur riferendosi alla diversa disciplina delle clausole abusive nel contratto del consumatore, nota come il giudizio valutativo è “giuridicamente incomprensibile”, perché non dipende da un giudizio di verticale conformità di una condotta al modello ma (nel giudizio di equità della clausola contrattuale) da una “sorta di discrezionale rinnovazione della storia del consenso”.

sempre alla luce del bisogno di tutela¹⁸⁶, parrebbe d'intravedere la sostanziale *relatività* della situazione giuridica soggettiva, *che non esiste prima del fatto* da cui promanano i bisogni di tutela¹⁸⁷.

Questo modo di argomentare trova conforto nella dogmatica delle clausole generali come norme a fattispecie aperta, che autorizzerebbero il giudice a costruire la regola del caso singolo¹⁸⁸; si pone inoltre nel solco della sensibilità mostrata da autorevole dottrina verso una costruzione dell'ordinamento in chiave rimediale¹⁸⁹. Sulla scorta dell'ordinamento di origine comunitaria – la cui tecnica legislativa procede indubbiamente per *obiettivi di tutela* e ragiona in termini di rimedi a bisogni di tutela più che di *schemi di condotta e schemi di effetti* – si è posta in seria discussione la stessa categoria concettuale del diritto soggettivo e l'opportunità del procedere del ragionamento giuridico per fattispecie¹⁹⁰. La prospettiva spiega sicura suggestione, ma solleva il dubbio che quella del legislatore comunitario sia una tecnica normativa imposta dalla contingente diversità delle categorie dogmatiche degli ordinamenti degli Stati Membri, che probabilmente si distingue solo quantitativamente dalla tecnica legislativa della fattispecie analitica¹⁹¹.

¹⁸⁶ F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, cit., p. 139 (corsivo aggiunto).

¹⁸⁷ Il risultato è coerente agli assunti della concezione valutativa della buona fede, per cui la esatta estensione dell'obbligo (e della pretesa che vi si contrappone) possono essere definiti solo *a posteriori* in base alle circostanze del fatto concreto. Cfr. U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 91.

¹⁸⁸ V. sull'argomento il recente studio di F. FORCELLINI, A. IULIANI, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, 2, p. 395, consultabile su Plurisonline, spec. p. 6/30

¹⁸⁹ Al proposito v. A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2005, 2, p. 341; S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2007, 3, p. 585; C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano 2007, v. 1, p. 1- 192; G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2008;

¹⁹⁰ A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, cit., p. 341; F. ADDIS, *L'abuso del diritto tra diritto civile e diritto tributario*, in *Dir. e prat. trib.*, 2012, 5, p. 872.

¹⁹¹ Il tema non può ricevere in questa sede che un incompleto cenno. Mi pare però che le fattispecie possano muovere da una descrizione dettagliata delle condotte a gradi sempre maggiori di indeterminatezza (è appena da segnalare l'art. 2043 c.c.), ma non per questo cessino di essere fattispecie e perdano la funzione essenziale di anteporre il criterio di decisione al caso da decidere. Criterio che può legarsi da un minimo a un massimo di discrezionalità

Ribadire la necessità che il criterio di giudizio preesista il caso da decidere non significa escludere dall'operazione ermeneutica l'apprezzamento *di elementi circostanziali* che non si lascino isolare dal documento o dalla condotta strutturalmente corrispondente alla fattispecie attributiva del diritto. Nulla impedisce che la legge preveda un canone di apprezzamento della condotta avente a oggetto il concreto risultato perseguito, il che allarga il giudizio di liceità di elementi del fatto che altrimenti vi rimarrebbero estranei. Aggiunge un momento logico dell'ermeneutica, che continua a svolgersi secondo canoni giuridici di liceità con esclusione di criteri metagiuridici di "giustizia" o "meritevolezza" o "preferibilità" del risultato conseguito¹⁹², per la dirimente ragione che non si dà risultato giusto e ingiusto se non confrontandolo con l'idea di risultato giusto o ingiusto secondo la sensibilità (invero imprevedibile) dell'interprete. E si è cercato di dimostrare che la decisione secondo giustizia sfugge a criteri di verificabilità razionale¹⁹³.

L'esigenza di conservare alla buona fede la sua capacità di orientare le condotte (evidentemente possibile solo quando il criterio di giudizio preesista al caso da giudicare) è avvertita dalle teorie precettive della buona fede, che la costruiscono come fonte di obblighi integrativi del regolamento contrattuale e, secondo alcuni, come limite intrinseco all'esercizio della pretesa (teoria del limite-controllo)¹⁹⁴. A differenza delle teorie valutative, il criterio di giudizio *secondo buona fede* è definito *a priori*; esso non è determinato ma determinabile secondo *standards* valutativi oggettivi¹⁹⁵. In questa prospettiva si pone Adolfo

dell'interprete. V. in argomento lo studio di F. FORCELLINI, A. IULIANI, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, 2, p. 395, spec. p. 6/30:

¹⁹² F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, cit., p. 147.

¹⁹³ Sul punto si veda, *supra*, cap. 1, § 4-5.

¹⁹⁴ La teoria del limite-controllo è di A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 337, 342, 355, al quale si rinvia anche per l'esposizione delle teorie sulla buona fede come fonte di obblighi integrativi (p. 316-330). Di recente si veda Cass. 22819/2010; Cass. 15 ottobre 2012, n. 17642, su cui *supra* cap. II, § 2.

¹⁹⁵ A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 335: "non viene in questione una valutazione, per così dire, *di secondo grado* che, *in base alle circostanze*, provveda a correggere e temperare lo *strictum jus* ma una valutazione di primo grado che, in base a criteri e parametri o

di Majo che, nel suo *Tutela civile dei diritti* del 1987 avanza una proposta dogmatica precorritrice, intesa a risolvere il problema dell'abuso dei poteri privati garantendo un supporto normativo del controllo¹⁹⁶.

L'A. individua nelle disposizioni sulla buona fede la fonte legale di un obbligo di lealtà e correttezza, ulteriore "fondamento di responsabilità" a carico dei soggetti accanto al divieto di produrre danni "ingiusti" (art. 2043)¹⁹⁷. Tutti i danni cagionati da comportamenti *scorretti, sleali, parziali e unilaterali* sono risarcibili¹⁹⁸ e nel diniego di tutela (*sub specie* di dichiarazione di inefficacia, *exceptio doli*, annullamento dell'atto abusivo) starebbe la reintegrazione in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 c.c.

È evidente nell'A. l'influenza del sistema della responsabilità civile vigente in Germania, dove il risarcimento in forma specifica è rimedio generale e quello per equivalente residuale. La soluzione garantirebbe il controllo sulle modalità dell'esercizio del diritto e la duttilità del rimedio secondo le esigenze del caso concreto. Essa però deve misurarsi con il diritto vigente, che pone la *restitutio in integrum* come forma residuale delle tutele risarcitorie. Lo stesso Autore avverte che: "naturalmente l'affermato carattere residuale di tali tecniche (art. 2058) andrebbe rivisto. In tale quadro le tanto discusse forme di *invalidazione* degli atti abusivi, che avrebbero scarso fondamento dentro ottiche negoziali o para-negoziali, troverebbero il loro fondamento nell'esigenza di ripristinare, nel miglior modo possibile, lo stato *quo ante*".

La teoria del di Majo pare confermare la buona fede come obbligo e la conseguenza della sua violazione nel risarcimento del danno.

standard oggettivi di comportamento, provvede a modificare, sospendere, ridurre l'applicazione di *regule iuris*, contribuendo in tal modo ad assicurare un necessario raccordo tra *regule iuris* e valori socialmente ed eticamente fondati e sempre mutevoli; L. MENGONI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185 e ss., in part. 180 e ss.

¹⁹⁶A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*⁴, Milano, 2003, v. 3, p. 411 (la prima edizione è del 1987).

¹⁹⁷A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*⁴, cit. *ibidem*; ID, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 326.

¹⁹⁸A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*⁴, cit., *ibidem*.

4.2 Segue. Le teorie analitiche.

Lo studio dei rapporti tra buona fede e abuso del diritto suggerisce di indagare *la misura di rilevanza delle circostanze e delle modalità della condotta* nella determinazione dello stato deontico di quest'ultima (permessa/proibita). Le circostanze irrompono nell'attività interpretativa, guadagnando un posto di assoluta centralità. Per i teorici analitici si tratta però sempre di un dialogo con la fonte¹⁹⁹, della quale occorre accertare non solo la validità ma anche l'ambito di estensione²⁰⁰. V'è allora da stabilire se il comportamento contrario a buona fede possa qualificarsi come *fatto impeditivo* all'esercizio del diritto, oppure se possa immaginarsi una doppia qualifica del comportamento, si ché la condotta, pure rilevante come atto di esercizio del diritto perché agguagliabile alla fonte, sia anche fonte di obbligo risarcitorio, perché riferibile alla fattispecie descritta da un'altra norma. Sono la teoria del dovere di coerenza di Francesco Gambino e la teoria della doppia qualifica di Mauro Orlandi²⁰¹.

Entrambi affrontano il tema muovendo dalla sindacabilità dei motivi di recesso *ad nutum* di cui al caso Renault. Comune al pensiero degli Autori è l'idea che un medesimo accadimento storico possa essere molteplici fatti giuridici, perché la rilevanza giuridica del fatto storico dipende dal punto di vista (la/e norma/e) dal quale si osserva²⁰². Così F. Gambino reputa che “il comportamento esecutivo deve essere riguardato da una duplice angolatura: sotto il profilo della fonte negoziale e secondo il criterio della buona fede. Le due prospettive presuppongono, ciascuna, un proprio contesto di riferimento,

¹⁹⁹M. ORLANDI, *Abuso del diritto e teoria della fonte*, cit., p. 107. In questo si avverte la distanza rispetto al pensiero di chi reputi che il significato di una disposizione e la sua *ratio* possano ricavarsi muovendo dal fatto e dalle sue circostanze, quasi dotate, in sé, della capacità di esprimere uno *status* deontico. Così *supra* nt. 189.

²⁰⁰ Sul punto si tornerà nel cap. IV, spec. §1, §3 e §7.

²⁰¹ F. GAMBINO, *Il dovere di coerenza nell'atto di recesso* cit., p. 63; M. ORLANDI, *Abuso del diritto e teoria della fonte*, cit., p. 127 e ss; ID., *Contro l'abuso del diritto*, cit., p. 156-159.

²⁰² La premessa del pensiero degli Autori è nella teoria della rilevanza di N. IRTI, voce *Rilevanza*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1968, p. 1094, oggi nella raccolta di saggi dal titolo *Norme e fatti*, Milano, 1984. Sul punto v. *infra*, nt. 135.

che può dar luogo, come accade nell'uso del linguaggio comune, ad un diverso significato giuridico”²⁰³.

Il comportamento contrario a buona fede sarebbe capace di ridurre l'ambito di estensione della fonte (valida), escludendo la rilevanza di fatti e dichiarazioni altrimenti capaci di determinare la produzione di effetti²⁰⁴.

In termini analitici, la buona fede pone un onere in capo al titolare del diritto di recesso²⁰⁵: la clausola generale avrebbe la funzione di determinare una “diversa configurazione logica della fattispecie” attributiva del diritto, che potremmo così riformulare:

Se A + comportamento contrario a Bf, allora non B

Nella fattispecie starebbe un frammento di norma²⁰⁶, costituito da una clausola generale (la buona fede) che nel caso concreto potrebbe privare di effetti la condotta per il resto strutturalmente conforme alla fattispecie.

La configurazione della buona fede come onere (nella specie dovere di coerenza, ma potenzialmente del contenuto più diverso), non incontra ostacoli di ordine logico, ma necessita forse di superarne alcuni di ordine sistematico.

²⁰³ F. GAMBINO, *Il dovere di coerenza nell'atto di recesso*, cit., p. 66.

²⁰⁴ F. GAMBINO, *Il dovere di coerenza nell'atto di recesso*, cit., p. 74 e ss. L'A., muovendo dalla configurabilità di un generale dovere di coerenza, inteso come “linearità di condotte anteriori o posteriori alla conclusione del contratto”, concentra l'analisi sulle “condotte affidanti”. Esse acquisterebbero rilievo, in primo luogo, come “stabilità di un insieme di condotte affidanti” censurabili, *ex se*, alla luce del canone di buona fede. Ma rilevarebbero anche nell'assegnazione di significato alla clausola contrattuale di recesso secondo le consuete regole ermeneutiche: il comportamento delle parti, oltre a confluire nelle regole per stabilire l'effettivo contenuto del regolamento contrattuale, potrebbe esprimere un nuovo criterio direttivo, un accordo modificativo della clausola di recesso per fatti concludenti, il che lo porta a concludere: “la questione che, nella dissoluzione dell'abuso del diritto di recesso attraverso le condotte “affidanti”, torna ad acquistare un piano di rilievo è se le parti, comportandosi in un certo modo, chiariscano il significato della clausola, ingenerino affidamenti o stringano un nuovo accordo”.

²⁰⁵ GAMBINO, F., *Il dovere di coerenza nell'atto di recesso*, cit., p. 68; il concetto di onere qui accolto è quello di elemento della fattispecie definito da N. IRTI, *Introduzione al diritto privato – L'oggetto*, Torino, 1973, p. 78 e s.

²⁰⁶ L'espressione “*frammento di norma*” (corsivo nel testo) è in N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano 1985, p. 83.

Essa è coerente con il sistema a condizione di destituire di fondamento la costruzione dogmatica (che proprio in quanto tale è senz'altro suscettibile di confutazione) che traccia una diversità di regole di struttura e regole di condotta e collega alla loro violazione rispettivamente l'invalidità/irrelevanza e l'obbligo risarcitorio²⁰⁷.

Proprio sulla distinzione tra validità della fonte e disciplina del comportamento si fonda la teoria della doppia qualifica di M. Orlandi²⁰⁸. Di fronte alla fonte attributiva del diritto si pone “altra rilevanza ed efficacia, secondo un diverso e parimenti applicabile schema formale”, precisamente quello posto (nel caso di specie) dall'art. 1375 c.c. Tuttavia “la contrarietà a buona fede mette capo, non mai ad un fenomeno di irrilevanza del contegno, ossia d'inefficacia dovuta a difformità dalla fonte di attribuzione, bensì alla ipotetica violazione di un obbligo”²⁰⁹: trattandosi di obblighi di esecuzione, la

²⁰⁷ Il rilievo critico non vale nel caso in cui la “condotta affidante” possa qualificarsi alla stregua di accordo modificativo del regolamento contrattuale. In questo caso non si discorre più di onere generale di comportamento secondo buona fede, ma di un atto non corrispondente alla facoltà attribuita al titolare (il cui contenuto sarebbe stato appunto modificato in virtù di un accordo modificativo per fatti concludenti). La tradizionale distinzione delle regole in r. di struttura e r. di comportamento, le quali darebbero luogo a conseguenze invalidatorie nel primo caso, risarcitorie nel secondo, è stata ribadita (seppure nel diverso contesto del rapporto tra violazione delle regole di buona fede nella trattative e validità del contratto al loro esito stipulato) con le sent. gemelle Cass. sez. un. 19 dicembre 2007, nn., 6725 e 6724. In particolare spiega rilievo l'affermazione della *ratio* del rimedio esclusivamente risarcitorio per la violazione delle norme sulla buona fede: “il dovere di buona fede ed i doveri di comportamento in generale sono troppo (...) legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite”. Sul punto osserva G. VETTORI, *Regole di validità e regole di responsabilità*, in *Diritto privato. Studi in onore di A. Palazzo*, Torino 2009, v. 3, p. 874 che le sentenze, nel ribadire la distinzione tra queste specie di norme, se hanno confermato la diversità di “disciplina degli atti e dei contegni”, avrebbero tuttavia statuito anche l'autonomia (e potenziale coesistenza) delle valutazioni di validità e di responsabilità. Il principio di diritto in esse affermato pare costituire conferma giudiziale della teoria della doppia qualifica delle condotte, che devono essere valutate sia come atti di esercizio del diritto sia come contegni vincolati al dovere di correttezza.

²⁰⁸ M. ORLANDI, *Abuso del diritto e teoria della fonte*, cit., p. 127 e ss.

²⁰⁹ M. ORLANDI, *Abuso del diritto e teoria della fonte*, *ibidem*. L'A. prosegue notando che “ove – secondo l'*id quod* – nel corso del rapporto la condotta di una delle parti generi come si suol dire legittimo affidamento in un determinato contegno positivo o negativo, allora l'art. 1375 del codice include tale empirico affidamento nel circuito dei doveri (responsabilità aquiliana) od

norma sulla buona fede “non incide sullo spazio autonomo (ossia non può convertirsi nello schema logico del “non puoi”) e implica una ulteriore qualifica di doverosità (devi non)”²¹⁰. Ma l’atto di esercizio del diritto, pure efficace, se integra l’inadempimento all’obbligo di buona fede genera l’obbligo di risarcire il danno²¹¹.

All’esito della rassegna di queste posizioni dottrinali, sembra profilarsi l’idea che l’abuso del diritto si risolva nella determinazione dell’ambito di estensione della fonte del potere, e che all’interprete sia indicato di considerare (se e) come le modalità della condotta e l’interesse in concreto perseguito siano tenuti per rilevanti dal diritto. Conviene quindi muovere all’analisi delle disposizioni legislative che regolano questo duplice aspetto dell’azione umana. Alla loro luce potrà determinarsi l’ambito di estensione della fonte che, per rimanere nell’esempio del recesso *ad nutum* – assunto a paradigma del diritto potestativo – potrebbe condurci a considerare le facoltà del titolare limitate e le ragioni dell’esercizio del diritto non del tutto insindacabili.

obblighi (responsabilità per inadempimento) imputabili alla parte, e così imprime alle condotte una linea di giuridica rilevanza come fatti leciti o illeciti”.

²¹⁰ M. ORLANDI, *Abuso del diritto e teoria della fonte*, p. 130. La teoria è saggiata in base all’art. 1440 c.c., caso tipico di doppia rilevanza. L’illecito *iure* sarà poi senz’altro ipotizzabile negli ordinamenti dove sia prevista la clausola generale di divieto di abuso del diritto: “la previsione del divieto di abuso rende applicabile a qualsiasi diritto, da qualsiasi fonte previsto, il giudizio di illiceità della condotta, e postula così una logica e generale compatibilità tra esercizio del diritto e illecito risarcibile. Il divieto di abuso per sua stessa struttura logica e giuridica non incide sulla validità della fonte, ma lascia discendere una strutturale doppia rilevanza della condotta, la quale vale come esercizio del diritto e al tempo stesso come illecito”.

²¹¹ M. ORLANDI, *Abuso del diritto e teoria della fonte*, p. 131: “la mala fede non incide mai né sulla validità della fonte contrattuale né sugli effetti dell’atto di mala fede. L’eventuale esercizio in mala fede (...) sarà efficace e del pari produrrà l’obbligo di risarcire il danno”.

Capitolo IV

STATUTO NORMATIVO DI LICEITÀ DELLO SCOPO

I. Teoria della fonte e giudizio conformativo.

La teoria dell'abuso del diritto pare risolversi in un momento dell'interpretazione della fattispecie attributiva del diritto, che chiama l'interprete a qualificare la condotta come atto di esercizio del diritto *anche avendo riguardo all'interesse concretamente perseguito*²¹².

Parlare di esistenza formale di un diritto e suo esercizio sostanziale è un breviluogo, che forse non serve la sua missione semplificatrice²¹³. Ciò che esiste nella realtà sono le condotte degli uomini, che attendono di essere confrontate con schemi eventuali di condotta (che chiamiamo diritto soggettivo, o fattispecie attributiva del diritto)²¹⁴. Tutte le azioni umane sono animate da uno scopo, che una norma può prevedere e qualificare. Lo *status* deontico della condotta, in ragione dello scopo che persegue, si risolverà in uno dei termini del binomio vietato/permesso.

