

DANIELE CORVI^(*)

RIFLESSIONI SULL'ABUSO DEL DIRITTO

Abstract: The essay analyses the evolution of the abuse of the right in the different European countries and the doctrinal elaboration in the Italian legal system and its interactions with the institute of fraud to the law ex art. 1344 c.c. The doctrinal debate on analogies and differences between abuse of the law and fraud of the law will be reconstructed, also focusing on the important reflections of Community jurisprudence.

SOMMARIO: 1. Lo sviluppo europeo del concetto di abuso del diritto. – 2. Le interrelazioni tra abuso del diritto e frode alla legge. – 3. Caratteri e “tipicità” dell’abuso del diritto.

1. — *Lo sviluppo europeo del concetto di abuso del diritto.*

Per abuso del diritto si intende, in generale, ogni forma anormale di esercizio di un diritto che, senza realizzare alcun interesse per il suo titolare, provoca un danno o un pericolo di danno per altri soggetti⁽¹⁾. Le prime teorie sull’abuso del diritto risalgono alla vecchia dottrina della *aemulatio*⁽²⁾. Un’antica quanto autorevole dottrina lo definiva come «una formula nuova ed imprecisa di vecchi concetti» riferendosi all’antica categoria degli “atti emulativi”⁽³⁾.

La formula abuso del diritto si rileva per la prima volta, nel secolo scorso, in materia di proprietà nella giurisprudenza francese⁽⁴⁾. Il divieto dell’abuso

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ Su tutti vedi P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, pp. 218-219.

⁽²⁾ Per interessanti ricostruzioni, N. IRTI, *Dal diritto civile al diritto agrario*, Milano, 1962, p. 45 ss.; e A. DE VITA, *La proprietà nella esperienza giuridica contemporanea. Analisi comparativa del diritto francese*, Milano, 1969, p. 175 ss.; T. BALLARINO, *L’evoluzione della giurisprudenza francese in materia di divorzio tra coniugi aventi diversa cittadinanza*, in *Dir. internaz.*, 1960, p. 62 ss.

⁽³⁾ N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1929, p. 471.

⁽⁴⁾ Cass. civ., 3 agosto 1915, in *Daloz*, 1917, I, 705 *Coquerel c/ Clément-Bayard*. La que-

del diritto non è espressamente disciplinato nella legislazione francese, pur se la giurisprudenza continua ad applicarlo richiamando l'art. 1134 del *Code civil*⁽⁵⁾, che prevede l'obbligo delle parti del contratto di agire secondo buona fede⁽⁶⁾. Allora fu posta la questione se ogni forma di esercizio del diritto soggettivo fosse da ritenersi legittima, in quanto estrinsecazione del diritto stesso, o se dovesse venir meno la tutela dell'ordinamento di fronte ad atti del proprietario che, pur essendo esplicazione del diritto, fossero ascrivibili dalla coscienza sociale come abusivi, in quanto non rispondenti ad alcuna meritevole esigenza⁽⁷⁾. Non è un caso che sia proprio l'esperienza francese ad elaborare l'abuso del diritto in quanto espressione dell'assolutezza dei principi affermati dopo la Rivoluzione francese⁽⁸⁾. Se da un lato la proclamazione dei diritti e la garanzia delle libertà attribuirono all'economia ciò che richiedeva, ovvero la certezza dei rapporti, dall'altro si assistette ad uno sviluppo dei rapporti assolutamente autonomo rispetto ad ogni controllo ed intervento dello Stato, favorendo inevitabilmente il verificarsi di abusi, in particolar modo in materia di proprietà, modello dello stesso diritto soggettivo nonché esplicazione dei principi di uguaglianza e di libertà⁽⁹⁾. Sarà, dunque, proprio la giurisprudenza francese a formulare il principio dell'abu-

sione concerne la collocazione di pertiche con spuntoni in un terreno da parte del proprietario: la condotta di per sé costituente esercizio del diritto è stata considerata abusiva in relazione agli interessi in rilievo poiché nelle vicinanze del terreno si trovava una fabbrica di palloni aerostatici la cui attività era ostacolata poiché i palloni planando si infilzavano negli spuntoni. Per la ricostruzione della vicenda vedi anche M.P. MARTINES, *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006, p. 33.

⁽⁵⁾ Secondo il disposto normativo dell'art. 1134 del *code civil* «*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi*».