Il pensiero è avvinto entro il circuito logico del giudizio conformativo, che fa conseguire all'accertamento della conformità della condotta alla fattispecie il predicato di rilevanza-efficacia dell'atto di esercizio del diritto. Viceversa, alla difformità dell'atto rispetto allo schema di condotta consegue l'inidoneità a produrre effetti, rivelandosi esso un atto di «pseudo-esercizio» del diritto²¹⁵.

²¹² R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto. L'abuso del diritto*, cit., p. 350. Al proposito l'A. nota che "se la circostanza che caratterizza l'abuso è l'esorbitanza dell'atto di esercizio del diritto dallo scopo del diritto soggettivo, l'interpretazione deve accertare i contorni dello scopo del diritto soggettivo; questi contorni si trovano nel diritto (e non nel fatto), e ciò che si trova nel diritto è esso stesso un elemento della norma. La definizione dello scopo del diritto soggettivo integra allora la definizione del diritto soggettivo: anzi, nessuna vera definizione di nessun diritto soggettivo può ottenersi se non adeguandosi alla definizione dello scopo".

²¹³ V. *supra*, nt. 155 sul «ragionamento in due tempi» descritto da R. SACCO.

²¹⁴ M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, cit., p. 148 e ss.; ID., *Abuso del diritto e teoria della fonte*, cit., p. 108 e s.

²¹⁵ L'espressione è di M. ORLANDI, *Abuso del diritto e teoria della fonte*, cit., p. 131.

Rimane aperto l'interrogativo circa la rilevanza dello (*rectius* di un particolare) scopo come requisito degli atti di esercizio del diritto. Anche questa domanda non sfugge all'alternativa: conformità/validità; difformità/irrilevanza²¹⁶. Se lo scopo è requisito²¹⁷, allora nello spazio di rilevanza della fattispecie attributiva del diritto rientra anche lo scopo; altrimenti, l'atto di esercizio del diritto è valido, e non può che rimanere valido per sempre²¹⁸.

Il problema concerne la rilevanza giuridica dell'interesse del titolare, e impone un confronto tra un elemento del fatto (l'interesse concretamente perseguito) e un elemento della norma (il novero di interessi astrattamente perseguibili). La valutazione della condotta sotto il profilo della conformità dello scopo (concreto) rispetto al novero di scopi (astratti) che la legge consente di perseguire è un consueto ragionamento di tipo conformativo, che confronta un elemento del fatto (*i.e.* lo scopo concretamente perseguito) con un elemento della norma (il novero di interessi astrattamente perseguibili): “anche la valutazione teleologica ubbidisce a tale dinamica e rifluisce niente altro che in un giudizio di verticale conformità o difformità dallo *schema dei perché*, ammessi dal diritto. Al pari di qualsiasi altro, anche quello funzionale è un giudizio conformativo, ossia una verticale comparazione tra tipo di perché, ossia di causa giuridicamente rilevante e scopo concreto” (corsivo aggiunto)²¹⁹.

Aderire al metodo del giudizio conformativo e negare la diversità tra abuso del diritto ed eccesso dal diritto, se pone in dubbio l'utilità del concetto come

²¹⁶ Impieghiamo qui il concetto di rilevanza giuridica intesa come conformità del fatto a una fattispecie che assuma il fatto tra i suoi elementi costitutivi. Il concetto è quindi intrinsecamente relativo, dipende dalla norma giuridica rispetto alla quale si confronti il fatto da qualificare: il medesimo fatto storico potrà essere fatto giuridico se considerato alla stregua di una norma e fatto irrilevante se confrontato con altra norma. Per il concetto di rilevanza accolto in questo lavoro cfr. N. IRTI, voce *Rilevanza*, cit., p. 1094.

²¹⁷ N. IRTI, *Concetto giuridico di “comportamento” e invalidità dell'atto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 4, p. 1056.

²¹⁸ M. ORLANDI, *Abuso del diritto e teoria della fonte*, cit., p. 111.

²¹⁹ M. ORLANDI, *Abuso del diritto e teoria della fonte*, cit., p. 107.

strumento di economia del linguaggio, schiude l'orizzonte al vero problema del giurista analitico: l'individuazione della rilevanza giuridica dell'interesse.

2. Centralità della categoria dell'interesse.

In queste pagine le parole scopo, fine e interesse²²⁰ ricorrono quasi in via alternativa. La diversità etimologica mostra che gli uni s'atteggiano a profilo dinamico dell'altro. Lo scopo e il fine altro non sono che la *tensione verso* il perseguimento dell'interesse che il titolare della prerogativa privata intende conseguire attraverso la propria condotta²²¹. La categoria dell'interesse domina la scena degli odierni studi di diritto privato. Conquistato il campo della speculazione giuridica dei motivi e della causa del contratto, sfuma le differenze tra i due concetti (come subito si dirà, attraverso i due procedimenti di oggettivazione del concetto di motivo rilevante e attraverso la concezione della causa come funzione economico individuale del negozio, come sintesi degli interessi che il contratto è volto a perseguire), imponendosi all'interprete come *oggetto immediato* dell'operazione ermeneutica.

Le riflessioni che vanno svolgendosi sembrano indicare nell'interesse concretamente perseguito dal soggetto agente il nucleo centrale della ricerca. Quando C.A. Helvétius scrive che «l'interesse è la misura delle azioni degli uomini»²²², egli si riferisce alla ragione dell'esistenza stessa del diritto e della

²²⁰ La assimilazione di questi termini è consueta. V. ROPPO, *Il contratto*², in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, p. 356; R. SACCO, voce *Motivo, fine, interesse* in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, 7° *Agg.*, 2012.

²²¹ Questa commistione tra interesse e scopo potrebbe esporre a rilievi di imprecisione terminologica. E tuttavia mi pare che le valutazioni svolte nel corso di queste pagine siano alternativamente riferibili all'uno e all'altro. Nelle pagine di R. von Jhering, cui si deve la elaborazione del concetto di interesse nelle scienze giuridiche e che le cui opere muovono da una teoria dell'interesse a una teoria dello scopo, quest'ultimo rimane in realtà senza una definizione che lo qualifichi come nettamente distinto dall'interesse, e nella sua opera *Zweck des Rechts*, dove pure il lemma *Interessen* è sostituito con quello *Zweck*, mi pare che le valutazioni sul contenuto e l'essenza del diritto soggettivo e dell'ordinamento del diritto oggettivo siano i medesimi. Sul punto v. A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*⁶, cit., p. 206 e 209.

²²² La citazione è tratta da A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*⁶, cit., p. 181; la frase originale è in *De l'esprit*, Paris, 1758, D. III, ch. IV.

società degli uomini, ma queste parole paiono utilmente replicabili nel campo della autonomia privata. Ciò che si tenterà di valutare è se l'interesse sia suscettibile di sussunzione, se una teoria dell'interesse sia compatibile con un metodo positivista.

Il concetto di interesse è «relazione di valore», è la relazione tra un soggetto titolare (l'individuo, un gruppo di soggetti, la collettività) e la situazione «che importa, o che interessa: l'*id quod interest*»²²³. A congiungerli, la relazione di valore racchiusa nel verbo impersonale *inter-esse* (lo stare-fra).

Le teorie giuridiche dell'interesse risalgono alle speculazioni dei giuristi inglesi Hume e Bentham e trovano – com'è noto – compiuta elaborazione teorica quando accolte dai giuristi germanici, che le rielaborano con la peculiare forma di pensiero della Germania di quel tempo: il pensiero sistematico. L'introduzione sistematica della categoria dell'interesse si deve a R. von Jhering ed è segnato dalle due opere principali *Der Geist des römischen Rechts* e *Der Zweck des Rechts*²²⁴.

L'elaborazione della *Zweckjurisprudenz* opposta in polemica alla *Begriffjurisprudenz* non equivale a negare la necessità del pensiero per concetti; né è in sé incompatibile col metodo del positivismo²²⁵. Almeno nel primo Jhering (e sempre nelle dichiarazioni di principio dei suoi successivi esponenti), la giurisprudenza degli interessi non significa potere creativo del giudice né che la ponderazione degli interessi (*die Abwägung der Interessen*) sia in questa ottica attribuita al giudice. È vero che Jhering risveglia nella scienza giuridica la coscienza della funzione pratica del diritto. Che avverte di come le costruzioni

²²³ A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*⁶, cit., p. 158.

²²⁴ Nota al proposito A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*⁶, cit., p. 191, che il pensiero dei teorici tedeschi è debitore all'opera di F. E. Beneke, cui si deve la divulgazione in forma sistematica delle opere di Hume e Bentham.

²²⁵ Per le teorie giuridiche dell'interesse v. A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*⁶, cit., p. 156 e ss. in particolare (p. 169 e s.) per la *Zweckjurisprudenz* di R. von Jhering e la *Interessenjurisprudenz* di Ph. Heck V. anche G. ORRÙ, voce *Giurisprudenza degli interessi*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Torino 1993, cui si rimanda per ampia bibliografia. L'A. contesta una sostanziale differenza tra giurisprudenza degli interessi e movimento del diritto libero, che condividerebbero la medesima ispirazione filosofica consistente nel riconoscere al potere creativo del giudice in caso di lacune.

concettuali siano utili solo fino al punto in cui servono alla vita giuridica pratica, mentre nuocciono se pretendono di avere un significato in sé e per sé. Sarebbe però affrettato considerare la polemica contro la giurisprudenza dei concetti come una lotta contro la concettualizzazione del diritto: non è altro che la lotta contro *quel* metodo di pensare per concetti, per il quale il dato positivo deve essere trattato alla stregua di una verità di ordine logico e che l'intero diritto sia da considerare come una creazione della dialettica concettuale al di fuori di ogni preoccupazione di carattere pratico. Ma è lo stesso Jhering a ricordarci che non si può che pensare per concetti²²⁶, e che la concezione della giurisprudenza come scienza pratica, significa che essa “ha il compito di prendere diretta conoscenza della vita giuridica nella sua effettiva realtà e di provvedere alle esigenze che vi si manifestano utilizzando fino al limite del possibile il diritto costituito e preparando la legislazione”.

La concezione del diritto di von Jhering riserva esclusivamente alla legge la ponderazione degli interessi in conflitto (risultante della perenne lotta tra gli interessi in conflitto). La sua teoria è anzi improntata ad un rigido statalismo²²⁷.

Questo orizzonte teorico spiega sicura suggestione, e mantiene rigida la distinzione tra momento di natura sostanziale (interesse protetto) e momento formale, rappresentato dalla manifestazione di volontà del legislatore in quanto organo di potere. L'assunto di Jhering – che raffigura il diritto come nato dalla lotta tra gli interessi in conflitto e dalla loro aspirazione alla

²²⁶ R. VON JHERING, *Wieder auf Erden. Wie soll es besser werden?*, in *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig 1884, e la quarta edizione accresciuta, trad. it., Firenze, 1954, trad. it., cit. p. 367. Così la contrapposizione *Begriff/Interessen* non vuole (né potrebbe) significare abbandono del pensare per concetti: tanto più che la sua teoria svolge proprio il concetto di interesse, fino a quel momento quasi sconosciuto in quei termini, e destinato da lui in poi a divenire consueta forma del pensiero (*i.e.* concetto) di ogni giurista. Piuttosto ci avverte l'A. che con ciò vuole indicare “le aberrazioni di certa dottrina moderna che, trascurando lo scopo e le condizioni di applicabilità del diritto, si compiace di considerarlo poco più di una materia su cui può far le sue prove una dialettica affidata a se stessa e tutta intesa a ritrovare in sé sola il suo fascino e la sua ragion d'essere”. V. pure la lettera I, pubblicata originariamente anonima in *Preussische Gerichtszeitung*, III, n. 41, 16 giugno 1861, ora in *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*³, Leipzig, 1885, p. 3 e ss.

²²⁷ A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*⁶, cit., p. 207.

garanzia giuridica sicché alla base di ogni norma del diritto è collocato l'interesse che si viene fissando attraverso il conflitto e il suo esito²²⁸– mi pare difficilmente confutabile. Ma è la legge, come espressione del potere, a statuire la forma giuridica dell'interesse. Da quel momento gli altri interessi in conflitto divengono irrilevanti²²⁹.

3. Interesse come *elemento di fattispecie* e interesse come *elemento del fatto*. Compatibilità di metodo analitico e rilevanza giuridica dell'interesse.

L'interesse non è diverso da qualsiasi altro dato della realtà storica e naturale, che può essere assunto da una norma come elemento di una fattispecie cui sia ricollegato un effetto. Non si vede un ostacolo logico per considerare l'interesse come potenziale oggetto del procedimento sussuntivo²³⁰.

Se si conviene su questa premessa, l'indagine sulla rilevanza dell'interesse svolgerà i due consueti momenti logici: il momento interpretativo e quello applicativo.

Il primo è volto a determinare se lo scopo sia un elemento della fattispecie attributiva del diritto soggettivo. Si tratta di assegnare significato alla fonte attributiva del diritto soggettivo, la quale può essere legale o autonoma: in altre parole, si tratta di stabilire *cosa significhi sotto il profilo teleologico* la disposizione legale che attribuisce il diritto di recesso dai contratti a tempo indeterminato, previsto dalla legge all'art. 1373 c.c. o la clausola contrattuale che conferisce alla parte il diritto di recedere *ad nutum*²³¹. Siamo nel campo

²²⁸ A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*⁶, cit., p. 211.

²²⁹ A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*⁶, cit., p. 256. Va tuttavia segnalato come lo sviluppo dell'*Zweckjurisprudenz* di von Jhering si sia mossa in una direzione molto diversa, approdando, per il tramite della *Interessenjurisprudenz* di Ph. Heck, nella «giurisprudenza delle valutazioni» (*Wertungsjurisprudenz*), che, postulando il fondamento ultimo della applicazione del diritto la coscienza delle valutazioni (delle scelte di valore) dell'ordinamento, consente all'interprete, in caso di lacune, di ricorrere a criteri di integrazione extralegali. Sul punto v. G. ORRÙ, voce *Giurisprudenza degli interessi*, consultabile in *Digestonline*, Pluris, p. 5/14.

²³⁰ C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria del abuso del diritto*, cit., p. 122.

²³¹ È l'indagine *nomologica*, che ha ad oggetto esclusivamente il testo della norma, contenuta nella legge, o nella fonte negoziale (la clausola contrattuale); studia le condizioni alle quali a

della scienza interpretativa, che ha ad oggetto il testo (della clausola contrattuale o della fattispecie legale di attribuzione del diritto soggettivo). Essa consegna all'interprete un *criterio di giudizio*: enucleati gli interessi perseguibili, identifica in astratto quali condotte, considerato lo scopo che perseguono, possano qualificarsi come validi atti di esercizio del diritto.

L'interesse è riguardato in questa fase come elemento strutturale della fattispecie attributiva del diritto: vale a guidare l'interprete nel definire la *sfera di proiezione della norma all'esterno*, sul mondo dei fatti umani.

Una volta ricostruito il rilievo dell'interesse nella definizione della fattispecie attributiva del diritto avremo “la premessa di una successiva valutazione, destinata a svolgersi non più in ipotesi ma nel terreno di un dato reale, storicamente apprezzabile”²³².

Si disporrà del criterio per qualificare i fatti della realtà, per applicare il diritto al fatto²³³: solo allora potrà risponderci alla domanda del *se* quel particolare, concreto e irripetibile fatto umano *vale* come atto di esercizio del diritto²³⁴ (momento applicativo).

Ove l'atto di esercizio del diritto consista in una dichiarazione (il che è la regola, si pensi alla d. di recesso, di esercizio del diritto di opzione, di riscatto, disdetta, etc.) prima di procedere al momento applicativo occorrerà un altro

una ipotesi di fatto è ricollegato l'effetto giuridico. Tale fenomeno è definito anche con il termine di “rilevanza interna”, su cui N. IRTI, voce *Rilevanza*, cit., p. 1101.

²³² CORDERO, voce “*Giudizio*” che leggo in N. IRTI, voce *Rilevanza*, cit. p. 1100 nt. 12.

²³³ Il linguaggio spesso sacrifica il rigore all'economia. Parliamo quindi di fattispecie e fatto, ma dovremmo più propriamente discorrere di *schema del fatto eventuale* e *schema del fatto esistente*. Giacché il fatto non esiste prima di essere pensato, e dal momento in cui è pensato diventa *schema o rappresentazione* del pensiero. E così quando parliamo di applicazione della norma al fatto, riassumiamo in realtà il procedimento puramente logico consistente nel predicare la conformità o adeguatezza dello schema del fatto esistente (fatto) allo schema del fatto eventuale (fattispecie). Sul tema v. N. IRTI, voce *Rilevanza*, cit., p. 1107 e s. e note corrispondenti.

²³⁴ È la c.d. rilevanza esterna, che esprime la relazione logica tra concetto normativo e dato esterno. N. IRTI, voce *Rilevanza*, cit., p. 1101.

giudizio interpretativo. Il quale allora avrà ad oggetto sia la norma che il fatto²³⁵.

Non sfuggirà che il vero nodo della discussione è nel giudizio interpretativo, e trae in scena l'incessante confronto di analitici ed ermeneutici.

L'interesse infatti, almeno di regola, rifugge il testo e spesso non si lascia ridurre entro simboli linguistici. Si misura fuori e accanto alle dichiarazioni, si rende percepibile attraverso condotte e dati della realtà che si presentano come circostanze.

Si prenda a esempio il caso del recesso *ad nutum* di cui si è più sopra discusso. Il ricorrente lamentava che il reale interesse perseguito dall'autore del recesso era quello di ristrutturare la rete di lavoro dipendente sottraendosi all'obbligo previdenziale di liquidare il TFR²³⁶. Tale interesse non si lascia isolare dalla dichiarazione di recesso, e si percepisce in base alla concomitante circostanza di aver stipulato un contratto con gli ex dipendenti con cui si conveniva che essi divenissero concessionari. Tale scopo, che si intende qualificare vietato o consentito, sta *fuori* dalla dichiarazione, e il suo rilievo dipende dalla misura di ammissione di criteri extra-testuali nell'assegnazione di significato alla dichiarazione di recesso.

In altre parole, si tratta di ricostruire la rilevanza giuridica del «contesto» rispetto al «testo»²³⁷. Il pensiero analitico non rifiuta il controllo teleologico sulla condotta in sé, ma si propone di cercare nella legge i criteri di rilevanza dello scopo, la «disciplina normativa del contesto».

4. – Teleologia del diritto soggettivo e tipicità dell'interesse.

²³⁵ N. IRTI, voce *Rilevanza*, cit., p. 1108: “il giudizio interpretativo ha per oggetto: a) la norma (*giudizio interpretativo della norma*); b), il fatto, al quale la norma va applicata, se esso consiste in simboli linguistici (*giudizio interpretativo del fatto*)”.

²³⁶ v. *supra*, cap. II, § 1.2.

²³⁷ Il rinvio è alle pagine di N. IRTI, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 c.c.*, Padova, 1996.

Assumiamo che la titolarità del diritto soggettivo (che sia di credito o potestativo) non significhi libertà di soddisfare qualsivoglia interesse ma potere di perseguirne alcuni; assumiamo inoltre che si dia di isolare un interesse astratto e oggettivo sotteso all'attribuzione del diritto soggettivo, ricavato dalla interpretazione (letterale e teleologica) della disposizione attributiva del diritto.