⁽⁶⁾ Cass. civ., 5 ottobre 1993, *Renault c/Rouvel Automobiles*, in *Juriclasseur Périodique*, 1994, II, p. 22224.

⁽⁷⁾ P. TERCIER, *L'abus de droit ed droit privé suisse*, in M. ROTONDI (a cura di), *L'abuso di diritto*, Padova, 1979, p. 443.

⁽⁸⁾ Sulle varie fasi che portano alla formulazione delle due norme cfr. G. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, p. 299 ss. Sul ruolo effettivo che le due disposizioni hanno avuto nella prassi giurisprudenziale tedesca in materia di repressione dell'abuso del diritto cfr. F. RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, in AA.VV., *L'abuso del diritto*, Padova, 1979, p. 363.

⁽⁹⁾ J. BONNECASE, *La notion juridique de l'ordre public*, in *Etudes Capitant*, Paris, 1939, p. 18.

so⁽¹⁰⁾, mostrandosi attenta ad effettuare un controllo di tipo contenutistico del diritto soggettivo, rilevando plausibile la responsabilità del titolare del diritto, che nel suo esercizio abbia causato un danno ingiusto. La posizione assunta dalla giurisprudenza sollevò, come è facile intuire, contrastanti opinioni tra coloro che ritenevano l'assoluta insindacabilità dell'esercizio del diritto, se non nella misura in cui avesse oltrepassato i limiti stabiliti dalla legge, e coloro che ritenevano insufficiente ed inadeguato il profilo della legittimità formale, senza tuttavia riuscire ad elaborare un criterio unitario per determinare le fattispecie abusive di esercizio del diritto.

Si obietta, comunque, che la facoltà del soggetto di scegliere il mezzo per la realizzazione dei propri interessi costituisce non già il contenuto di un diritto soggettivo, ma piuttosto l'espressione della libertà individuale del soggetto medesimo; essa potrebbe configurarsi un abuso del diritto soggettivo⁽¹¹⁾ ma non abuso della libertà⁽¹²⁾. Ha respinto queste conclusioni la dottrina francese successiva⁽¹³⁾, cercando di delimitare, restringendolo, il fenomeno ad alcune categorie soltanto di diritti soggettivi. E così si è ritenuto che non solo non sono suscettibili di abuso i cosiddetti diritti discrezionali, che come tali sfuggirebbero a qualsiasi altro tipo di controllo, ma altresì che, nell'ambito dei restanti diritti, un discorso in termini di abuso possa farsi solo per i diritti determinati, ma non anche per i diritti indeterminati, i quali ultimi, per il loro contenuto generico, si avvicinerrebbero ai diritti discrezionali, onde per essi potrebbe porsi, eventualmente, il problema della quantità di esercizio consentito, ma non già la possibilità di un apprezzamento che valuti e sindachi il modo di esercizio della prerogativa.

Sulla scia dei francesi il BGB tedesco ha accolto testualmente il principio dell'abuso del diritto sancendo l'inaammissibilità dell'esercizio di un diritto,

⁽¹⁰⁾ Cass. civ., 3^{ème} Ch., 11 luglio 2012, *pourvoi* n° 10-21.703.

⁽¹¹⁾ Alludiamo a L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Parigi, 1905, p. 32; ID., *De l'esprit des droits et leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 2006, p. 46. Sul pensiero cfr. A. PIROVANO, *La fonction sociale des droits: réflexions sur le destin des théories de Josserand*, Parigi, 1972, p. 64; G. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 315.

⁽¹²⁾ Mutuiamo il termine da P. ROUBIER, *Les prérogative juridiques*, in *Arch. philos. droit*, 1960, p. 65; utilizza la stessa espressione anche P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 210.

⁽¹³⁾ P. ANCEL, C. DIDRY, *L'abuse de droit: une notion sans histoire? L'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au debut du XX siècle*, in AA.VV., *L'abus de droit. Comparaisons franco-suisse*, Saint Etienne, 2001, p. 51.

quando questo può avere soltanto lo scopo di nuocere ad altri. Tuttavia la norma in questione ha avuto scarsa fortuna nella concreta prassi giurisprudenziale. Ciò si spiega agevolmente alla luce della formulazione della disposizione, la quale implica l'esigenza della prova dello scopo esclusivo di nuocere in capo all'avente diritto. La giurisprudenza tedesca ha, in ogni caso, sviluppato in modo assai penetrante forme di controllo sul concreto esercizio dei diritti soggettivi, facendo leva su diverse disposizioni del BGB. In primo momento, il controllo giudiziale sull'esercizio dei diritti è stato fondato su di una disposizione in materia di responsabilità civile: il § 826 del codice, il quale stabilisce l'obbligo di risarcire il danno causato dolosamente in modo contrario ai "buoni costumi". Ma ancora più fecondo è stato il ricorso al principio generale della buona fede (secondo la terminologia germanica, della *Treu und Glauben*), codificato al § 242 del BGB⁽¹⁴⁾. Storicamente tale istituto, coniato a metà dell'Ottocento⁽¹⁵⁾, è stato in seguito riconosciuto nel diritto consuetudinario tedesco, usato per lo più dai giudici tedeschi nelle ipotesi di violazioni precontrattuali⁽¹⁶⁾. In tale contesto si intende far riferimento alla nozione obiettiva di buona fede, nel senso di standard di condotta al quale rapportare il concreto comportamento di un soggetto⁽¹⁷⁾. Il concetto è stato impiegato dalla giurisprudenza in modo molto ampio⁽¹⁸⁾, al di là della limitata formulazione della disposizione e della stessa intenzione del legislatore, con riferimento a tutti i settori del diritto privato. Movendo da tali basi, i giudici tedeschi hanno elaborato un articolato sistema di repressione di forme di inammissibile esercizio di diritti

⁽¹⁴⁾ Ai sensi della disposizione, il debitore è tenuto ad adempiere secondo quanto richiesto dalla buona fede e dalla correttezza (*Treu und Glauben*) nel rispetto dei doveri della morale sociale. Vedi anche il § 157 del BGB, in virtù del quale i contratti devono essere interpretati secondo buona fede. Cfr. Commissione per il diritto europeo dei contratti, in C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2005, pp. 119-120. In dottrina, v. per un sintetico ma efficace inquadramento alla questione S. WHITTAKER, R. ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000, p. 18 ss.

⁽¹⁵⁾ R. VON JERING, *Culpa in contraendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangte Verträgen*, in *Jherings Jahrbucher*, Leipzig, 1861.

⁽¹⁶⁾ P. PERLINGIERI, F. CASUCCI (a cura di), *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, Napoli, 2004, p. 181.

⁽¹⁷⁾ S. WHITTAKER, R. ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, cit., pp. 30-31.

⁽¹⁸⁾ BFH, 6 giugno 1991, V R 70/89, in *BStBl.*, 1991, II, p. 867.

soggettivi o, secondo una terminologia largamente impiegata, di “abuso del diritto”⁽¹⁹⁾. In particolare, la giurisprudenza ha dato vita ad una abbondante casistica⁽²⁰⁾, spingendosi ai limiti dell’attività ermeneutica e spesso assolvendo ad un vero e proprio ruolo “creativo”⁽²¹⁾. Siffatto imponente materiale giudiziario è stato razionalizzato dalla dottrina e dalle stesse giurisdizioni superiori, in specie grazie all’individuazione e tipizzazione di gruppi di casi riconducibili al § 242⁽²²⁾. In particolare, sono state individuate ed elaborate in modo analitico una serie di sotto-figure di inammissibile esercizio di diritti soggettivi. Tra le ipotesi più importanti, mette conto ricordare il *venire contra factum*, cioè l’esercitare un diritto qualora ciò risulti in contraddizione con un comportamento precedentemente tenuto dal titolare; il rivendicare un diritto acquisito in modo disonesto dal titolare; il richiamarsi a vizi di forma in circostanze in cui ne derivino conseguenze eccessive; l’esercitare un diritto senza alcuna considerazione per i ragionevoli interessi della controparte. È inoltre ritenuto inammissibile rivendicare un diritto, dopo che il titolare abbia lasciato trascorrere un congruo periodo di tempo senza compiere atti di esercizio o senza reagire a violazioni, qualora ciò abbia determinato un

⁽¹⁹⁾ Vedi al riguardo Commissione per il diritto europeo dei contratti, nota 2 all’art. 1:201, in C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., p. 120 ss.; S. WHITTAKER, R. ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, cit., pp. 24-25. Un discorso a parte si richiede per quanto concerne il diritto tributario. Il § 42 della legge generale delle imposte del 1977 (*Abgabenordnung*) sanziona invero la fattispecie dell’abuso delle forme giuridiche, consistente nell’utilizzazione di una forma giuridica al fine dell’aggiramento di una norma tributaria. Su tale problematica, cfr. l’approfondita analisi di P. PISTONE, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Padova, 1995, p. 77 (con ampie citazioni della dottrina tedesca).