La definizione di abuso del diritto condivisa dalla dottrina e giurisprudenza dominanti non si limita però a indicare l'esistenza di uno scopo *tipico* (l'obiettivo indicato dal legislatore) ma predica qualifica altresì vietati tutti gli altri scopi – che abbiamo definito *atipici* perché non indicati dal legislatore, ma che possiamo, per impiegare il linguaggio dei giudici, dire *ulteriori e diversi* rispetto a quello indicato dal legislatore.

A ben vedere, un primo profilo critico implicato da questa definizione emerge dai lavori preparatori del codice: a sconsigliare di tradurre il divieto di abuso del diritto in disposizione generale fu proprio l'osservazione che l'indagine sullo scopo per cui il diritto viene riconosciuto è “difficile, se non impossibile”²³⁸. Di qui la soppressione della formula generale, non perché si neghi il problema di individuare scopi non consentiti, ma per la necessità di *integrare la determinazione dello scopo* per cui l'ordinamento riconosce taluni diritti soggettivi, in uno con la *determinazione delle conseguenze* dell'esercizio contrastante con lo scopo e dei relativi poteri attribuiti al giudice²³⁹.

²³⁸ Ne dà conto V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, cit. p. 18. A questo proposito H. C. GUTTERIDGE, *Abuse of rights*, cit., p. 42, osserva che “*a rule which leaves it to the discretion of a judge to determine the social or economic purpose of a statute, is open to grave objection. The political prejudices of the individual cannot fail to tincture his interpretation of a rule of this kind, and no judge should be placed in the invidious position of being compelled to adjudicate in such circumstances*”.

²³⁹ V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, cit., *ibidem*; M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 186. Proprio le resistenze all'introduzione di un precetto generale nel nostro ordinamento, sostituite dalla scelta di decentrare i luoghi di rilevanza dell'abuso in singole materie, tanto con riferimento al *tipo di problema* e *al modo di darvi rilevanza* (corsivi nel testo) confermano il rifiuto di un principio che da ricognizione dei limiti interni dei poteri privati si tramutasse in veicolo di una loro, generale e politica, conformazione alla esterna “funzione sociale del diritto”. A diverse conclusioni si sarebbe potuti giungere con una formulazione a carattere generale, “che sola ne avrebbe potuto

Limitare gli scopi perseguibili ai soli interessi *tipici* o *normali* del diritto postula una funzionalizzazione delle prerogative private, che piuttosto chiede di essere dimostrata. Tracciare un'equivalenza tra difformità dell'interesse e inefficienza dell'atto significa postulare un divieto generale recato da una norma inespresa del seguente tenore²⁴⁰: “tutti gli scopi diversi da quello tipico sono vietati”²⁴¹. Per ogni disposizione che qualifica come permesso uno scopo (quello tipico), vi sarebbe una norma implicita che reca una qualificazione negativa di tutti gli altri scopi²⁴². È dubbio che il nostro ordinamento sia informato a un principio generale di funzionalizzazione delle prerogative private in vista di un unico scopo²⁴³; il che forse spiega anche la difficoltà

autorizzare il riferimento “estroverso” ai fini sostantivi dello Stato”. L'opzione legislativa per la decostruzione dell'abuso nella “trattazione dei singoli istituti” ha, infatti, voluto dissolvere l'originaria ambiguità di questo principio privilegiando la efficienza sistemica sulla funzionalizzazione dei poteri privati a finalità socio-politiche”.

²⁴⁰ Per il funzionamento delle norme inespresse v. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 155 e ss.

²⁴¹ A questo proposito ci sembrano istruttive le riflessioni di A. GENTILI, *Abuso del diritto giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, cit., p. 16.

²⁴² Tale norma è ravvisata a es. da V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, cit. p. 171, in un implicito divieto di abuso del diritto: “se il comportamento abusivo determina, infatti, l'insorgenza di una responsabilità e viene denunciato dinanzi ai tribunali ciò è possibile (...) per fatto che esso si trova disciplinato da una esplicita norma giuridica o da un “principio generale” (come suol dirsi) che implicitamente stabilisce il divieto dell'abuso del diritto”.

²⁴³ C. SALVI, *Note critiche in tema di abuso del diritto e poteri del giudice*, cit., p. 33; A questo proposito v. M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit. p. 182-187 e ID., *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, cit. p. 484 e ss.. L'A. nota che “il paradigma dell'abuso ha riguardato due ambiti e due ordini di problemi del tutto diversi che, però, non sono mai stati adeguatamente distinti: quello dei rapporti tra poteri privati e Stato/comunità (=se e in che misura i poteri privati debbano conformarsi agli orientamenti dello Stato/comunità che li ha loro attribuiti o se e in che misura i poteri privati conferiti dallo Stato/comunità debbano conformarsi a extranormative e sopraordinate esigenze etiche) e quello dei conflitti tra poteri privati quali sono dati dallo Stato/comunità che però, si mostrano potenzialmente antinomici e richiedono composizioni sistematiche (=come sistematicamente stanno insieme e si compongono l'attribuzione ai privati di un potere ed il sacrificio di poteri degli altri che il suo esercizio può comportare).” Al primo problema corrisponde il tema della *funzionalizzazione dei poteri* privati; al secondo la *efficienza sistemica*. E prosegue sottolineando come “la funzionalizzazione corrisponde ad una logica politico-giuridica che imputa allo Stato-collettività la determinazione dei *fini sostantivi* della società (= il “bene” da raggiungere, il “giusto” da perseguire, la “distribuzione delle risorse” da realizzare, etc.) e che perciò concepisce i poteri conferiti ai privati come strumenti che in tali fini sostantivi trovano non solo la loro ragione ma anche la loro misura. In questo quadro il paradigma dell'abuso è, perciò, chiamato ad assicurare l'omogeneità tra l'esercizio di tali poteri ed i fini sostantivi determinati volta a volta dallo Stato/collettività ed a consentire, dunque,

pratica di decidere il caso facendo diretta applicazione del divieto di abuso inteso come sviamento dall'interesse tipico. L'ordinamento pare piuttosto modulare un regime generale di libertà dei fini, o di posizione di divieti di taluni fini con indifferenza per gli altri. Sembrerebbero quindi schiudersi due orizzonti alternativi: reputare esistente una regola generale di libertà posta dalla fattispecie attributiva del diritto, per cui per ogni norma che vieta un dato scopo ve ne sarebbe un'altra, generale, che esclude la qualifica di divieto e qualifica lo scopo come consentito²⁴⁴; oppure considerare tutti gli scopi difformi dallo schema tipico come scopi privi di qualificazione²⁴⁵.

Le pagine che seguono affrontano la questione relativa alla configurabilità di una norma implicita di divieto di perseguimento di scopi atipici muovendo dai luoghi normativi di emersione della categoria dell'interesse, e cioè in base alle disposizioni che concernono gli scopi delle condotte umane.

Proletticamente diremo che il diritto positivo pare informato a un principio di atipicità dell'interesse perseguibile, e sembra fissare nell'illiceità

che le scelte disomogenee possano essere impugnate dagli apparati pubblici deputati al controllo delle attività private o dagli stessi privati che a quel fine avrebbero interesse. In questo senso, perciò, il paradigma dell'abuso non è che uno strumento dell'*interventismo pubblico* (economico, etico, ecc.) e comunque della sovrapposizione di una logica eteronoma alle autonome determinazioni degli individui privati". La logica della modernità, secondo Barcellona, sarebbe piuttosto quella dell'efficienza sistemica, fondata sul presupposto della rinuncia dello Stato a determinare in modo vincolante i fini della società e sulla tendenziale libertà dei fini individuali, sull'assunto che in base al loro incondizionato perseguimento si pervenga all'utile finale dell'intera collettività. Prescindendo dall'opinione sui meriti dell'uno o altro sistema, l'A. reputa che, finché si rimanga su un piano puramente interpretativo, il problema che queste logiche propongono si risolva nel determinare, in linea di massima, a quale l'ordinamento positivo si sia conformato. Conclude che "si può dubitare che nell'occidente moderno una reale funzionalizzazione dei poteri privati sia mai trapassata in modo significativo dalle declamazioni alle prassi normative e giudiziarie, o più esattamente, che abbia abbandonato gli ambiti sottosistemici per costituirsi in generale regime dell'agire privato". Sul punto anche U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 64, 66; S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 2, p. 365-399.

²⁴⁴ Il meccanismo ricorda quello della norma generale esclusiva, per la cui critica v. per tutti R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 148: "l'inesistenza, in un dato ordinamento, di una norma proibitiva non implica in alcun modo l'esistenza, in quello stesso ordinamento, di una norma permissiva. In verità l'assenza di una norma qualsivoglia non implica l'esistenza di alcuna altra norma" (corsivo nel testo).

²⁴⁵ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 149, 151. Se poi si accolga la teoria dello «spazio giuridicamente vuoto», la non qualificazione della condotta si traduce, come per la teoria della norma generale esclusiva, in qualifica di permesso, perché l'interesse sarebbe giuridicamente irrilevante.

qualificata – intesa come contrarietà a norme imperative, ordine pubblico, buon costume – e nella meritevolezza i criteri (esclusivi) di qualificazione degli interessi atipici.

5. – Abuso del diritto e conflitto d’interessi. Rovesciamento della prospettiva teleologica.

V’è un tratto che unisce abuso del diritto e conflitto di interessi in materia societaria; l’uno e l’altro evocano l’idea di un limite all’esercizio delle prerogative private²⁴⁶, capace di discernere scopi permessi e scopi vietati sondando gli interessi in concreto perseguiti.

Così all’art. 2373 c.c. co. 1, si legge che “la deliberazione approvata con il voto determinante di soci che abbiano, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società è impugnabile a norma dell’articolo 2377 qualora possa recarle danno” (analogamente l’art. 2479 *ter* co. II, c.c. per le s.r.l.).

Nel conflitto di interessi del socio di spa c’è un interesse giuridicamente tutelato *e tipico* che costituisce il limite al perseguimento degli interessi extrasociali, o *atipici*, i quali sono perseguibili fin dove non siano incompatibili con l’interesse sociale e ciò non rechi danno alla società.

Gli studiosi del tema si sono a lungo interrogati sull’esistenza di un obbligo del socio di perseguire l’interesse sociale (*i.e.* l’interesse *tipico*, quello in vista del quale l’ordinamento avrebbe affidato il diritto di voto al socio)²⁴⁷.

²⁴⁶ Il conflitto d’interessi e l’abuso del diritto, così interpretati individuano entrambi un difetto funzionale dell’atto di esercizio della prerogativa accordata dalla legge: il voto esercitato in conflitto di interessi è un abuso del diritto di voto qualificato dall’ordinamento. In entrambi i casi una prerogativa attribuita dal diritto per perseguire un determinato scopo è impiegata al fine di perseguire uno scopo riprovato dall’ordinamento e quindi non consentito.

²⁴⁷ Imprescindibili i classici di F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni dell’assemblea delle anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, p. 179; T. ASCARELLI, *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1951, II, p. 1160; L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi*, cit., p. 434; più di recente F. D’ALESSANDRO, *Il conflitto di interessi nei rapporti tra socio e società*, in *Giur. comm.*, 2007, 1, pt. 1, p. 5 e ss. D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Tratt. soc. az.*, G. E. Colombo, G.B. Portale (diretto da), 3, Torino 1993, p. 22 e 181 e ss.

La questione si lega alla diversa configurazione della prerogativa del socio in termini di potestà o diritto soggettivo, secondo la posizione assunta entro la disputa tra teorici della istituzione e del contratto²⁴⁸. È noto che le due scuole di pensiero, oltre che dissentire sui contorni da attribuire all'interesse sociale, declinano diversamente la posizione del socio, ora come titolare di una potestà, ora di un diritto soggettivo al voto.

Con inevitabile sacrificio di sfumature, per le teorie istituzionaliste l'interesse sociale è altro dalla somma degli interessi individuali dei soci, lo trascende e si riferisce a un ente autonomo e diverso dai soci che lo compongono; di qui l'idea che il voto sia un *potere conformato al fine di perseguire l'interesse sociale*²⁴⁹; viceversa, le teorie contrattualiste condividono l'assunto che l'interesse sociale non sia altro dalla composizione degli interessi individuali dei soci secondo la regola maggioritaria²⁵⁰. Il diritto di voto è perciò un diritto soggettivo, che *autorizza il perseguimento di qualsiasi fine, anche extrasociale, con il limite dell'incompatibilità con l'interesse sociale* e del danno, anche potenziale, alla società²⁵¹.

²⁴⁸ La letteratura è sterminata, e in seno alle due grandi scuole di pensiero si registrano significative differenze. Per la loro analisi e compiuta bibliografia si veda P. G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1963; v. anche L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, cit., p. 441-443.

²⁴⁹ Per tutti F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni dell'assemblea delle anonime*, cit. p. 179-180. Il vincolo all'esercizio del voto porta l'A. a misurarne la compatibilità con la qualifica di diritto soggettivo (postulato, per definizione, libero nel suo esercizio). Carnelutti giunge così ad affermare, in *Teoria generale del diritto*, ed. 1951, Roma, rist. 1998 a cura dell'Università di Camerino, p. 163, che "tra l'ipotesi del comando attribuito al soggetto medesimo dell'interesse, che serve a tutelare, e l'altra del comando pronunciato da un estraneo, c'è quella intermedia della sua attribuzione né all'interessato né al non interessato, sibbene a uno tra gli interessati. Questo, che è, a rigore, un *tertium* tra il diritto soggettivo e la potestà, è lo schema (...) del "diritto soggettivo collettivo" (corsivi nel testo).

²⁵⁰ L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi*, cit., p. 443, l'interesse comune, a opinione dell'eminente studioso, non è "somma degli interessi individuali dei soci. Ma resta pur vero che sono proprio questi interessi concreti il punto di partenza per la determinazione dell'interesse sociale, che è perciò un concetto essenzialmente relativo, in quanto risulta da una valutazione oggettiva degli interessi particolari di cui sono portatori, in un dato momento, coloro che partecipano alla società".

²⁵¹ In linea di principio, il nostro ordinamento positivo non proibisce di perseguire, attraverso il voto, una politica d'interessi diversa o confliggente con quella degli altri. Il "dato di fatto insopprimibile" da cui muove L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi*, p. 444, è anzi che la partecipazione del socio alla società è determinata da motivi

Particolarmente utili al ragionamento che si va qui svolgendo sono le osservazioni di Luigi Mengoni, secondo cui non esiste un principio che proibisca all'azionista di perseguire, attraverso il voto, interessi estranei alla società, perché l'ordinamento non seleziona gli interessi in vista dei quali il socio debba esercitare la sua prerogativa²⁵². Il socio può lecitamente perseguire anche interessi extrasociali (o atipici), con l'unico limite dell'incompatibilità con l'interesse sociale²⁵³.

Di recente il principio è stato ribadito con riferimento a un contratto di vendita di partecipazioni sociali tra soci²⁵⁴. L'acquirente ne eccepiva l'annullabilità ex art. 1438 c.c., in virtù del quale "la minaccia di far valere un diritto può essere causa di annullamento solo quando è diretta a conseguire vantaggi ingiusti". La minaccia, assunta quale vizio della volontà degli acquirenti, consisteva nel diniego di approvazione del bilancio delle società di cui gli acquirenti erano già azionisti. Nel decidere se la dismissione della partecipazione sociale fosse un obiettivo esorbitante e iniquo rispetto al controllo della gestione sociale attraverso il voto in assemblea, la Corte ha ribadito che il voto del socio in assemblea è per sé funzionale al suo interesse individuale, e che la minaccia di far valere un diritto può costituire causa di annullabilità del contratto di vendita delle azioni solo ove volto a perseguire vantaggi ingiusti: ma tali non sono i vantaggi del venditore per il solo fatto di non essere funzionali all'interesse sociale²⁵⁵.

egoistici e che la realtà della società anonima "è essenzialmente intessuta nel suo sorgere e nel suo sviluppo, di contrasti di interessi tra i partecipanti".

²⁵² L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, cit., p. 458: "non solo non si può dire che il voto deve essere esercitato esclusivamente in vista di un interesse istituzionale della società, che non esiste; ma neppure si può dire che il voto deve essere esercitato esclusivamente in vista dell'interesse comune della società. L'interesse comune costituisce piuttosto la cornice entro cui il socio, mediante l'esercizio del voto, può perseguire i suoi interessi particolari nella società. La regola del conflitto di interessi segna soltanto un limite all'autonomia del socio: dentro questo limite il socio può proporsi qualunque fine".

²⁵³ Cui deve aggiungersi il danno, anche potenziale, alla società.

²⁵⁴ Cass. civ., 22 aprile 2013, n. 9680.

²⁵⁵ Nel caso di specie è stato quindi reputato che fosse ragionevole e legittimo far dipendere la scelta fra il votare a favore o contro il bilancio dalla prospettiva di dismissione delle azioni, che

Questa incursione nella materia societaria sembra suggerire che la legge non *preselezioni gli interessi in vista dei quali conferisce un diritto al privato (gli scopi ammessi), ma selezioni gli interessi che non sono perseguibili attraverso l'esercizio di quella prerogativa (in una parola, gli scopi vietati).*

S'impone quindi di individuare la norma giuridica che vieta il perseguimento del diverso interesse (o scopo atipico) perseguito dall'agente, perché pare facendosi più chiara l'idea che, anche individuato l'interesse tipico, non ogni interesse *diverso* qualifichi la condotta come vietata²⁵⁶.

La disposizione in materia di conflitto d'interessi suggerisce di rovesciare la prospettiva della teoria funzionale per individuare le condotte teleologicamente vietate: non quelle che perseguono scopi *diversi e ulteriori* rispetto a quelli *tipici*; ma solo quelle che perseguono scopi *vietati*²⁵⁷. Nella materia societaria, la norma di divieto è l'art. 2373 c.c., che individua tra gli scopi vietati, (oltre a quelli contrari all'ordine pubblico, al buon costume e a norme imperative) tutti quelli extrasociali incompatibili con l'interesse sociale e potenzialmente dannosi per la società. Legittime, dunque, le condotte

non è un elemento estraneo rispetto alle opzioni intrinseche all'esercizio del diritto di voto. L'intrinseco rapporto tra titolarità della partecipazione ed esercizio del controllo sulla gestione varrebbe quindi a escludere l'estraneità del vantaggio perseguito al diritto fatto valere e con ciò la sua ingiustizia.

²⁵⁶ Il discorso è diverso in altri ambiti in cui viene in rilievo il concetto di conflitto di interessi. Mi riferisco alla materia della rappresentanza e delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società di capitali (artt. 1394, 2475 *ter*, 2391 c.c.). Qui il potere è attribuito per la tutela dell'interesse esclusivamente *altrui*. Il rappresentante ha l'obbligo di perseguire l'interesse del rappresentato e l'interesse tipico (i. del rappresentato) opera non già come limite al perseguimento dell'interesse individuale, ma come *criterio conformativo* del potere di chi agisce; il giudizio sull'esercizio della potestà si risolve in un giudizio relativo alla corrispondenza tra potere esercitato e interesse per cui il potere fu conferito. Sul punto P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 248 e ss.. F. D'ALESSANDRO, *Il conflitto di interessi nei rapporti tra socio e società*, cit., p. 9. V. ROPPO, *Il contratto*², cit., p. 268. Sul punto vedi il recente saggio di G. Andreotti, *Lo svantaggio del rappresentato nella disciplina del conflitto di interessi*, in *N. giur. civ. comm.*, 2014, 6, spec. p. 291 e s. L'obbligo è talora considerato di fonte negoziale ora legale. In argomento v. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 398; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il Contratto*, Milano rist. 2012, p. 95 s.