⁽²⁰⁾ BFH, 28 gennaio 1992, VIII R 7/88, in *BSfBl.*, 1993, II, p. 87; BFH, 7 novembre 1991, V R 116/86, in *BSfBl.*, 1992, II, p. 271.

⁽²¹⁾ Una scuola di pensiero ampiamente rappresentata nella letteratura tedesca riconduce alla matrice dell’abuso del diritto anche la tematica della frode alla legge, con particolare riferimento al diritto internazionale privato: vedi al riguardo, con abbondanti citazioni della dottrina, E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, I, Torino, 1972, pp. 442-443. Una costante attenzione alla dottrina tedesca è anche in U. MORELLO, *Frode alla legge*, Milano, 1969. Da ultimo, vedi sul punto, in generale, T. VON HOFMAN, *Internationales Privatrecht*, Monaco, 2000, p. 325.

⁽²²⁾ Fondamentale al riguardo si è rivelata la sistemazione di F. WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Praxisierung des 242 Bgb*, Tübingen, 1956, riprodotto in *Kleine juristische Schriften*, Göttingen, 1988, pp. 43-76.

affidamento nella controparte, e questo nonostante non sia ancora maturato il termine di prescrizione (c.d. *Verwirkung*)⁽²³⁾. Una siffatta tipizzazione delle ipotesi d'iammissibile esercizio di diritti soggettivi, come si è da più parti osservato, ha avuto il pregio di indirizzare le decisioni dei giudici all'interno di canali predefiniti, in modo più o meno preciso, salvaguardando in qualche misura le esigenze di certezza del diritto e prevedibilità delle soluzioni giurisprudenziali⁽²⁴⁾.

L'esperienza tedesca ha esercitato una considerevole influenza sull'ordinamento giuridico di altri Stati europei quali quello greco e portoghese⁽²⁵⁾. Infatti, il codice civile greco, adottato nel 1940, riprende all'art. 288 la clausola generale di cui al § 242 del BGB. Dall'altro lato, l'art. 281 del medesimo codice, specialmente dedicato all'abuso del diritto, accoglie una formulazione assai più ampia rispetto al § 226 del BGB, stabilendo che l'esercizio di un diritto è vietato qualora ecceda manifestamente i limiti imposti dalla buona fede o dal buon costume o dalla finalità socioeconomica del diritto⁽²⁶⁾. È evidente come nella redazione della norma il legislatore greco sia stato influenzato dalle più articolate elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali straniere della teoria dell'abuso del diritto⁽²⁷⁾.

Invece l'articolo 334 del codice civile portoghese del 1966, dedicato in modo specifico all'abuso del diritto, stabilisce l'illegittimità dell'esercizio

⁽²³⁾ Relativamente a tali elaborazioni giurisprudenziali, vedi per tutti F. RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung. Tutela dell'affidamento e decadenza da un diritto*, Padova, 1971, p. 43, nonché, più recentemente, ID., *Bonne foi et exercice de droit dans la tradition du civil law*, in *Revue internat. dr. comparé*, 1998, p. 1066 ss., ove si dà altresì conto di alcuni indirizzi volti ad un ripensamento della concezione tradizionale (p. 1082).

⁽²⁴⁾ Vedi sul punto S. WHITTAKER, R. ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, cit., p. 23, e gli autori ivi citati.

⁽²⁵⁾ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003, p. 28.

⁽²⁶⁾ Su tale disposizione, vedi C. FRAGISTAS, *Der Rechtsmissbrauch nach dem griechischen Zivilgesetzbuch*, in *Festschrift für Martin Wolff*, Tübingen, 1952, p. 49; P. DELOUKAS, *Der Rechtsmissbrauch im griechischen Privatrecht*, in G. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 55 ss.; S. SYMEONIDE, *The General Principles of the Civil Law*, in D. KERAMEUS (ed.), *Introduction to Greek Law*, Deventer, Boston, 1993, p. 60. Cfr. Commissione per il diritto europeo dei contratti, nota 4 all'art. 1:201, in C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., pp. 121-122.

⁽²⁷⁾ Oltre agli autori citati alla nota precedente, vedi anche S. WHITTAKER, R. ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, cit., p. 50.

di un diritto quando il titolare ecceda manifestamente i limiti imposti dalla buona fede, dai buoni costumi o dallo scopo sociale o economico del diritto⁽²⁸⁾. Precedentemente a detta codificazione, e pur in assenza di alcuna base testuale espressa, una importante parte della letteratura portoghese si era già espressa in senso favorevole alla rilevanza della figura⁽²⁹⁾. Tale impostazione aveva altresì trovato una qualche eco nella giurisprudenza delle corti, le quali tuttavia avevano dimostrato una certa circospezione nell'applicazione dell'istituto⁽³⁰⁾. La nozione accolta dall'art. 334 del codice civile portoghese si caratterizza, dunque, per il riferimento ad una pluralità di criteri di identificazione dell'abuso, risultando abusivo l'esercizio di un diritto quando il titolare ecceda manifestamente i limiti imposti dalla buona fede (da intendersi in senso oggettivo), dai buoni costumi, dallo scopo sociale od economico del diritto stesso. Dato che tali criteri sembrano tra loro alternativi, può affermarsi che la norma apre notevoli spazi al giudice, nonostante la limitazione derivante dalla condizione per cui occorre che lo sconfinamento da detti limiti sia manifesto.

In effetti, un importante autore portoghese ha sottolineato come in tempi recenti le corti abbiano fatto crescente ricorso alla figura, tanto che, dopo quella tedesca, l'esperienza giurisprudenziale portoghese sarebbe oggi la più significativa a livello europeo⁽³¹⁾. In particolare, sulla scorta dell'impostazio-

⁽²⁸⁾ Codice civile portoghese, art. 334: «È ilegitimo o exercicio de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou economico desse direito». Cfr. anche l'art. 762, par. 2, del codice civile che sancisce in termini generali il principio di buona fede.

⁽²⁹⁾ V. già L. TITO ANTARES, *Do abuso do direito e da sua repercussao em Portugal:ensaio juridico*, Lisbona, 1936. Per più ampie citazioni sulla dottrina anteriore alla codificazione del 1966, cfr. F. A. CUNHA DE SA, *Abuso do direito*, Lisbona, 1973, nonché ID., *O abuso do direito na doutrina e na jurisprudência de Portugal*, in G. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 29.

⁽³⁰⁾ In effetti, è comune l'osservazione per cui la codificazione dell'istituto dell'abuso del diritto nel codice civile del 1966 sia stata più il frutto dell'influenza degli autori che non l'espressione di tendenze già consolidate sul piano del diritto vigente. In particolare, all'abuso del diritto venne dedicata un'articolata regolamentazione nel progetto preliminare redatto da Vaz Serra largamente ispiratosi all'esperienza giurisprudenziale tedesca, in cui venivano analiticamente delineate diverse figure di esercizio abusivo. Nella redazione, da parte della commissione ministeriale, della norma definitiva si guardò poi, più semplicemente al modello fornito dall'art. 281 del codice civile greco.

⁽³¹⁾ M. MENEZES CORDEIRO, *Teoria general do direito civil*, I, Lisbona, 1987, p. 376, con

ne delineata da Vaz Serra ed analogamente a quanto avvenne in Germania, la letteratura portoghese tende a riportare i casi di applicazione concreta del principio dell'abuso del diritto ad un insieme di sotto-figure tipiche⁽³²⁾.

Successiva all'esperienza portoghese è quella spagnola che ha codificato il principio dell'abuso del diritto a seguito della riforma delle disposizioni preliminari al codice civile del 1974. La *ley de bases* relativa alla modifica del titolo preliminare conteneva nel preambolo un riferimento all'opportunità di dare espressione nel nuovo sistema ad alcuni dei principi generali, quali quello dell'abuso del diritto e della sanzione della frode alla legge⁽³³⁾. In ogni caso, anche precedentemente a tale riforma, la teoria dell'abuso del diritto aveva trovato importanti sostenitori in dottrina⁽³⁴⁾, trovando conferma in significative pronunce giurisprudenziali ed era stata accolta dal legislatore in riferimento a settori determinati⁽³⁵⁾. Per ciò che concerne la giurisprudenza, una svolta si ebbe con una sentenza del *Tribunal Supremo* del 1944, nella quale la corte superiore sancì in termini ampi e ragionati la dottrina dell'abuso del diritto⁽³⁶⁾. In particolare, se inizialmente la nozione di abuso accolta sembra-

ampie citazioni delle sentenze più recenti.