²⁵⁷ Cass. civ., 17 luglio 2007, n. 15942; Cass. 17 luglio 2007, n. 15950, entrambe in *Riv. Not.*, 2009, 3, pt. 2, p. 657, con ampia rassegna degli orientamenti in punto di conflitto di interessi e abuso di maggioranza di E. TIMPANO, *L'interesse sociale tra contrattualismo ed istituzionalismo in relazione al conflitto di interessi assembleare ed all'abuso della regola della maggioranza*.

strutturalmente conformi alla norma attributiva (del diritto) a prescindere dall'interesse perseguito, con il solo limite del divieto posto dalla legge.

Mentre in materia societaria e nei casi in cui il potere è attribuito *anche* nell'interesse di altri²⁵⁸, il limite oltre il quale il perseguimento dell'interesse personale è consentito è l'interesse comune, *quid iuris* dove questa indicazione normativa non c'è?

6. – Conflitto di interessi e abuso di maggioranza.

Il discorso svolto sul conflitto d'interessi, che parrebbe rovesciare la prospettiva della funzionalizzazione delle prerogative private in vista di uno scopo predeterminato dal legislatore, sarebbe incompleto se non accompagnato dall'analisi dell'abuso di maggioranza.

Tale figura è andata sviluppandosi, a opera di dottrina e giurisprudenza, proprio in reazione al ristretto ambito applicativo dell'art. 2373 c.c., la cui fattispecie sarebbe ritagliata intorno alla contrapposizione tra interesse extrasociale individuale e interesse della società. Fuori dei casi in cui la deliberazione del socio sia rivolta al perseguimento di un interesse extrasociale capace di recare danno alla società esso non troverebbe applicazione, in particolare sarebbe inapplicabile al voto esercitato allo scopo di ledere gli interessi particolari dei soci di minoranza²⁵⁹.

²⁵⁸ A questo proposito rileva R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, cit., p. 369, che “i beni del gruppo formano oggetto di interesse di tutti i membri del gruppo. Quando una decisione collettiva è presa a maggioranza, avviene che chi fa parte di questa maggioranza dispone sia del proprio interesse sia di quello altrui. Atti di questo tipo debbono venire valutati con il metro che adottiamo quando parliamo di un mandatario. Il diritto del mandatario si sviluppa entro la misura della compatibilità con l'interesse del mandante. Il discorso non sarà diverso quando descriviamo il diritto decisionale della maggioranza del gruppo. Il socio o il membro di associazione che vota non deve fare tutto ciò che gli viene in mente, per la buona ragione che dispone di beni che sono suoi solo in parte”. Oltre alla materia societaria il discorso può essere esteso al voto dei creditori in adunanza per la approvazione del concordato fallimentare e preventivo. Anche lì, come nel caso del voto del socio di s.p.a., il limite al perseguimento dell'interesse individuale del creditore (alla migliore soddisfazione possibile del suo credito) è nell'interesse comune alla soddisfazione dei crediti in regime di parità tra tutti gli aventi diritto.

²⁵⁹ Cass. 12 dicembre 2005, n. 27387: “perché vi sia conflitto di interessi rilevante, ovverosia in grado di comportare l'annullabilità della delibera ai sensi dell'art. 2377 c.c. è necessario

La «neutralità dell'interesse sociale» nei casi, a es., di aumento di capitale a danno della minoranza o di scioglimento anticipato della società finalizzati all'estromissione del socio sgradito²⁶⁰, ha suggerito agli interpreti di risolvere il contrasto tra soci facendo applicazione di norme diverse da quelle ricavabili dall'art. 2373 c.c..

L'orientamento della giurisprudenza, inizialmente ricalcato sulla figura dell'eccesso di potere di matrice amministrativistica²⁶¹ – riflesso di una tendenziale adesione alle teorie istituzionaliste della società – è andato modificandosi nel senso di configurare l'abuso di maggioranza come applicazione del divieto di abuso del diritto di voto²⁶².

individuare due specifici interessi tra loro in contrasto: l'uno facente capo personalmente al socio e l'altro facente capo alla società»; Cass. 26 ottobre 1996, n. 11151, cit., p. 332: “detta disposizione [l'art. 2373 c.c.] riguarda il caso in cui il socio ha per conto proprio o di terzi, un «interesse in conflitto con quello della società», (Cass. 11 marzo 1993), nell'ipotesi considerata, invece, il conflitto si manifesta esclusivamente *tra i soci* senza pregiudicare la società” (corsivo nel testo); sul punto v. P.G. JAEGER, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giur. comm.*, 1996, 3, pt. II, p. 329, spec. p. 334; G. MINERVINI, *Sulla tutela dell'interesse sociale nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, p. 334, il quale reputa l'art. 2373 di stretta applicazione e che in punto di rilevanza del profilo funzionale rispetto alla validità delle deliberazioni “non vi è (...) il silenzio, sibbene una inequivoca, se pure implicita presa di posizione *restrittiva* della legge”. Cfr. la diversa opinione di L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi*, cit., p. 454 e s.; R. COSTI, F. CORSI, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, cit., consultabile su *Dejureonline*, p. 9/10; A ben vedere l'ostacolo maggiore alla applicazione dell'art. 2373 ai casi di deliberazione capace di arrecare vantaggio alla maggioranza a danno della minoranza sta, più che nella necessaria individuazione di un contrasto con l'interesse comune, nella difficoltà di individuare il danno potenziale alla società. Ma vedi la critica di L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi*, cit., p. 455 e s.

²⁶⁰ P.G. JAEGER, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, cit. p. 334; l'opinione della pretesa neutralità dell'interesse sociale in questi casi è autorevolmente contestata da L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi*, cit., p. 447, 454 e s.

²⁶¹ Cass. civ. 4 maggio 1994, n. 4323; Cass. civ. 29 maggio 1986, n. 3628;

²⁶² P.G. JAEGER, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, cit. p. 335. I casi più frequenti in cui è venuta in considerazione la figura sono quelli di aumento di capitale sociale a pagamento al solo fine di ridurre la misura di influenza del socio di minoranza nella compagine proprietaria; la delibera sistematica di non distribuzione dei dividendi per deprimere il valore di mercato delle azioni e costringere il socio di minoranza a svendere i titoli; quello di scioglimento anticipato della società per ricostituirla con medesimo oggetto ma senza un socio sgradito.

Particolarmente significativa la sent. 26 ottobre 1995, n. 11151²⁶³: il percorso logico della Cassazione muove dall'adesione alle teorie che ricostruiscono la società come un contratto con comunione di scopo, di cui le deliberazioni assembleari (e le singole dichiarazioni di voto a ciò necessarie) sono atti esecutivi²⁶⁴.

Trovano quindi sicura applicazione gli art. 1375 e 1175 c.c., fonti integrative del contratto che secondo alcune pronunce porrebbero in capo al socio un obbligo di collaborazione al perseguimento di un comune scopo sociale²⁶⁵, o secondo altre imporrebbero il rispetto di quegli equilibri di interessi che le parti avrebbero pattuito se avessero previsto tutti gli sviluppi dei loro

²⁶³ Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, 3, pt. II, p. 329. La sentenza, di particolare rilievo anche per l'esplicita adesione alle teorie contrattualiste della società, è stata l'occasione di una tavola rotonda ospitata dalla rivista, che raccoglie il commento "a più voci" di P.G. JAEGER, A. GAMBINO, C. ANGELICI, R. COSTI, F. CORSI, sotto il titolo *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*

²⁶⁴ Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, cit., p. 333.

²⁶⁵ Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, cit., p. 333; la conclusione è condivisa da P.G. JAEGER, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, cit. p. 336; Questa configurazione non è estranea ad altre esperienze giuridiche, che spiegano sicura influenza sul pensiero dei nostri Autori. Mi riferisco alla dottrina dei *Treupflichte* della tradizione giuridica tedesca. La regola di buona fede e correttezza, nell'ordinamento tedesco, è in primo luogo fonte di un obbligo di collaborazione ed esercizio corretto del voto e autorizzerebbe il giudice a sindacare l'esercizio scorretto del voto da parte del socio di maggioranza. Ma tale regola è anche fonte di obblighi positivi di voto (*Stimmpflicht*), che imporrebbero al socio di votare in un certo senso ove ciò sia richiesto nell'interesse della società: in argomento, soprattutto sul tema dell'obbligo positivo di voto delle minoranze di blocco G. B. PORTALE, "Minoranze di blocco" e abuso del voto nell'esperienza europea: dalla tutela risarcitoria al "gouvernement des judges?" in *Eur. e dir. priv.*, 1999, 3, p. 153; F. GUERRERA, *Abuso del voto e controllo di "correttezza" sul procedimento deliberativo assembleare*, in *Riv. soc.*, 2002, 1, p. 181, soprattutto alle nt. 403-407 e 484 per una ampia bibliografia sul tema. Può essere significativo, nel contesto del presente lavoro, sottolineare come in occasione di un recente dibattito sull'impiego abusivo dell'*Insolvenzplan* da parte del socio di maggioranza, al fine di depotenziare la misura di influenza nella società del socio di minoranza, la dottrina ha rilevato che i *Treupflichte* sono obblighi di stretta applicazione alla materia societaria, insuscettibili di applicazione ai soci raccolti in adunanza insieme con i creditori concorsuali in occasione della approvazione del concordato. Sul punto v. C. THOLE, *Treupflicht-Torpedo? Die gesellschaftsrechtliche Treupflicht im Insolvenzverfahren*, ZIP, 2013, p. 1937; M. BRINKMANN, *Der strategische Eigenantrag – Missbrauch oder kunstgerechte Handhabung des Insolvenzverfahrens?*, ZIP, 2014, p. 197. Le più recenti vicende della *Treupflicht* suggeriscono particolare cautela nell'elevare il principio a regola generale conformativa i rapporti contrattuali. Nega l'applicabilità della norma di correttezza e buona fede ai rapporti endosocietari L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi*, cit., p. 458: "non essendo il diritto di voto funzionalmente collegato a un obbligo del socio di collaborare al raggiungimento dello scopo della società, è preclusa con ciò ogni possibilità di richiamare il principio di buona fede come limite dell'esercizio del voto".

rapporti futuri e li avessero disciplinati con accordo ispirato al particolare modello di comportamento etico recepito dall'ordinamento societario²⁶⁶.

Di qui l'invalidità della delibera ove si dia prova che il diritto di voto è stato esercitato fraudolentemente allo scopo di ledere gli interessi degli altri soci ovvero risulti in concreto preordinato ad avvantaggiare ingiustificatamente i soci di maggioranza in danno di quelli di minoranza, in violazione del canone generale di buona fede nell'esecuzione del contratto.

Nonostante l'autorevolezza delle opinioni che reputano le delibere contrarie a buona fede invalide²⁶⁷, si affaccia il dubbio che la legge abbia inteso tutelare con il rimedio invalidatorio esclusivamente i casi di conflitto di interesse capaci di recare un danno alla società²⁶⁸, tutelando i soci, nella loro

²⁶⁶ Così testualmente Cass. 27387 del 2005; 9353 del 2003; Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151. Ma vedi le osservazioni di A. GAMBINO, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, cit., consultabile su Dejureonline, p. 7/10, il quale fa notare come ricollegare l'obbligo di buona fede al contratto sociale non spiegherebbe la sussistenza di un simile vincolo in capo ai soci di società costituite con atto unilaterale: "non è sostenibile che, allorché si passi dall'unico azionista alla pluralità di soci, questi siano collegati tra loro da rapporti contrattuali istituiti con l'inesistente originario contratto di società, e come tali assoggettati in via diretta alle norme generali sui contratti associativi e in particolare, all'art. 1375 c.c. in tema di esecuzione del contratto in buona fede". Nonostante egli reputi inapplicabile a questi casi la regola di cui all'art. 1375 c.c., giunge ai medesimi risultati considerando le delibere invalide perché non conformi alla legge ex art. 2377 in quanto contrastanti con il divieto generale di abuso del diritto di voto.

²⁶⁷ A. GAMBINO, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, cit., consultabile su Dejureonline, p. 7/10; ID., *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987, p. 282; R. RORDORF, *Minoranza di blocco ed abuso di potere nelle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Corr. giur.*, 2007, 10, p. 1450; G.B. PORTALE, "Minoranze di blocco" e abuso del voto nell'esperienza europea, cit., p. 153.; F. GUERRERA, *Abuso del voto e controllo di "correttezza" sul procedimento deliberativo assembleare*, cit., nt. 484 e testo corrispondente; in giurisprudenza Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, che nel cassare la sentenza impugnata ha dettato il seguente principio di diritto "la delibera assembleare, adottata a proprio esclusivo vantaggio dai soci di maggioranza di una società di capitali in danno di quelli di minoranza, è illegittima ed è impugnabile a norma dell'art. 2377 c.c."; Cass. 5 maggio 1995, n. 4923; Cass. 12 dicembre 2005, n. 27387. Si badi che seppure astrattamente configurabile in questi termini, nella pratica la giurisprudenza detti criteri applicativi molto restrittivi sicché in concreto l'applicazione del principio è piuttosto scarsa. Sul punto si tornerà, *infra*, in questo paragrafo.

²⁶⁸ Si notino le riflessioni di R. COSTI, F. CORSI, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, cit. p. 9/10, che a proposito dell'abuso di maggioranza si chiede: "giacché si parla di delibere assembleari non pregiudizievoli per la società (altrimenti si ricadrebbe nell'art. 2373) sembra lecito porre il dubbio se sia ammissibile che esse siano poste nel nulla. Oltretutto, non pregiudizievoli, o anche semplicemente indifferenti per la società, non significa non interessanti una volta che siano prese; e se il pregiudizio alla società proprio dall'annullamento di una delibera, prima non pregiudizievole e indifferente, ma ormai acquisita?".

veste di parti contrattuali, attraverso le regole della buona fede *in executivis*, alla cui violazione è collegato l'effetto dell'obbligo di risarcimento del danno²⁶⁹.

Tornano in questa sede le riflessioni più sopra svolte sull'operatività dell'obbligo di buona fede tra regole di validità e regole di responsabilità²⁷⁰. Non si avranno riserve a ricollegare alla violazione delle regole di correttezza l'invalidità del voto, ma perché questa ricostruzione conservi coerenza sistematica occorre alternativamente:

a) confutare la vigenza di una distinzione tra regole di struttura e regole di condotta, le une destinate a fornire i criteri per predicare la validità degli atti; le altre a costituire fattispecie cui la legge ricollega l'effetto dell'obbligo risarcitorio; oppure

b) pur convenendo sulla vigenza di una bipartizione tra le due specie di norme, s'intenda la buona fede come regola di struttura. Si è visto più sopra che non v'è alcun ostacolo logico a immaginare la fattispecie composta, oltre che dalla descrizione della condotta, dalla descrizione di una sua modalità (per intenderci: Se A+BF, in cui BF è una modalità della condotta ossequiosa dell'obbligo di buona fede). L'ostacolo è (e a oggi mi pare insuperato) di natura sistematica.

Come ipotizzare la portata invalidante della norme sulla buona fede mantenendole la qualificazione di regola di condotta?

²⁶⁹ La coerenza di questa impostazione pare confortata da F. D'ALESSANDRO, *Il conflitto di interessi nei rapporti tra socio e società*, in cit., p. 6: "non può non colpire per esempio il fatto che, alle prese con il problema di porre rimedio a fattispecie di deliberazioni abusive e vessatrici per la minoranza, ma sfuggenti alla disciplina del conflitto di interessi, l'interprete invochi i principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto per sostenere l'invalidità di quelle deliberazioni. Non avvedendosi così di far ricorso a strumenti appartenenti al campo dei rapporti obbligatori e idonei pertanto ad ampliare semmai la portata della responsabilità contrattuale, non anche a introdurre nuove ipotesi di invalidità (correttezza e buona fede sono invero regole di comportamento, non di validità)". Né il generale rimedio risarcitorio pare incompatibile, come a lungo sostenuto, con l'operatività dei rapporti endosocietari. Cfr sempre F. D'ALESSANDRO, *Il conflitto di interessi nei rapporti tra socio e società*, cit., p. 7, che parla al proposito di definitivo superamento del "totem della insindacabilità del voto sotto il profilo obbligatorio"; sul punto, anche per riferimenti bibliografici, H. SIMONETTI, *Abuso del diritto e regola di buona fede nelle società di capitali*, N. giur. civ. comm., 2000, pt. II, p. 495.

²⁷⁰ Cfr. *supra* cap. II, § 1 e cap. IV, § 4.1.

Recuperare l'effetto invalidatorio con l'abuso del diritto (concetto che riguarda la struttura dell'atto di esercizio) al quale però si attribuisce la portata precettiva della buona fede (è il dovere di correttezza a determinare il contrasto tra la condotta funzionalmente deviata e l'ordinamento) non pare soluzione praticabile. Solo a condizione di convenire su una di quelle due premesse l'atto esecutivo non rispondente a buona fede potrebbe essere qualificato come invalido e inficiare così la validità della delibera²⁷¹. Piuttosto, mi pare che le riflessioni in punto di conflitto d'interessi e abuso di maggioranza suggeriscano ancora una volta di tenere distinti il piano delle condizioni di validità degli atti giuridici con riguardo agli scopi perseguiti dal piano della responsabilità per violazione di una regola di condotta.

Occorre inoltre segnalare che la giurisprudenza in materia di abuso di maggioranza detta canoni applicativi molto restrittivi, sicché l'invalidità della delibera per violazione delle regole di buona fede e correttezza risulta limitata ai casi di intenzionalità specificamente dannosa del voto o di compressioni degli altrui diritti in assenza di interesse del votante²⁷².

Posto quindi che la teoria dell'abuso di maggioranza non sfugge alle consuete obiezioni mosse all'identificazione di abuso del diritto e violazione delle regole di correttezza, si conferma che l'indagine concerne le ragioni

²⁷¹ La dottrina non ignora che la maggiore difficoltà di collegare l'abuso di maggioranza alle regole di correttezza si apprezza proprio sul terreno della sanzione dell'abuso del diritto di voto. Sul punto v. H. SIMONETTI, *Abuso del diritto e regola di buona fede nelle società di capitali*, cit., p. 495. L'A. a questo proposito richiama l'insegnamento di A. di Majo, che potrebbe forse fornire una terza via di soluzione del problema di compatibilità tra regole di condotta ed effetto invalidatorio: l'A. configura l'invalidazione degli atti abusivi come risarcimento in forma specifica dell'obbligo risarcitorio determinato dalla violazione della buona fede nell'esecuzione del contratto. In una prospettiva rimediale di tutela dei diritti, l'impugnabilità della delibera assunta con il voto determinante esercitato abusivamente sarebbe il rimedio alla violazione di una regola di condotta, fonte di obbligo risarcitorio. Ciò che cambia sarebbe solo una gradazione dei rimedi risarcitori in forma specifica e per equivalente. V. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 365.

²⁷² Segnalano la scarsa applicazione del divieto di abuso di maggioranza, pure riconosciuto astrattamente operante H. SIMONETTI, *Abuso del diritto e regola di buona fede nelle società di capitali*, cit., p. 479; F. GUERRERA, *Abuso del voto e controllo "di correttezza" sul procedimento assembleare*, cit., § 16.

dell'esercizio del diritto di voto, e che l'area di studio più adeguata sia quella del motivo e della causa.

L'esclusivo intento di nuocere e la carenza assoluta di interesse (del socio che esprime il voto) potrebbero giustificare l'invalidità dell'atto di esercizio del diritto (in questo caso di voto) in base alle norme che tracciano i criteri di rilevanza dell'interesse nella liceità e nella meritevolezza (non insignificanza).

Torna, anche a questo proposito, illuminante l'insegnamento di Luigi Mengoni, il quale - analizzando il tema della delibera di aumento del capitale sociale comportante una diluizione della partecipazione del socio di minoranza - ragiona sulla validità/nullità del voto del socio di maggioranza prescindendo affatto dalla regola di buona fede, ma avendo esclusivo riguardo alla struttura dell'atto (negoziale). La nullità del voto, osserva Mengoni, deriva precisamente dal motivo illecito del voto, contrario alla norma imperativa desumibile dall'art. 2373 c.c., ai sensi del quale *“l'azionista può orientare l'esercizio del voto verso il conseguimento di interessi suoi particolari purché tali interessi non siano incompatibili con lo scopo comune che determina la società”*²⁷³. E poiché è interesse comune dei soci di conseguire il massimo profitto con l'impiego dei soli mezzi strettamente necessari al fine, ne discende che – in difetto di un'esigenza di riequilibrio economico finanziario della società – il voto della maggioranza si palesa come animato da un interesse confliggente con quello comune²⁷⁴. Non già, dunque, la violazione di una regola di condotta, ma la contrarietà dell'interesse della maggioranza a quello *sociale* rende nullo il voto e invalida la delibera. Il pregiudizio della minoranza, in sé, non rileva ai fini della validità dell'atto: là dove la delibera assembleare fosse coerente all'interesse comune (occorrendo, in concreto, ristabilire un equilibrio economico finanziario perduto) essa sarebbe pacificamente valida, anche se comportante

²⁷³ L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi*, cit., p. 460; Nello stesso senso, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 248 e s., 284.

²⁷⁴ L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi*, cit., p. 456 e s.

l'estromissione (o la diluizione) del socio di minoranza dalla compagine sociale²⁷⁵.

Insomma, il carattere abusivo dell'atto negoziale (il voto) si lega, esattamente, al perseguimento di uno scopo vietato dalla legge.

7. – Rilevanza giuridica dell'interesse: l'illiceità qualificata. Il motivo illecito e la causa illecita. Il contratto in frode alla legge (art. 1343, 1344, 1345 c.c.).

La dottrina del motivo illecito si offre come prezioso terreno di studio, soprattutto in ragione dell'evoluzione di questo concetto nell'ultimo torno d'anni: tradizionalmente inteso come rappresentazione psicologica posta a fondamento dell'azione umana rivolta alla soddisfazione di un bisogno, nella dottrina più recente è volto in *interesse rilevante per il diritto*²⁷⁶. A ben vedere, le norme sul motivo non riguardano il dato puramente psicologico dell'intento riprovevole delle parti, ma l'emersione di un interesse (in materia contrattuale condiviso), del quale sia possibile predicare l'illiceità per contrarietà a una norma imperativa, all'ordine pubblico, al buon costume.

Questa evoluzione, che potremmo dire di «oggettivazione del motivo», corre parallela alla «concretizzazione della causa»²⁷⁷, intesa non più

²⁷⁵ L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi*, cit., p. 456.

²⁷⁶ P. RESCIGNO, voce *Condizione nel negozio giuridico*, (*dir. vig.*), in *Enc. dir.*, VIII, 1961; ID., *L'abuso del diritto*, cit., p. 267, in cui l'A. ricostruisce l'indagine sui motivi come «ricerca degli interessi individuali per cui il contratto o l'atto viene compiuto»; V. ROPPO, *Il contratto*², cit., p. 356; C. SCOGNAMIGLIO, voce *Motivo (del negozio giuridico)*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, 1994, dove l'A. suggerisce che «la sostituzione del termine «interesse» a quello di «motivo» non è un semplice rinnovamento lessicale di una sostanza altrimenti immutata, bensì equivale ad una revisione radicale dell'impostazione in precedenza radicata» (§3); L. RICCA, voce *Motivi (dir. priv.)* in *Enc. dir.*, XXVII, 1977; Per le teorie del motivo come elemento psichico in netta contrapposizione alla causa, intesa come funzione economico-sociale del negozio, R. GUZZI, voce *Motivo del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, 1965, il quale però avverte la necessità di una revisione del concetto (p. 973); G. DEJANA, *I motivi nel diritto privato*, Torino 1939.

²⁷⁷ È noto che il concetto di causa sia fra i più dibattuti della dottrina civilistica. Sia qui sufficiente richiamare, per la teoria della causa come funzione economico-sociale del negozio il pensiero di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², cit. p. 171; ID. *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 386; per la teoria della causa come funzione economico-individuale, per tutti G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 246 e ss. Sull'evoluzione del concetto e sul suo «nuovo corso», non sempre

(semplicemente) come la funzione economico-sociale del negozio identificativa degli effetti tipici dell'atto normativamente disciplinato, ma come funzione economico-individuale, «sintesi degli interessi in concreto perseguiti dalle parti»²⁷⁸.

Causa concreta e motivo comune, intesi come interessi rilevanti per il diritto, sono concetti che appaiono destinati (quasi a) identificarsi²⁷⁹. Causa funzione scopo e motivo finiscono per risolversi nell'*interesse* che muove e determina l'agente alla condotta²⁸⁰. Di là dalla difficoltà di isolare il motivo dalla causa concreta – quando l'uno si fa oggettivo e l'altra da nozione astratta e tipica si fa concreta e peculiare²⁸¹ – la distinzione poco rileva ai fini della

condiviso, S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, cit., p. 365-383; V. ROPPO, *Il contratto*², cit., p. 341 e ss.; ID., *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, p. 957. Ulteriori riferimenti bibliografici sub. Art. 1343, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Giovanni Perlingeri (a cura di), Napoli, 2010, vol. 5.

²⁷⁸ Per la definizione della causa concreta come interesse che il contratto è concretamente destinato a realizzare C. M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 1984, p. 425. L'impiego di questa accezione di causa domina l'attuale panorama della giurisprudenza di legittimità: la definizione espressa della causa del contratto come "sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare" è per la prima volta in Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718 con nota di F. ROLFI, *La causa come «funzione economico-sociale»: tramonto di un idolum tribus?*; anche in *Contr.*, 2007, p. 621, con nota di F. RIMOLDI, *La causa come ragione in concreto del singolo contratto*, in *Riv. not.*, 2007, p. 186; critica nel senso di risolvere la causa contrattuale con i concreti interessi delle parti R. ROLLI, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in *Contr. e impr.*, 2007, p. 449 e s.; più di recente Cass., S. U., 11 novembre 2008, n. 26973; Cass. 24 aprile 2008, n. 10651; Cass. 7 ottobre 2008, n. 24769; in materia di concordato preventivo v. Cass. S. U. 23 gennaio 2013, n.1521, in *Fall.*, 2013, 2, p. 149, con nota di M. FABIANI, *La fattibilità del piano concordatario nella lettura delle Sezioni Unite*; G. VETTORI, *Fattibilità e causa concreta nel concordato preventivo*, in *Contr. e impr.*, 2013, 6, p. 1203.

²⁷⁹ Rileva la sovrapposizione, in materia contrattuale, di causa concreta e motivo comune C. M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 2, p. 254, nt. 11. Alcuni autori rilevano come proprio il progressivo assorbimento della nozione di motivi rilevanti nell'ambito della causa (in concreto) spiega la scarsa rilevanza applicativa delle norme sul motivo. Cfr. G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966, p. 381.

²⁸⁰ R. SACCO, voce *Motivo, fine, interesse*, cit., *passim*; L. RICCA, voce *Motivi (dir. priv.)*, cit., p. 282..

²⁸¹ Sull'intrinseca correlazione tra concetto di causa e di motivo, per cui il secondo assume consistenza dogmatica in contrapposizione al primo G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 377 e ss.; C. SCOGNAMIGLIO, voce *Motivo (del negozio giuridico)*, cit., § 3; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 357. I motivi, osserva l'Autore "sono una variabile dipendente della causa: l'area dei motivi si disegna in via residuale, per differenza dall'area della causa": sicché ove si acceda a una nozione di causa concreta, che estende l'area degli interessi rilevanti ben oltre il tipo disegnato dal legislatore, l'area in cui saranno confinati

nostra indagine, poiché ciò che s'intende qui porre in luce è che entrambi i concetti sono *luoghi di emersione normativa dell'interesse*.

Le disposizioni sul motivo e sulla causa del contratto recano il *primo criterio di rilevanza giuridica dell'interesse*. In entrambe le materie, la legge traccia il limite alla libertà dei fini nella liceità dell'interesse perseguito. Sicché di seguito si parlerà insieme di motivo e causa illeciti, perché il lettore dovrà intendervi “interessi illeciti”.

Le disposizioni concernenti il motivo illecito rispondono al disegno legislativo di impedire risultati contrari all'ordinamento e ai valori che esso esprime²⁸². L'art. 1345 c.c. recita che “il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune a entrambe le parti”; disposizioni analoghe agli art. 626 e 788 c.c., i quali stabiliscono che il motivo illecito del testatore e del donante è causa di nullità del testamento o della donazione quando risulta dall'atto e sia stato il solo a determinare la dichiarazione.

Alla stessa *ratio* paiono ispirate le norme sulla causa illecita e sul contratto in frode alla legge. Secondo l'art. 1343, la causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico, al buon costume. L'illiceità della causa è causa di nullità del contratto (art.1418 c.c.). La legge riprova il risultato contrario all'ordinamento, anche ove questo sia realizzato con mezzi in sé leciti: la causa si reputa altresì illecita quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa (art. 1344 c.c.)²⁸³; quando cioè “l'atto del singolo, pur facendo salve le apparenze e rispettando la

gli interessi irrilevanti si riduce, e viceversa. Causa e motivo hanno il medesimo oggetto (interesse concretamente perseguito), e il problema è eminentemente interpretativo del carattere rilevante (causale) o irrilevante (motivo) dell'interesse considerato. La distinzione, pure cruciale nella teoria del contratto ai fini dell'individuazione della linea di confine tra interessi che valgono a costituire il regolamento contrattuale e quelli che ne rimangono estranei, è fuori dell'itinerario di questo lavoro. V. *infra*, nel testo, che i concetti di causa e motivo sono qui richiamati come luoghi di rilevanza giuridica dell'interesse.

²⁸² L. RICCA, voce *Motivi (dir. priv.)*, cit., p. 283 e ss...

²⁸³ Sulla possibilità di estendere la nullità del contratto anche ai motivi comuni non direttamente contrari a una norma imperativa ma elusivi di essa F. SANGERMANO, *Motivi in fraudem legis e motivi contra legem*, in *Contr.*, 2010, 3, p. 239.

lettera della legge, riesca a violarne il precetto secondo il suo spirito. In questa ipotesi, caratterizzata appunto dalla necessità di risalire alla causa e al concreto interesse ad essa sottostante, l'atto viene propriamente qualificato siccome «in frode alla legge»²⁸⁴.

Queste disposizioni mi paiono esprimere una regola generale, capace di restringere il novero di condotte riferibili alla fattispecie attributiva del diritto, che potremmo dire *norma generale di liceità degli scopi*: ove il titolare di un diritto soggettivo tenga una condotta volta a perseguire interessi e risultati illeciti perché contrari a una norma di divieto, la condotta riceve una qualifica negativa e ad essa è ricollegato un effetto contrario all'intento pratico perseguito²⁸⁵.

È vero che le norme imperative, il buon costume e l'ordine pubblico sono in primo luogo limiti all'autonomia privata, segnano confini oltre i quali è disconosciuto il potere dei privati di darsi la regola dei reciproci rapporti patrimoniali. Sotto questo profilo, i parametri di liceità segnano il perimetro di validità della fonte autonoma: la clausola contrattuale illecita è nulla e perciò inidonea a porre la regola del rapporto tra le parti.

Ma accanto al problema della *validità* della fonte si pone quello della sua *estensione*²⁸⁶ e cioè la delimitazione della sfera di applicazione della fonte ai fatti storici. In questo senso, la norma generale di liceità dello scopo è criterio di delimitazione dell'estensione della fonte attributiva del diritto. Essa vale a selezionare i significati della fonte attributiva del diritto, escludendo che la fonte autonoma e quella legale possano avere il significato di legittimare condotte rivolte al perseguimento d'interessi illeciti. In questa accezione i parametri di liceità qualificano (avuto riguardo all'interesse perseguito) la

²⁸⁴ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², cit., p. 388.

²⁸⁵ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², cit., p. 114 e s.

²⁸⁶ M. ORLANDI, *Abuso del diritto e teoria della fonte*, cit., p. 120.

condotta come atto di esercizio del diritto. Si trascorre così dal problema logico della validità della fonte a quello della definizione del suo spazio di rilevanza²⁸⁷.

L'ipotesi ricostruttiva di una norma generale di liceità degli scopi deve misurarsi con la scarsa attenzione della dottrina alla vocazione generale delle norme sul motivo illecito, delle quali gli studiosi sono piuttosto inclini a notare l'eccezionalità²⁸⁸. L'interesse individuale che muove la parte a stipulare il contratto, si osserva, seppure illecito non rileva a meno che, oltre ad essere stato determinante del consenso, non sia condiviso dall'altra o, nella donazione e nel testamento, non risulti dall'atto²⁸⁹. La *ratio* dell'art. 1345 c.c. ribadisce la generale irrilevanza dell'interesse individuale del contraente; la disposizione traccerebbe il confine tra il piano interno degli interessi individuali (irrilevanti seppure illeciti) e quello esterno degli interessi illeciti condivisi con l'altra parte o resi rilevanti perché formalizzati nell'atto (è il caso della donazione e del testamento). Di qui la conclusione della generale irrilevanza del motivo illecito e l'esiguità dei tentativi di trarne una regola generale di liceità dello scopo individuale²⁹⁰.

Un'ulteriore riflessione sulla *ratio* dell'irrilevanza dei motivi potrebbe autorizzare una diversa soluzione. Il requisito della comunanza del motivo in materia contrattuale, come rilevato dalla più attenta dottrina, risponde a esigenze meramente pratiche legate alla disciplina del contratto²⁹¹.

²⁸⁷ La differenza concettuale è in M. ORLANDI, *Abuso del diritto e teoria della fonte*, cit., p. 132.

²⁸⁸ L. RICCA, voce *Motivi*, cit., § 5 e note corrispondenti per riferimenti bibliografici; R. GUZZI, voce *Motivo del negozio giuridico*, cit. p. 970; contro il “dogma della irrilevanza dei motivi” seppure muovendo non dalle norme sull'illiceità ma dell'errore sul motivo M. BESSONE, *Causa tipica e “motivi” del contratto, dogmi di teoria generale, orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, 3, p. 1098.

²⁸⁹ Si spiega così la tendenza della giurisprudenza a non reputare sufficiente, al fine di configurare la “comunanza” del motivo, la conoscenza che la parte aveva dell'illecito motivo individuale altrui, fino ad arrivare ad affermare che nel caso sia possibile individuare più motivi, dei quali uno solo non comune con quello illecito dell'altra, si è fuori dall'ambito applicativo dell'art. 1345 c.c. Cfr. L. RICCA, voce *Motivi*, cit., nt. 108-110 e testo corrispondente.

²⁹⁰ Ma lo spunto è in R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto. L'abuso del diritto*, cit., p. 351.

²⁹¹ L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi*, cit., p. 460; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 266.

Dall'art. 1345 sarebbe ricavabile la regola che l'atto di autonomia non può aspirare a tutela giuridica quando in concreto volto al perseguimento di finalità illecite, anche quando queste finalità, non apprezzabili dalla dichiarazione o dal documento contrattuale, si lascino isolare come interessi individuali del soggetto (motivi)²⁹². Tuttavia nella materia del contratto occorre limitare la rilevanza d'interessi individuali per superiori esigenze di certezza del traffico giuridico, irrimediabilmente compromessa se il contraente dovesse assumere il rischio di stipulare un contratto nullo per illiceità dell'interesse individuale dell'altro, che ben può sfuggire alla sua percezione.

Allo stesso modo è di ordine pratico la limitazione della rilevanza del motivo illecito nel testamento (art. 626 c.c.), che la legge lega al formale requisito della risultanza dall'atto, escludendo parametri extra-testuali di apprezzamento dell'interesse-motivo. Il che si spiega con l'irripetibilità della dichiarazione di volontà e la necessità di garantire quanto possibile la conservazione degli effetti del testamento.

Paiono venir meno gli ostacoli all'applicazione dell'art. 1345 agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale (art. 1324 c.c.). L'art. 1345 c.c. non sembra segnare un'eccezione alla regola della generale irrilevanza del motivo illecito. Al contrario, deroga alla generale rilevanza del motivo illecito in ragione di esigenze peculiari della materia del contratto (analogamente gli art. 676 e 788 c.c.), che suggeriscono di preferire l'affidamento e la certezza del traffico giuridico alla reazione contro l'illiceità del motivo²⁹³.

Di qui l'applicabilità in via diretta dell'art. 1345 c.c. agli atti unilaterali negoziali²⁹⁴, rispetto ai quali semplicemente non rileva il requisito della

²⁹² Pressoché testualmente L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi*, cit., p. 461.

²⁹³ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 266

²⁹⁴ Sul meccanismo di operatività dell'art. 1324 c.c. si veda N. IRTI, *Per una lettura dell'art. 1324 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 4, p. 559; G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale*², Napoli, 1997.

comunanza ed è sufficiente che l'interesse illecito ispiri la singola dichiarazione di volontà²⁹⁵.

Se si conviene sulla vigenza di una regola generale di liceità dello scopo, l'interesse illecito impedisce la qualificazione della condotta come atto di esercizio del diritto – o, se si preferisce dequalifica l'atto privandolo di efficacia²⁹⁶ – in ragione della valutazione di difformità dell'interesse concretamente perseguito dalla norma che fa divieto di perseguire interessi illeciti.

Nel disciplinare il contratto la legge disconosce alle parti il potere di darsi una regola contraria all'ordine pubblico, al buon costume, a una norma imperativa – la illiceità degli interessi perseguiti è causa di invalidità della fonte autonoma, e la clausola contrattuale nulla è inidonea a farsi regola del rapporto.

Si prenda l'esempio della vendita con patto di riscatto a scopo di garanzia (art. 1500 c.c.). È diffusa l'opinione della nullità del contratto per frode alla legge, poiché elusivo della norma imperativa che vieta il patto commissorio (art. 2744 c.c.)²⁹⁷. La nullità del contratto è inidoneità della clausola con cui le parti convengono il diritto di riscatto del bene ad attribuire la qualifica di atto di esercizio del diritto in capo a chi dichiara di riscattare il bene.

In questo caso l'inidoneità della condotta a integrare la fattispecie dipende dalla nullità della fonte. Ma potrebbe darsi che il diritto soggettivo sia

²⁹⁵ Così, con riferimento al diritto di voto del socio in assemblea L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi*, cit., p. 461, rileva come “sarebbe ben strano che, nel campo dell'attività negoziale, questi negozi rappresentassero una specie di zona franca, in cui l'autonomia privata sarebbe esente dal controllo sulla liceità dei motivi; l'opinione è condivisa da P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 249, 256, 266.

²⁹⁶ Ragiona nel senso di elementi dequalificanti di una condotta che altrimenti avrebbe i connotati dell'atto di esercizio del diritto R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto. L'abuso del diritto*, cit., p. 335 e ss.

²⁹⁷ Cass. 12 gennaio 2009 n. 437; Cass. 8 febbraio 2007, n. 2725; Cass. S. U. 03 aprile 1989, n. 1611; Cass. 27 febbraio 1991, n. 212, in *Giust. civ.*, 1992, 12, p. 3168, con nota di A. M. AZZARO, *Vendita con patto di riscatto e divieto di patto commissorio. Brevi riflessioni sulle più recenti tendenze giurisprudenziali*.

di fonte legale (si pensi al diritto di recesso dai contratti a tempo indeterminato) o che la clausola contrattuale si limiti a conferire a una delle parti il diritto di recedere *ad nutum* con un congruo preavviso. In questi casi non può dirsi che la fonte attributiva del diritto sia illecita (il che non è neppure concepibile per la fonte legale).

Siamo al «silenzio della fonte», che non reca limiti all'esercizio del diritto²⁹⁸. Il parametro della illiceità subentra qui come criterio di delimitazione della estensione della fonte. Essa deve cioè interpretarsi nel senso di escludere dal novero delle condotte a essa riferibili quelle che perseguono un interesse illecito. In altre parole, nell'esempio del recesso *ad nutum* avranno l'effetto di sciogliere il vincolo contrattuale tutte le dichiarazioni di recesso che non siano rivolte al perseguimento di un interesse vietato dalla legge²⁹⁹. La dichiarazione volta a perseguire un interesse vietato è atto di «pseudo-esercizio» del diritto, «qualità del fatto o della condotta, che si risolve in un modo dell'irrelevanza giuridica»³⁰⁰.

Nessuna condotta può qualificarsi come atto di esercizio del diritto se rivolta al perseguimento d'interessi illeciti, e questo anche se la interpretazione letterale della disposizione attributiva del diritto non restituisca limiti alla libertà dei fini del titolare. L'illiceità si offre a primo metro generale di

²⁹⁸ M. ORLANDI, *Abuso del diritto e fonte autonoma*, cit., p. 132 e spec. nt. 39.

²⁹⁹ Si è più sopra illustrato che la legge sembra sottrarre alla disponibilità delle parti la disciplina sulla illiceità degli scopi. Così le norme sulla condizione illecita e quella meramente potestativa sembrano suggerire che le parti possano rendere rilevanti interessi altrimenti irrilevanti nei limiti della liceità. Si affaccia il dubbio che le parti possano validamente *privare di rilevanza* gli interessi illeciti, o subordinare il vincolo al mero arbitrio del titolare del diritto di recesso. Una clausola di recesso che attribuisca al titolare il diritto di recedere *ad nutum* “anche nel caso in cui lo scopo per cui si recede sia vietato dalla legge” sarebbe verosimilmente nulla per illiceità. Il medesimo risultato non può essere ammesso tramite il silenzio della fonte, perché le parti si limitano a non indicare limiti all'esercizio del recesso. Ma in questo caso non si tratta di invalidità della fonte, bensì di delimitazione della sfera di applicazione della fattispecie.

³⁰⁰ M. ORLANDI, *Abuso del diritto e teoria della fonte*, cit., p. 133.

sindacabilità degli interessi perseguiti con l'atto unilaterale di esercizio del diritto soggettivo³⁰¹.

Si discorre qui d'illiceità «qualificata» intendendo con ciò la contrarietà dell'interesse a canoni imperativi: a una norma imperativa, all'ordine pubblico e al buon costume. In primo luogo si avrà riguardo a norme che proibiscano puntualmente il perseguimento di uno scopo in nome di interessi sovra-individuali prevalenti³⁰². È il caso della norma fiscale antielusiva, che vieta lo scopo esclusivo di perseguire il vantaggio fiscale; lo è per alcuni l'art. 2373 c.c., che fa divieto di perseguire interessi extrasociali incompatibili con l'interesse sociale, l'art. 2120 c.c. che pone l'obbligo di liquidare una somma allo scioglimento del rapporto di lavoro, etc. Accanto alla specifica norma di divieto, l'interesse può essere qualificato come illecito e perciò vietato in forza delle clausole generali di buon costume e ordine pubblico. La prima, espressione della coscienza sociale collettiva e dell'opinione condivisa di una società storicamente determinata³⁰³; la seconda, riassuntiva dei principi fondanti l'ordinamento giuridico³⁰⁴.

Avendo così risolto il momento interpretativo della fattispecie attributiva del diritto si procederà alla individuazione degli interessi concretamente perseguiti dal titolare del diritto; ove l'atto di esercizio consista in un atto giuridico (es. dichiarazione di recesso; dichiarazione di esercizio del diritto di opzione; dichiarazione di disdetta dal contratto di locazione,

³⁰¹ L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi*, cit., p. 461: “depurata di quelle caratteristiche peculiari che la caratterizzano in ambito contrattuale (la comunanza) potrebbe fondare una dottrina generale del motivo illecito dell'atto di esercizio del diritto”. La conclusione è già accennata in R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto. L'abuso del diritto*, cit., p. 351. Nel senso della generale sindacabilità dei motivi dell'atto unilaterale P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, 11 ed. Napoli, 1994, 267-268;

³⁰² È noto come la maggiore difficoltà dell'interprete è stabilire il carattere imperativo della norma, la cui inderogabilità è condizione necessaria ma non sufficiente. In argomento V. ROPPO, *Il contratto*², cit., p. 382 e ss.; G. B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 141 e ss.; M. NUZZO, voce *Negoziio giuridico*, IV, *Negoziio illecito*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, p. 6.

³⁰³ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², cit. p. 382; A. TRABUCCHI, voce *Buon costume*, in *Enc. dir.*, V, 1959.

³⁰⁴ G. B. FERRI, voce *Ordine pubblico*, (*dir. priv.*), in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, XXX, 1980.

dichiarazione di voto, etc.) tale operazione è a sua volta una operazione ermeneutica, nel corso della quale, nel novero degli elementi di fatto da considerare, rientrerà anche l'interesse concretamente perseguito dall'agente. Una volta interpretato alla stregua dei consueti criteri ermeneutici³⁰⁵, l'atto dovrà confrontarsi con la norma che fa divieto di perseguire interessi illeciti (norma imperativa, di ordine pubblico o buon costume che fa divieto di perseguire l'interesse concreto).

8. – L'interesse come elemento costitutivo del diritto soggettivo (art. 1174 c.c. e art. 1322 c.c. art. 1379 c.c.). Il criterio della meritevolezza.

Oltre al criterio di rilevanza fondato sulla difformità dell'interesse perseguito rispetto al novero degli interessi permessi (criterio dell'illiceità), alcuni autori hanno suggerito di allargare i criteri di rilevanza all'esistenza e alla meritevolezza di tutela dell'interesse dell'agente³⁰⁶. Il primo luogo normativo in cui emergerebbe un "rapporto dialettico *diritto-interesse* o meglio tra valutazioni tipico-astratte e valutazioni, in termini di interesse *concreto*"³⁰⁷ sarebbe l'art. 1174 c.c., il quale recita che "la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore". Dalla disposizione sarebbero ricavabili due norme, l'una riguardante la natura e la presenza dell'interesse, l'altra concernente la patrimonialità della prestazione³⁰⁸.

A opinione di alcuni studiosi, tale norma sarebbe chiara nello stabilire una *rilevanza giuridica dell'interesse in sé*, sì che un'obbligazione inidonea a

³⁰⁵ Sul tema dell'interpretazione degli atti unilaterali cfr. da ultimo l'opera monografica di R. TUCCILLO, *Profili interpretativi degli atti unilaterali*, Roma, 2011.

³⁰⁶ U. RUFFOLO, *Atti emulativi, abuso del diritto e «interesse» nel diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, p. 37 e ss.

³⁰⁷ A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 262.

³⁰⁸ Sul tema *funditus* M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione (diritto privato)* in *Noviss. dig. it.*, p. 584 e ss. G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 197 e nt. 6 per ampi riferimenti bibliografici; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 250-283.

soddisfare alcun interesse del creditore non potrebbe avere ingresso nell'ordinamento, né potrebbe rimanervi una volta che l'interesse in concreto venga meno³⁰⁹.

Non è mancato chi ha reputato di individuare nella «regola dell'interesse» un limite generale all'esercizio del diritto³¹⁰. Tale regola, esplicitamente prevista per alcuni aspetti della regolazione giuridica, esprimerebbe in realtà un elemento costitutivo del diritto (o un suo elemento-presupposto), come tale condizione di legittimazione al suo esercizio³¹¹. Accanto alla regola dell'interesse come elemento essenziale del credito (art. 1174 c.c.) l'A. richiama le disposizioni che qualificano il fine della «realizzazione d'interessi meritevoli di tutela» (art. 1322, co. 2, c.c.)³¹² e l'art. 100 c.p.c. sull'interesse ad agire: *forme particolari di un limite*, «innegabile componente necessaria del diritto soggettivo»³¹³.

La carenza di un interesse del creditore alla prestazione sarebbe causa invalidante della fonte attributiva del diritto e causa di estinzione della

³⁰⁹ M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione (diritto privato)*, cit., p. ...; *contra* G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, cit., p. 221.

³¹⁰ U. RUFFOLO, *Atti emulativi, abuso del diritto e «interesse» nel diritto*, cit. p. 41; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 263, 279.

³¹¹ U. RUFFOLO, *Atti emulativi, abuso del diritto e «interesse» nel diritto*, cit. p. 41.

³¹² L'ipotesi di interessi senza merito è altra dalla ipotesi di interesse individuale che urta contro interessi collettivi protetti dal diritto (i.e. illiceità per contrarietà a ordine pubblico e buon costume) ma in quello della «connaturale insignificanza» dell'interesse. Così R. SACCO, *Motivo, fine, interesse*, cit., § 3; ID. *Interesse meritevole di tutela*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, consultabile in *Digesto Online*, *Pluris*.

³¹³ U. RUFFOLO, *Atti emulativi, abuso del diritto e «interesse» nel diritto*, cit. p. 42. Diversamente G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, cit. 222, il quale reputa che la portata normativa dell'art. 1322 c.c. riposi su un piano concettuale molto diverso dall'art. 1174 c.c.. A questo proposito l'A. avverte che “trattandosi di un apprezzamento sostitutivo di quello preventivamente compiuto dalla legge per i contratti tipici, la valutazione avrà riguardo alle prestazioni in sé considerate e al loro reciproco combinarsi, restando così al di qua dell'indagine sul rapporto di utilità fra le medesime e i rispettivi creditori”. Mentre l'art. 1174 atterrebbe alla relazione d'inerenza della prestazione a un interesse del creditore, l'art. 1322 concernerebbe la valutazione della meritevolezza della combinazione delle prestazioni in sé considerate. A fondamento di questa distinzione l'A. nota che nulla autorizzerebbe a reputare che per i contratti atipici dovrebbe sussistere un criterio di validità più rigoroso rispetto a quello previsto nei contratti tipici, dove l'esistenza dell'interesse non è condizione di validità del vincolo.

obbligazione se sopravvenuta nel corso del rapporto³¹⁴. Specularmente, ci si chiede se sia qualificabile come atto di esercizio del diritto quello cui non corrisponda alcun interesse del titolare.

Sul punto si apre il tema – invero particolarmente controverso – se dell’interesse debba accertarsi la sola esistenza originaria o la persistenza al momento dell’atto di esercizio: si afferma, per un verso, che l’esistenza dell’interesse debba essere confinato al momento pregiudiziale di ponderazione degli interessi fissato nella clausola contrattuale attributiva del diritto³¹⁵, per altro si sostiene che l’interesse debba persistere e si atteggi a criterio di giudizio per accertare l’effettiva titolarità della posizione giuridica soggettiva³¹⁶. La questione è controversa ed è oggi al centro del dibattito sulla risolubilità del contratto per causa concreta irrealizzabile³¹⁷.

Seppure il criterio della meritevolezza dell’interesse riproponga i problemi della definizione del suo concreto contenuto³¹⁸, ove si ricerchino i

³¹⁴ *Contra* G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, cit. p. 218. L’A. reputa che la futilità dell’interesse del creditore non sia un elemento apprezzabile nella decisione circa la validità del vincolo, e reputa rilevante il diverso caso in cui l’unico intento del creditore sia quello di arrecare danno al debitore. Solo alla futilità dell’interesse si accompagni l’intenzione di nuocere potrebbe non fondare una causa di invalidità della fonte attributiva del diritto, bensì legittimare una *exceptio doli*.

³¹⁵ Posizione sostenuta da G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, cit. p. 209 e ss.

³¹⁶ U. RUFFOLO, *Atti emulativi, abuso del diritto e «interesse» nel diritto*, cit. p. 43; V. GIORGIANNI, *L’obbligazione*, cit., p. 587.

³¹⁷ Sul tema S. PAGLIANTINI, *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, in *Riv. not.*, 2010, 5, p. 1211. Anche dove il *facere* convenuto resti astrattamente eseguibile, la perdita di interesse alla prestazione da parte del creditore frustra lo scopo che il contratto è funzionalmente preposto a soddisfare, determinando l’irrealizzabilità della sua causa concreta. La risolubilità per causa concreta irrealizzabile è stata recentemente affermata in materia contrattuale da Cass. civ. 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Corr. Giur.*, 2008, 1, p. 921. Dove l’interesse creditorio venga a mancare, per i giudici di legittimità il rapporto obbligatorio “si estingue in ragione del sopravvenuto difetto del suo elemento funzionale (art. 1174 cod. civ.)” sicché ove “tale rapporto obbligatorio trovi fonte in un contratto, il venir meno del predetto interesse si risolve in una sopravvenuta irrealizzabilità della causa concreta del contratto stesso, assumendo conseguentemente rilievo quale autonoma causa della relativa estinzione. Se non si fatica a immaginare una vicenda del rapporto obbligatorio fondata sul venir meno dell’interesse di una delle parti alla prestazione, suscita più di una perplessità tradurre questo sul piano della validità, predicando la nullità del contratto per mancanza di causa, in ragione della concreta irrealizzabilità della causa.

³¹⁸ Si ripropone qui il contrasto tra chi reputa che la meritevolezza di tutela degli interessi atipici coincida con i limiti dell’ordine pubblico, del buon costume e della non contrarietà a

criteri di rilevanza dell'interesse atipico non parrebbe possibile ignorare che accanto al parametro di liceità la legge pone quello relativo alla obiettiva significanza dell'interesse atipico. Sicché – senza poter qui approfondire il tema del contenuto del giudizio di meritevolezza – potremmo ipotizzare che tale criterio rilevi valendo a privare di effetti l'atto di esercizio del diritto rivolto a perseguire un interesse non illecito, ma del tutto capriccioso e arbitrario, che non si lascia apprezzare dall'esterno secondo alcun canone di razionalità economico-sociale.

9. – Norma generale di liceità degli scopi individuali.

L'analisi dei luoghi di emersione normativa dell'interesse paiono restituirci l'immagine di un sistema che non conforma il diritto soggettivo al perseguimento di uno scopo tipico, ma detta una disciplina giuridica dell'interesse, alla cui stregua raffrontare ogni condotta di esercizio del diritto. Tutti i comportamenti paiono qualificabili alla luce delle norme sugli scopi giuridici, il cui statuto normativo è segnato dalla illiceità qualificata (contrarietà a norme imperative, buon costume, ordine pubblico) e – seppure in senso restrittivo – dalla meritevolezza.

Dalla disciplina del contratto e delle obbligazioni si lascia ricavare una regola ad applicazione generale, il cui contenuto di divieto concerne il perseguimento d'interessi illeciti. Di qui il duplice corollario:

a). la fonte meramente potestativa del diritto è invalida.

norme imperative, non valendo a identificare un livello di soglia di meritevolezza diverso dalla liceità e chi invece reputa che il giudice di fronte a un contratto atipico debba apprezzare se il regolamento di interessi dei privati oltre a corrispondere a un'esigenza pratica legittima siano interessi sociali durevoli, giacché esaurire la meritevolezza nella liceità significherebbe privare di senso la disposizione di cui all'art. 1322 co. 2. Sul punto v., per il primo indirizzo, G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 403; ID., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, I, p. 89; per il secondo indirizzo E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 190 e ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 173; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata e utilità sociale*, Milano 1972, p. 81, 98.

b). alla «fonte muta», che non rechi espressa menzione di limiti all'esercizio del diritto, va assegnato il significato di legittimare tutte le condotte che, strutturalmente conformi alla fattispecie, non siano volte a perseguire uno scopo contrario a una norma imperativa, all'ordine pubblico e al buon costume.

Il perimetro dell'estensione applicativa della fonte si apre alla indagine teleologica, sicché diremo che lo scopo della condotta è sempre rilevante, ma nei soli limiti dell'illiceità qualificata. La liceità dello scopo è regola *generale ed esclusiva* di selezione dello scopo; lo scopo è capace di privare di effetti una condotta altrimenti efficace esclusivamente se vietato dalla legge e non se riprovato, scorretto, ingiusto, etc.

Provo a riassumere i risultati della ricerca dei criteri di rilevanza dello scopo quale elemento strutturale della fattispecie attributiva del diritto soggettivo.

Le disposizioni sul motivo illecito (art. 1345, 626, 788), sulla causa illecita (art. 1343), sul contratto in frode alla legge (art. 1344), sulla condizione illecita e sulla condizione meramente potestativa (art. 1354 e 1355), sull'interesse alla prestazione (art. 1174) e sulla meritevolezza degli interessi quale soglia di rilevanza dei contratti atipici (art. 1322) autorizzano l'interprete a individuare una norma generale del seguente tenore: gli scopi illeciti sono vietati; gli interessi illeciti non sono tutelati dal diritto.

Volendoci giovare dell'utile strumento logico del giudizio ipotetico, possiamo così riassumere i risultati della ricerca. La premessa maggiore del sillogismo applicativo sarà:

- 1) Se $A + S^i$, allora non B (scopo illecito come elemento dequalificante del fatto o fatto impeditivo)

- 2) Se $A + S^{n-i}$, allora B

Dove:

A è la fattispecie attributiva del diritto;

Sⁱ = scopi illeciti, gli interessi contrari a una norma imperativa di legge, al buon costume o all'ordine pubblico;

Sⁿ⁻ⁱ = tutti gli scopi diversi da quelli illeciti.

Ove la condotta persegua un interesse illecito, l'atto è uno «pseudo-esercizio del diritto»³¹⁹; la condotta è un mero comportamento, il danno eventualmente arrecato alla controparte – non giustificato dall'esercizio di un diritto – è *non iure* e (in concorrenza degli altri elementi dell'illecito) risarcibile ex art. 2043³²⁰. Se invece l'atto è ricompreso nell'ambito di estensione della fattispecie, esso vale come atto di esercizio del diritto, produce i suoi effetti e costituisce fatto impeditivo dell'antigiuridicità del comportamento e della risarcibilità del danno arrecato.

Specularmente, tutti gli interessi che non ricevono la qualifica d'illiceità saranno *permessi*³²¹ o – secondo si accolga o neghi l'idea di un ordinamento come sistema chiuso di qualifiche – *privi di qualificazione*.

La qualifica di « permesso » rileva comunque con solo riguardo alla norma attributiva del diritto; il perseguimento di uno scopo atipico ma non illecito è incapace di determinare l'inefficacia/irrilevanza della condotta, ma ciò non esclude che esso sia qualificato da *altra* norma, la quale colleghi al fatto un diverso effetto giuridico. Si schiude qui l'orizzonte della doppia rilevanza,

³¹⁹ M. ORLANDI, *Abuso del diritto e teoria della fonte*, cit. p. 131; è quello che l'A. indica sotto il nome di “abuso interno”, il quale “esprime un presupposto di efficacia e cioè propriamente un elemento della fattispecie”, che si è voluto qui individuare nella non contrarietà a norma imperativa, al buon costume e all'ordine pubblico dello scopo concretamente perseguito dal soggetto agente.

³²⁰ C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 115, definisce l'abuso del diritto come “«l'al di là» dell'esercizio del diritto, ovvero il disinnescamento di quest'ultimo come causa di giustificazione”.

³²¹ Sembra aderire a questa idea U. RUFFOLO, *Atti emulativi, abuso del diritto e «interesse» nel diritto*, cit., p. 38, quando afferma, almeno in tema di diritto di proprietà che l'art. 833 è norma eccezionale rispetto a una regola di libertà in cui l'A. afferma che “constatato che l'abuso nei diritti reali riceve *ex lege* una disciplina specifica, non potrà non dedursi che, all'infuori di tale disciplina, tutto ciò che non è vietato è permesso”.

manifestazione fenomenica della rilevanza giuridica, compatibile con la qualificazione di un medesimo fatto alla luce di più norme³²².

Così, a es., l'atto di esercizio del diritto può consistere in una condotta scorretta o sleale. Ove non sia dato di isolare uno scopo vietato l'atto varrà come esercizio del diritto, ma potrà essere contrario alla norma che qualifica come doveroso il comportamento secondo buona fede, generando l'obbligo di risarcire il danno. All'identità del fatto storico corrisponde pluralità (qui dualità) di fatto giuridico, perché diverso è l'elemento del fatto isolato nella fattispecie: da un lato, l'interesse perseguito (Se A+Sn-i); dall'altro, la correttezza della condotta (Se A+Bf). L'illecito *iure* è pensabile solo alla luce di una fattispecie che abbia elementi costitutivi diversi dall'interesse perseguito, il cui statuto di rilevanza si esaurisce nella liceità qualificata e nella non insignificanza dell'interesse.

³²² È l'idea di M. ORLANDI, *Abuso del diritto e teoria della fonte*, cit., p. 130 e ss. Il pensiero dell'A. pare raccogliere il suggestivo interrogativo lasciato da N. IRTI nel suo *Concetto giuridico di comportamento e invalidità dell'atto*: "Invalidità e illiceità non coincidono: l'atto invalido può entrare nella fattispecie normativa di illiceità; e questa, a sua volta, può contenere un atto invalido. Sta a sé, ancora più aspro e duro, il problema se l'atto, né nullo né annullabile, sia idoneo a integrare la fattispecie di illiceità. L'argomento è fuori dal nostro discorso, ma forse l'ascoltatore può trarne da solo la risposta."

CONCLUSIONI

Le teorie teleologiche consegnano l'immagine – accolta dalla giurisprudenza – dell'abuso del diritto come deviazione finalistica della condotta rispetto allo scopo tipico della prerogativa. Essa traccia una distinzione tra interessi *tipici* e interessi *atipici*, cioè *ulteriori e diversi* rispetto a quello indicato dal legislatore, unico «razionale attributivo» del diritto.

Una volta individuato lo scopo tipico secondo la *ratio* della disposizione attributiva, il novero di condotte agguagliabili alla fonte del diritto è ridotto secondo un *criterio endogeno*, che esclude dalla qualificazione alla stregua di atto di esercizio del diritto tutte le condotte che perseguano scopi ulteriori e diversi da quello tipico.

Il dubbio sulla configurabilità di una *norma implicita di divieto degli scopi atipici* – postulata dalle teorie finalistiche ma invero bisognosa di dimostrazione – ha suggerito di considerare gli interessi atipici *in sé neutri* e a ricercare nei luoghi normativi di emersione dell'interesse i criterî per stabilirne la rilevanza giuridica e la conseguente qualificazione deontica della condotta (permessa/vietata).

L'analisi delle norme sul motivo (art. 1345, 676 e 788 c.c.), sulla causa (art. 1343 c.c.), sulla frode alla legge (art. 1344 c.c.), sul conflitto di interessi del socio s.p.a. (art. 2373 c.c.), sulla condizione (art. 1354 e 1355 c.c.), sulla necessaria corrispondenza della prestazione a un interesse del creditore (art. 1174) e sulla meritevolezza degli interessi nei contratti atipici (art. 1322) sembrano restituire l'immagine di un sistema in cui le prerogative private si spiegano per il diverso grado di discrezionalità nella scelta dello scopo e dell'interesse perseguibile.

La legge talvolta individua un interesse tipico che *conforma* il potere privato (è il caso delle potestà familiari, del rappresentante che agisca esclusivamente nell'interesse del rappresentato, etc.); talaltra esso funge da *limite esterno* al perseguimento di interessi atipici (diritto di voto dei soci in assemblea, dei creditori in adunanza per l'approvazione del concordato

preventivo etc.). Fuori di questi casi, il regime di rilevanza degli interessi atipici sembra tracciato dal criterio *esogeno* della illiceità qualificata, intesa come contrarietà a norma imperativa, all'ordine pubblico e al buon costume e dalla meritevolezza, intesa come soglia minima di significanza dell'interesse.

Nel loro complesso le disposizioni citate sembrerebbero autorizzare la configurazione di una *norma generale di liceità dello scopo*, che pone il divieto, applicabile a qualsiasi condotta, di perseguire interessi illeciti o privi di obiettiva giustificazione razionale percepibile *ab externo*.

La liceità, intesa come non contrarietà a norma imperativa, ordine pubblico e buon costume è *requisito di validità della fonte attributiva del diritto* – sicché diremo invalida la fonte meramente potestativa del diritto che tenga per irrilevanti gli interessi illeciti eventualmente perseguiti dal titolare – ma soprattutto *criterio di delimitazione della estensione applicativa della fonte legale o della «fonte muta»*.

Innanzi alla «fonte muta» – clausola contrattuale o fonte legale che attribuisca un diritto senza menzionare limiti al suo esercizio – la norma generale di liceità dello scopo *ne limita l'estensione applicativa*, escludendo dal novero delle condotte a essa riducibili tutte quelle che perseguono un interesse contrario a norma imperativa, ordine pubblico e buon costume. Sicché in questo senso concluderemo che non esistono diritti a-causali, e lo scopo perseguito con l'atto di esercizio del diritto è sempre rilevante.

Sul piano analitico, la norma generale di liceità limita dall'esterno la fattispecie attributiva del diritto. L'abuso si traduce in un fenomeno dell'irrilevanza giuridica, risolvendosi in un momento dell'interpretazione della fonte, alla quale non è ascrivibile il significato di legittimare condotte, pure strutturalmente conformi alla fattispecie, ma rivolte al perseguimento di un interesse illecito o immeritevole (insignificante).

Alla luce della norma generale di liceità dello scopo, la premessa maggiore del sillogismo applicativo sarà³²³:

1) Se $A + S^i$, allora non B (scopo illecito come elemento dequalificante del fatto o fatto impeditivo)

2) Se $A + S^{n-i}$, allora B

Ove la condotta persegua un interesse illecito o immeritevole, l'atto è uno «pseudo-esercizio»³²⁴ del diritto; la condotta non è che mero comportamento, il danno eventualmente arrecato alla controparte – non giustificato dall'esercizio di un diritto – è *non iure* e (in concorrenza degli altri elementi dell'illecito) risarcibile ex art. 2043³²⁵.

Quando l'atto di esercizio del diritto non è un atto negoziale ma un mero comportamento (come negli atti di esercizio del diritto di proprietà), il discorso evade il tracciato della rilevanza/efficacia/validità e si svolge nella sola sequenza rilevanza/fatto impeditivo dell'antigiuridicità, esaurendosi nell'originario alveo della figura dell'abuso, la responsabilità da fatto illecito.

Tutti gli interessi che non ricevono la qualifica d'illiceità saranno *permessi o privi di qualificazione*, secondo si accolga o neghi l'idea di un ordinamento come sistema chiuso di qualifiche. La condotta è allora compresa nell'ambito di estensione della fonte, vale come atto di esercizio del diritto, produce i suoi effetti e costituisce fatto impeditivo dell'antigiuridicità del comportamento e della risarcibilità del danno arrecato.

La qualifica di «permesso» rileva comunque con solo riguardo alla norma attributiva del diritto; il perseguimento di uno scopo *atipico ma non*

³²³ Dove:

A è la fattispecie attributiva del diritto;

S^i = scopi illeciti, gli interessi contrari a una norma imperativa di legge, al buon costume o all'ordine pubblico;

S^{n-i} = tutti gli scopi diversi da quelli illeciti.

³²⁴ M. ORLANDI, *Abuso del diritto e teoria della fonte*, cit. p. 131.

³²⁵ C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 115.

illicito è incapace di determinare l'inefficacia/irrilevanza della condotta, ma ciò non esclude che il contegno sia qualificato da *altra* norma, la quale colleghi al fatto un diverso effetto giuridico. Si schiude qui l'orizzonte della doppia rilevanza, manifestazione fenomenica della rilevanza giuridica, che sovente consente la qualificazione di un medesimo fatto alla luce di più norme.

L'atto di esercizio del diritto può a es. consistere in una condotta scorretta o sleale. Ove non sia dato di isolare uno scopo vietato, l'atto varrà come esercizio del diritto, ma nondimeno il contegno, contrario alla norma che pone l'obbligo del comportamento secondo buona fede, costituirà fonte di responsabilità. All'identità del fatto storico corrisponde pluralità (qui dualità) di fatti giuridici, perché diverso è l'elemento del fatto isolato nella fattispecie: da un lato, l'interesse perseguito (Se $A+S^{n-i}$); dall'altro, la correttezza della condotta (Se $A+Bf$). L'*illicito iure* è pensabile solo alla luce di una fattispecie che abbia elementi costitutivi diversi dall'interesse perseguito, il cui statuto di rilevanza si esaurisce nella liceità qualificata e nella meritevolezza.

La ricostruzione proposta, legata alla necessità del pensiero per fattispecie e alla ricerca dei criteri di rilevanza giuridica dell'interesse nel diritto positivo (che pure consti di clausole generali) non riesce ad assegnare al diritto la capacità di ricondurre il Legittimo al Giusto³²⁶.

Ma pare legittimo domandarsi se il diritto sia in grado di rinunciare alla funzione di calcolabilità del predicato giuridico delle condotte³²⁷; se esso possa seriamente rinunciare alla “volontà di dominare l'imprevedibile, d'impossessarsi di fatti non ancora accaduti o non ancora compiuti”³²⁸.

³²⁶ V. *supra*, cap. I, § 3.

³²⁷ “La crisi della fattispecie” avverte N. IRTI, *‘Calcolabilità’ weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 5, p. 989, “è crisi della calcolabilità giuridica”, giacché con il muovere delle decisioni dei giudici dalla legge alla costituzione e da questa ai valori, “un'oscura incognita irrompe nel calcolo degli individui e delle imprese”.

³²⁸ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 44; ID., *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 20

Osserva uno scrittore del secolo scorso, che “la misura sicura di una forza è nella resistenza che riesce a vincere”³²⁹. La sfida del nostro tempo sembra vedere contrapporsi lo Stato contemporaneo e non un preteso diritto naturale, quanto piuttosto un *altro diritto positivo* che, preso atto dell’insufficienza dei diritti nazionali, tende a relegare la legge dello Stato a “cronaca locale” e le decisioni dei tribunali nazionali, che si appellino a diritti naturali e a superiori valori di giustizia, a “episodio di pittoresche periferie”³³⁰. Il capitalismo moderno “e cioè la tecno-economia planetaria, non oppone seria e ferma resistenza al *declino della calcolabilità giuridica*, poiché ormai si affida ad altre fonti normative di norme e prova, esso stesso, a generare il diritto dal proprio interno”³³¹. Alla passione politica, alla recuperata serietà e rettitudine del legislatore la sfida di combattere l’arbitraria e diseguale applicazione della legge, inevitabile risultato della perdita di capacità regolativa della legge³³².

Il giurista si trova, a sua volta, di fronte alla necessità di resistere all’impetuoso movimento acceleratore del nostro tempo, a rifiutare il ruolo di esegeta o di “cronista” che pare imporglisi. Chi reputi che la tecnica legislativa della fattispecie analitica sia incapace di stare dietro alla «realtà giuridica» e che l’efficienza sia valore superiore alla prevedibilità della decisione, può bene suggerire di trasferire al giudice il potere di decidere caso per caso, quale degli interessi debba prevalere entro una cornice di principî supremi.

³²⁹ S. ZWEIG, *Die Heilung durch das Geist*, (1931) trad. italiana a cura di L. Mazzucchetti, Milano 2005, p. 425.

³³⁰ N. IRTI, ‘*Calcolabilità*’ weberiana e crisi della fattispecie, cit., p. 987, 990.

³³¹ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 44; ID., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1, p. 20 e ss..

³³² L. FERRAJOLI, *Antigone e Creonte, entrambi sconfitti dalla crisi della legalità*, cit., p. 33. Oltre alla maggiore complessità del sistema delle fonti, le cause della crisi della legalità sono nella sovra-produzione delle leggi e nel “vistoso dissesto del linguaggio giuridico”: “che ha raggiunto forme di vera inconsistenza a causa della crescente vaghezza, oscurità, tortuosità e talora contraddittorietà dei testi legislativa, nonché dei loro interminabili e intricati labirinti normativi e degli innumerevoli rinvii talora scoordinati, nei quali si smarrisce qualunque interprete”.

La discussione è antica e ha interessato grandi Maestri del diritto, senza accennare a sopirsi³³³. Anzi pare che oggi sia nuovamente al centro del discorso dei giuristi, perché insoluto è se e in che misura al giudice sia rimessa la scelta politica dell'interesse da far prevalere nel conflitto.

Chi reputa che il diritto sia prodotto degli uomini non fatica a immaginare un ordinamento giuridico che detti principi direttivi e rimetta al giudice la scelta sull'equo bilanciamento degli opposti interessi. Non v'è alcun ostacolo a che l'ordinamento preveda l'esercizio della sovranità popolare, anziché attraverso i poteri di produzione normativa del Parlamento e del Governo, a opera dei giudici, legittimati per diretta o indiretta investitura popolare³³⁴.

Allo stesso tempo fatica però a liberarsi dall'idea che diritto e prevedibilità degli esiti delle condotte siano scindibili, perché senza l'una non esiste l'altro. Sicché è giocoforza concludere – sempre che voglia continuare a reputare opportuna la forma di Stato democratica – che il giudice debba avere una (anche indiretta) investitura popolare e che si istituisca la regola dello *stare decisis*. La prevedibilità della decisione sembra oggi stretta entro uno spurio meccanismo, che da un lato autorizza i giudici a reputare assolto l'obbligo della motivazione con il richiamo alla giurisprudenza consolidata, ma dall'altro, in nome del vincolo del giudice solo alla legge, non obbliga a un rigoroso *distinguishing* per l'*overruling* del precedente³³⁵.

³³³ N. IRTI, *Interpretazione giuridica e scelte politiche*, in *Nord e Sud*, 1978, 4, p. 79 e *supra* cap. I.

³³⁴ In argomento G. ALPA, *Il metodo nel diritto civile*, cit., p. 470 e ss., il quale in particolare rileva come lo stesso R. Dworkin, nel suo *Taking Rights Seriously*, manifesto contemporaneo del potere del giudice di bilanciare gli interessi in conflitto nel caso concreto, avverte come dietro la sua soluzione si profili il sovvertimento del principio democratico di divisione dei poteri, che secondo l'A. può però essere sovvertito: chi garantisce che il legislatore sia informato, sui fatti, più del giudice che deve decidere il caso difficile? E chi può garantire che il legislatore sia meno influenzabile dall'esterno di un giudice qualsiasi?; L. MONTESANO, *Aspetti problematici del «potere giudiziario» e della giurisprudenza «teorica» e «pratica» nell'Italia d'oggi*, cit., p. 667 e ss.

³³⁵ Sul tema v. S. MAZZAMUTO, *Certezza e prevedibilità: nuove frontiere della nomofilachia e tentativi di enforcement del precedente*, in *Pol. del dir.*, 2003, 2, p. 157, il quale dopo aver analizzato le cause della difficile prevedibilità delle decisioni nel nostro *civil law* – legata non solo all'assenza di una dottrina del precedente vincolante, al carattere alluvionale della

legislazione, all'erosione della centralità e della compattezza linguistica del codice civile e alla circostanza che "il problema dell'inveramento dei principi costituzionali anche per via giurisprudenziale di fronte ad un legislatore ordinario talora riottoso ci ha indotti storicamente a privilegiare l'innovazione rispetto alla certezza e quindi non a cercare la garanzia dell'omologazione della giurisprudenza ma tutto al contrario la garanzia della difformità" – osserva come i tentativi di *enforcement* del precedente svolti tramite la giurisprudenza disciplinare del CSM e l'applicazione della disciplina della responsabilità dei magistrati, rischino di risolversi in uno stimolo ad un "conformismo acritico – che si noti è cosa diversa da una genuina cultura del precedente – ed una inutile dispersione di energie giacché, laddove la propria scienza e coscienza lo spingano verso una soluzione originale, il magistrato si imporrà uno sforzo di motivazione negativa (...) che va ben oltre il necessario assolvimento dell'obbligo di congrua motivazione" (p. 167).

BIBLIOGRAFIA

- ACQUARONE, L., et al., *Sistemi giuridici nel mondo*, Milano, 2012
- ADDIS, F., *Sull'excursus giurisprudenziale del «caso Renault»*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2012, 4, p. 245-251
- ADDIS, F., *L'abuso del diritto tra diritto civile e tributario*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2012, 5, p. 871-878
- ALPA, G., *Come fare cose con principi*, in G. Visintini (coordinato da), *Metodologia nello studio della giurisprudenza civile e commentata*, Milano, 1999, p. 337-354
- ALPA, G., voce *Principi generali*, in *Digesto Italiano*, Padova, 1996
- ALPA, G., voce *Principi generali*, in *Digesto Italiano, Aggiornamento*, Padova 2014,
- ALPA, G., *Il metodo nel diritto civile*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 357-477
- ALPA, G., *I principi generali*, in *Tratt. Zatti-Iudica*, Milano 2006, XVII
- ANDREOTTI, G., *Lo svantaggio del rappresentato nella disciplina del conflitto di interessi*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, 6, spec. p. 291
- ASCARELLI, T., *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, in *Rivista trimestrale di diritto procedura civile*, 1951, II, p. 1160
- ATIENZA, M., RUIZ MANERO, J., *Abuso del diritto e diritti fondamentali*, in V. Velluzzi (a cura di) *Abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2012, p. 31-50
- ATIENZA, M., RUIZ MANERO, J., *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, trad it. di V. Carnevale, Bologna, 2004
- AZZARO, A. M., *Vendita con patto di riscatto e divieto di patto commissorio. Brevi riflessioni sulle più recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Giustizia civile*, 1992, 12, p. 3168
- BARALDI, M., *Il recesso ad nutum non è, dunque recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto*, in *Contratto e Impresa*, 2010, p. 41-70
- BARBERO, D., voce *Condizione*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1968

- BARCELLONA, M., *Trattato della responsabilità civile*, Milano 2011
- BARCELLONA, M., *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Rivista diritto civile*, 2014, 2, 467-499
- BEGHIN, M., *Note critiche a proposito di un recente orientamento giurisprudenziale incentrato sulla diretta applicazione in campo domestico, nel comparto delle imposte sul reddito, del principio comunitario del divieto di abuso del diritto*, in *Rivista di diritto tributario*, 2008, 7-8, p. 465
- BEGHIN, M., *Abuso del diritto, giustizia tributaria e certezza dei rapporti tra fisco e contribuente*, in *Rivista di diritto tributario*, 2009, 5, p. 408
- BENEDETTI, G., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale²*, Napoli, 1997
- BESSONE, M., *Causa tipica e "motivi" del contratto, dogmi di teoria generale, orientamenti della giurisprudenza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1979, 3, p. 1098
- BETTI, E., *Teoria generale del negozio giuridico²*, Torino, 1952
- BETTI, E., voce *Causa del negozio giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1959
- BIANCA, C. M., *Diritto civile, 3, Il Contratto*, Milano, (rist.) 2012
- BIANCA, C. M., *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, 2, p. 254
- BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico* (1961), Torino, 1979
- BRECCIA, U., *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano 1991
- BRINKMANN, M., *Der strategische Eigenantrag – Missbrauch oder kunstgerechte Handhabung des Insolvenzverfahrens?*, ZIP, 2014, p. 197
- BUSNELLI, F. D., NAVARRETTA, E., *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto Privato 1997, L'abuso del diritto*, Padova 1998, p. 171-214
- CARNELUTTI, F., *Eccesso di potere nelle deliberazioni dell'assemblea delle anonime*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1926, I, p. 179
- CARNELUTTI, F., *Teoria generale del diritto*, ed. 1951, Roma, (rist.) 1998

- CASTRONOVO, C., *L'abuso del diritto come illecito atipico?* in *Europa e diritto privato*, 2006, 3, p. 1061
- CASTRONOVO, C., MAZZAMUTO, S., *Manuale di diritto privato europeo*, Milano 2007, vol. 1
- CASTRONOVO, C., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015
- CATTANEO, G., *Buona fede oggettiva e abuso del diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1971, p. 613
- CAZZETTA, G., *Responsabilità civile e abuso del diritto fra Otto e Novecento*, in V. Velluzzi (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2012, p. 51-104
- CELANO, B., *Principi, regole, autorità. Considerazioni su M. Atienza, J. Ruiz Manero*, Illeciti atipici, in *Europa e diritto privato*, 2006, 3, p. 1061
- CIAN, G., *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 197
- COMANDUCCI, P., *Forme di (neo)costituzionalismo: un'analisi metateorica*, Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali, T. Mazzaresse (a cura di), Torino, 2002
- COMANDUCCI, P., *Abuso del diritto e interpretazione giuridica*, in V. Velluzzi (a cura di) *Abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2012 p. 19-30
- CORASANITI, G., *La nullità dei contratti come strumento di contrasto delle operazioni di dividend washing nella recente giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2006, p. 274-294
- CORASANITI, G., *Sul generale divieto di abuso del diritto nell'ordinamento tributario*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2009, 3, p. 218-228
- CRESPI REGHIZZI, G., *Il fenomeno dell'inserimento di Generalklauseln dalla portata funzionalizzante*, in *Il Socialismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini*, 3-4 (1974-1975)
- D'ALESSANDRO, F., *Il conflitto di interessi nei rapporti tra socio e società*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2007, 1, p. 5.

- D'AMICO, G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *I Contratti*, 2010, p. 11-23
- D'AMICO, G., *Ancora su abuso del diritto e buona fede. Una replica a Galgano*, in *I Contratti*, 2011, 7, p. 653-655
- D'AMICO, G., *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *I Contratti*, 2014, 10, p. 927-937
- DALLA MASSARA, T., *L'eccezione di dolo generale nel pensiero attuale della Corte Suprema*, in *Rivista di diritto civile*, 2008, 2, p. 235
- DEJANA, G., *I motivi nel diritto privato*, Torino, 1939
- DELL'UTRI, M., *L'abuso del diritto tra "persona" e "famiglia"*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2007, suppl. 02, p. 20
- DI MAJO, A., *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988
- DI MAJO, A., *La tutela civile dei diritti*⁴, Milano, 2003, v. 3
- DOLMETTA, A.A., voce «Exceptio doli generalis», *Aggiornamento*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1997
- DOLMETTA, A.A., voce «Exceptio doli generalis», in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1998, I, p. 147
- DONDI, A., *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, in A.a. V.v., *Diritto privato*, 1998, III, p. 436-457
- DOSSETTI, M., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di abuso del diritto*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1969, I, 1, p. 1573
- FALSITTA, G., *L'interpretazione antielusiva della norma tributaria come clausola generale immanente al sistema e direttamente ricavabile dai principi costituzionali*, in *Il Corriere giuridico*, 2009, p. 293-301
- FALZEA, A., voce *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, 1965
- FALZEA, A., *Introduzione alle scienze giuridiche*⁶, Milano, 2008
- FERRAJOLI, L., *Antigone e Creonte, entrambi sconfitti dalla crisi della legalità*, in *Giustizia civile*, 2014, 1, p. 27-46

- FERRI, G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966
- FERRI, G. B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970
- FERRI, G.B., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1971, I, p. 89
- FORCELLINI, F., IULIANI, A., *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *Europa e diritto privato*, 2013, 2, p. 395
- FRANZÈ, R., *Elusione ed abuso del diritto in materia tributaria*, Torino, 2014
- GALGANO, F., *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contratto e impresa*, 1998, 1, p. 18
- GALGANO, F., *Il legittimo e il giusto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, I, 1-10
- GALGANO, F., *Azioni di stato e abuso del diritto*, in *Contratto e impresa*, 2010, 3, p. 547-551
- GALGANO, F., *Qui iure suo abutitur naeminem laedit?*, *Contratto e impresa*, 2011, 2, p. 317
- GAMBARO, A., voce *Abuso del diritto - II) diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia giuridica*, I, Roma, 1988
- GAMBINO, F., *Il dovere di coerenza nell'atto di recesso (note sull'abuso del diritto)*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2011, gennaio-marzo, p. 63
- GAMBINO A., *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987
- GENTILI, A., *Il diritto come discorso*, Milano, 2013
- GENTILI, A., *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, in *Ianus*, 2009, 1, p. 1
- GENTILI, A. , *L'interpretazione giuridica: il contributo della dottrina*, in *Giust. civ.*, 2014, 1, p. 50
- GIORGIANNI, V., *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963

- GIORGIANNI, M., voce *Obbligazione (diritto privato)* in *Noviss. dig. it.*, p. 584 e ss
- GROSSO, G., voce *Abuso del diritto – a) diritto romano*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, I, p. 161
- GUALAZZINI, U., voce *Abuso del diritto - b) diritto intermedio*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958, p. 165
- GUASTINI, R., *Sostiene Baldassarre*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, 2, p. 1373-1383
- GUASTINI, R., voce *Principi di diritto*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, XIV, Torino, (rist.) 2009
- GUASTINI, R., *Interpretare e argomentare*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, 2011
- GUERRERA, F., *Abuso del voto e controllo di “correttezza” sul procedimento deliberativo assembleare*, in *Rivista delle Società*, 2002, 1, p. 181
- GUTTERIDGE, H. C., *Abuse of rights*, in *Cambridge L.J.*, 22 (1933-1935)
- GUZZI, R., voce *Motivo del negozio giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1965
- HAFERKAMP, H. P., *Die heutige Rechtsmissbrauchslehre: Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens?*, Berlin-Spitz, 1995
- HERMAN, S., *Classical Social Theories and the Doctrine of “Abuse of Right”*, 37 *La. L. Rev.* (1977)
- HOLTHAUSEN, D., *Theorie und Praxis einer allgemeinen Rechtsmissbrauchsschranke für Prozessparteien*, Frankfurt a. M., 2005
- KELSEN, H., *Il problema della giustizia*, Vienna, 1960, (rist.) Torino, 2001
- KELSEN, H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, 1952, (rist.) Torino 1967.
- IRTI, N., *Dal diritto civile al diritto agrario (momenti di storia giuridica francese)*, Milano, 1962
- IRTI, N., voce *Rilevanza*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1968
- IRTI, N., *Introduzione al diritto privato – L’oggetto*, Torino, 1973.
- IRTI, N., *Interpretazione giuridica e scelte politiche*, in *Nord e Sud*, 1978, 4, p. 79
- IRTI, N., *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985

- IRTI, N., *Per una lettura dell'art. 1324 c.c.*, in *Rivista di diritto civile*, 1994, 4, p. 559
- IRTI, N., *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 c.c.*, Padova, 1996
- IRTI, N., *Concetto giuridico di "comportamento" e invalidità dell'atto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2005, 4, p. 1056
- IRTI, N., *"Verità effettuale" e politeismo giuridico*, in *Rivista di diritto civile*, 2009, 6, p. 647-656
- IRTI, N., *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in *Diritto e società*, 2009, 3-4, p. 465
- IRTI, N., *Un incompiuto dialogo con Luigi Mengoni*, in *Europa e diritto privato*, 2012, 1, p. 197-202
- IRTI, N., *La crisi della fattispecie*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, 1, p. 36-44
- IRTI, N., *"Calcolabilità" weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 5, p. 987
- IRTI, N., *Un diritto incalcolabile*, in *Rivista di diritto civile*, 2015, 1, p. 11
- JAEGER, P. G., *L'interesse sociale*, Milano, 1963
- JAEGER, P.G., GAMBINO, A., ANGELICI, C., COSTI, R., CORSI, F., *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1996, 3, pt. II, p. 329
- JHERING, R. VON, *Wieder auf Erden. Wie soll es besser werden?*, in *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig 1884
- JHERING, R. VON, *Erster Brief*, in *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*³, Leipzig, 1885
- JORI, M. *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milano, 1987
- JOSSERAND, L., *De l'esprit des droit et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*², Paris, 1939
- LA TORRE, M., *La "lotta contro il diritto soggettivo"*, Milano, 1988

- MACARIO, F., *Abuso del diritto di recedere ad nutum nei contratti fra imprese*, in S. Pagliantini, *Abuso del diritto e buona fede*, Torino, 2010, p. 45
- MACLEAN, G., R., *Judicial discretion in the Civil Law*, 43 *La L. Rev.* (1982)
- MARONGIU, G., *Abuso del diritto, poteri di accertamento e principio di legalità*, in *Corriere tributario*, 2009, p. 3631
- MASTRORILLI, A., *L'abuso del diritto e il terzo contratto*, in *Danno e responsabilità civile*, 2010, p. 352-357
- MAUGERI, M., *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, 6, II, p. 318-336
- MAZZAMUTO, S., *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti: spunti di politica del diritto*, in *Europa e diritto privato*, 1999, 3, p. 747-761
- MAZZAMUTO, S., *Certezza e prevedibilità: nuove frontiere della nomofilachia e tentativi di enforcement del precedente*, in *Pol. del dir.*, 2003, 2, p. 157.
- MAZZAMUTO, S., *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Europa e diritto privato*, 2007, 3, p. 585-597
- MAZZAMUTO, S., *Dottrine dell'autonomia privata dall'Italia all'Europa*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 3, p. 591-629
- MAZZAMUTO, S., *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa e diritto privato*, 2011, 2, p. 365-399
- MAZZAMUTO, S., *Luigi Mengoni e la tutela dei diritti*, in *Europa e diritto privato*, 2012, 1, p. 141-167
- MAZZONI, C. M. , *Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, p. 606
- MENGGONI, L., *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1954, I, p. 185
- MENGGONI, L., *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, in *Rivista delle società*, 1956, p. 434
- MENGGONI, L., *Diritto e valori*, Bologna, 1985

- MENZIONI, L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1986, 1, p. 10
- MENZIONI, L., *Diritto e tecnica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, 1, p. 1-10
- MERUZZI, G., *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005
- MERUZZI, G., "Il fondamento sistematico dell'exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione", in *Contratto e impresa*, 2007, 6, p. 1380
- MESSINEO, F., *Il contratto in genere*, I, Milano, 1968
- MODUGNO, F., *Appunti per una teoria generale del diritto oggettivo*³, Milano, 2000
- MODUGNO, F., *Principi generali dell'ordinamento*, in L. Mengoni, F. Modugno, F. Rimoli (a cura di), *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2003
- MONATERI, P. G., *Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di Comparative Law and Economics)*, in A.a. V.v., *L'abuso del diritto, Diritto Privato*, III, Padova, 1998
- MONTESANO, L., *Aspetti problematici del «potere giudiziario» e della giurisprudenza «teorica» e «pratica» nell'Italia di oggi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 3, p. 665
- MÜLLER-ERZBACH, R., *L'abuso di diritto secondo la dottrina giuridica teleologica*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, v. XLVIII, p. 1-7
- NATOLI, U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958, p. 18
- NATOLI, U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1988, XVI, t. 1
- NATOLI, R., *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *I Contratti*, 2010, p. 524-531
- NEGRI, G., *Appunti per uno studio sull'abuso del diritto*, in *Jus*, 2009, 1, p. 107-119

- NIVARRA, L., *Un dibattito palermitano su illeciti atipici*, in *Europa e diritto privato*, 2006, 3, p. 1019
- NUZZO, M., *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975
- ORLANDI, M., *Contro l'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 2010, II, p. 147-159
- ORLANDI, M., *Abuso del diritto e teoria della fonte*, in V. Velluzzi (a cura di) *Abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2012, p. 105-136
- ORRÙ, G., voce *Giurisprudenza degli interessi*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino 1996
- PAGLIANTINI, S., *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, in *Riv. not.*, 2010, 5, p. 1211
- PALMIERI A., PARDOLESI, R., *Della serie « a volte ritornano »: l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro Italiano*, 2010, 1, p. 95-98
- PATTI, S., voce *Abuso del diritto*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, Milano, 2007, I
- PAUER-STUDER, H., FINK, J., (Hg.), *Rechtfertigungen des Unrechts*, Berlin, 2014
- PELLIZZI, G. L., voce *Exceptio doli (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VI, Torino 1960
- PERLINGIERI, P., *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, antologia a cura di P. Perlingieri e M. Sesta, 1, Napoli 2007, p. 144
- PERRONE CAPANO, R., *Una lettura costituzionalmente orientata dell'attività di accertamento tributario nelle ipotesi di elusione e di abuso del diritto*, Padova, 2011
- PICCOLO, C., *Abuso del diritto e iva: tra interpretazione comunitaria ed applicazione nazionale*, in *Rassegna tributaria*, 2006, p. 1040-1050
- PICÒ I JUNOY, J., *La buona fede processuale: una manifestazione dell'autoritarismo giurisdizionale?*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1, p. 171-181
- PIETROBON, V., *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969

PINO, G., *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto* 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica, Torino, 1999, p. 203

PINO, G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. Maniaci (a cura di) *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano, 2006, p. 115-175

PINO, G., *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, 2011, 11, p. 75

PIRAINO, F., *Il divieto di abuso del diritto*, in *Europa e diritto privato*, 2013, 1, p. 75 - 173

PISTONE, P., *L'elusione fiscale come abuso del diritto: certezza giuridica oltre le imprecisioni terminologiche della Corte di Giustizia europea in tema iva*, in *Rivista di diritto tributario*, 2007, IV, p. 17

POGGIOLI, M., *La Corte di Giustizia elabora il concetto di "comportamento abusivo" in materia di Iva e ne tratteggia le conseguenze sul piano impositivo: epifania di una clausola generale antielusiva di matrice comunitaria?* In *Rivista di diritto tributario*, 2006, 5, p. 22

PORTALE, G.B., *Impugnativa di bilancio ed "exceptio doli"*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1982, I, p. 407

PORTALE, G. B., *"Minoranze di blocco" e abuso del voto nell'esperienza europea: dalla tutela risarcitoria al "gouvernement des judges?"* in *Europa e diritto privato*, 1999, 3, p. 153

PREITE, D., *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, G. E. Colombo, G.B. Portale (diretto da), Torino 1993, 3

- PROCOPIO, M., *La poco convincente riforma dell'abuso del diritto ed i dubbi di legittimità costituzionale*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2014, 4, pt. 1, p. 746
- RANIERI, F., *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1972, 3, p. 1216-1237
- RANIERI, F., voce *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. disc. priv. — sez. civ.*, VII, Torino 1994
- RENDA, A., *L'abuso del diritto nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2011, 6, pt. 2, p. 1279-1332
- RESCIGNO, P., voce *Condizione (dir. vig.)*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, 1961
- RESCIGNO, P., *L'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1965, I, p. 205-286
- RESCIGNO, P., *Sui principi generali del diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992, 2, 379-396
- RESCIGNO, P., *“Forme” singolari di esercizio dell'autonomia collettiva (i concessionari italiani della Renault)* in *Contratto e impresa*, 2011, 3, p. 589-595
- RESCIGNO, P., *Un nuovo caso di abuso del diritto*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2011, 4, p. 794
- RESCIGNO, P., *L'abuso del diritto (Una significativa rimeditazione delle Sezioni Unite)*, in *Il Corriere giuridico*, 2008, 6, p. 745-747
- RESTIVO, C., *Abuso del diritto e autonomia privata, considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in S. Pagliantini (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede*, Torino, 2010, p. 115
- RESTIVO, C., *Contributo a una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007
- RICCA, L., voce *Motivi (dir. priv.)* in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, 1977
- RIMOLDI, F., *La causa come ragione in concreto del singolo contratto*, in *I Contratti*, 2007, 7 p. 621
- ROLFI, F., *La causa come «funzione economico-sociale»: tramonto di un idolum tribus?* in *Corriere giuridico*, 2006, 12, p. 1718

- ROLLI, R., *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in *Contratto e impresa*, 2007, p. 449
- ROPPO, V., *Il contratto*², in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011
- ROPPO, V., *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, 4, p. 957
- RORDORF, R., *Minoranza di blocco ed abuso di potere nelle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Il Corriere giuridico*, 2007, 10, p.1450
- ROTONDI, M., *L'abuso di diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1923, marzo-aprile, p. 105
- SACCO, R., *L'esercizio e l'abuso del diritto. L'abuso del diritto*, in G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarneri, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, p. 281-373
- SACCO, R., voce *Motivo, fine, interesse* in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, 7° Agg., Torino, 2012
- SALERNO, F., *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di ius dicere «per principi»*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, p. 809-814
- SALVI, C., voce *Abuso del diritto (diritto civile)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1988
- SALVI, C., *Note critiche in tema di abuso del diritto e poteri del giudice*, in *Rivista critica diritto privato*, 2014, 1, p. 27-38
- SANGERMANO, F., *Motivi in fraudem legis e motivi contra legem*, in *Contratti*, 2010, 3, p. 239
- SANTORO PASSARELLI, F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1957
- SCOGNAMIGLIO, C., voce *Motivo (del negozio giuridico)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 1994
- SCOGNAMIGLIO, C., *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, 3, II, p. 139-147

- SCUFFI, M., *L'abuso del diritto nell'imposizione indiretta: evoluzione della giurisprudenza e raffronti per una codificazione*, in *Nuovo dir. soc.*, 2014, 20, p. 13
- SIMONETTI, H., *Abuso del diritto e regola di buona fede nelle società di capitali*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, pt. II, p. 495
- SOLARI, G., *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, Milano-Torino, 1911
- TARUFFO, M., *Elementi per una definizione di "abuso del processo"* in A.a. V.v., *Diritto privato*, 1998, III, p. 436-457
- THOLE, C., *Treuepflicht-Torpedo? Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht im Insolvenzverfahren*, ZIP, 2013, p. 1937
- TIMPANO, E., *L'interesse sociale tra contrattualismo ed istituzionalismo in relazione al conflitto di interessi assembleare ed all'abuso della regola della maggioranza*, in *Rivista del notariato*, 2009, 3, pt. 2, p. 657
- TORRENTE, A., voce *Eccezione di dolo*, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano 1965
- TUCCILLO, R., *Profili interpretativi degli atti unilaterali*, Roma, 2011.
- VETTORI, G., *Regole di validità e regole di responsabilità*, in *Diritto privato. Studi in onore di A. Palazzo*, Torino 2009, v. 3, p. 874
- VETTORI, G., *L'abuso del diritto. Distingue frequenter*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2010, 3, p. 166-171
- VETTORI, G., *Fattibilità e causa concreta nel concordato preventivo*, in *Contr. e impr.*, 2013, 6, p. 1203
- VIGLIONE, F., *Il giudice riscrive il contratto fra le parti: l'autonomia negoziale stretta fra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, 3, II, p. 148-156
- ZACCARIA, A., *Il risarcimento del danno non patrimoniale in Germania*, in *La Responsabilità Civile*, 2009, 10, p. 776
- ZWEIG, S., *Die Heilung durch das Geist*, (1931) trad. italiana a cura di L. Mazzucchetti, Milano 2005