⁽³²⁾ M. MENEZES CORDEIRO, *Teoria general do direito civil*, loc. cit., richiama tra le ipotesi più importanti: l'*exceptio doli*; il venire *contra factum proprium*; la *suppressio*; la sproporzione manifesta tra utilità conseguita e danno arrecato; la maliziosa invocazione di vizi di forma.

⁽³³⁾ *Ley de Bases subra el título preliminar del Còdigo Civil Espanol*, 17 marzo 1973.

⁽³⁴⁾ Nella letteratura giuridica spagnola, è ritenuta fondamentale l'opera di J. CALVO SOTELO, *La doctrina del abuso del derecho como limitacion del derecho subjetivo*, Madrid, 1917, p. 73.

⁽³⁵⁾ Di particolare interesse, per le vaste implicazioni, l'esplicito richiamo ai limiti dell'abuso del diritto e della frode alla legge operato nell'art. 9 della *Ley de Arrendamientos Urbanos*, così come riformata dal decreto 24 dicembre 1964. Per ulteriori indicazioni sulla legislazione anteriore alla riforma del codice civile del 1974, vedi A.F. FERNANDEZ DE VILLAVICENCIO, *El abuso del derecho en la doctrina y en la jurisprudencia espanolas*, in G. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, cit., pp. 77-78.

⁽³⁶⁾ Sentenza 14 febbraio 1944 (R 293). Il Tribunale supremo affermò in particolare che: «los dereeechos subjectivos, aparte de sus limite, con frecuencia defectuosamente precisados, tienen otros de orden moral, teleologico y social (...). Incurrer en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de aparente ejercicio de su derecho, trapasa, en realidad, los liniero impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con danos para tercero o para la sociedad». Cfr. anche, in termini conformi, la sentenza del 22 settembre 1959 (R 3359). In dottrina, v. al riguardo U. OLIVA, *La teoria del abuso del derecho en el Tribunal Supremo*, in *Rev. Facultad der. Madrid*, 1944, p. 175 ss. V. anche L. DIEZ-PICAZO, A.

va coincidere con la figura degli atti c.d. di emulazione, già a partire da tale sentenza la teoria risulta articolata in senso assai più vasto⁽³⁷⁾. In effetti, l'art. 7 del nuovo *Titulo Preliminar* al codice civile stabilisce al primo paragrafo un obbligo generale di esercizio dei diritti conformemente alle esigenze della buona fede, mentre il secondo paragrafo si apre con l'affermazione per cui l'abuso del diritto o l'esercizio antisociale dello stesso non sono protetti dalla legge⁽³⁸⁾. La norma dice poi che ogni atto od omissione che per l'intenzione dell'autore, per il suo oggetto o per le circostanze in cui si realizza oltrepassa manifestamente i limiti normali di esercizio di un diritto, con danno per un terzo, dà luogo a risarcimento nonché all'adozione dei mezzi giudiziari ed amministrativi che impediscano la persistenza dell'abuso. Quest'ultimo, secondo la norma, può ricavarsi da vari indici, quali l'intenzione dell'autore ma anche l'oggetto dell'atto di esercizio o l'insieme delle circostanze in cui si inserisce il comportamento individuale. Si ritiene poi, come sostenuto dalla giurisprudenza contemporanea⁽³⁹⁾, che il giudice abbia un vasto margine di apprezzamento quanto all'individuazione di un abuso nell'esercizio di una situazione giuridica soggettiva.

Ultimo esempio di codificazione dell'abuso del diritto lo troviamo in Olanda all'art. 13 del libro terzo del nuovo codice civile, dedicato ai diritti patrimoniali ed entrato in vigore nel 1992. È comunque opportuno ricor-

GULLON, *Sistema de derecho civil*, Madrid, 1985, p. 445.

⁽³⁷⁾ Invero, la sentenza provvede ad indicare analiticamente gli elementi integrativi dell'abuso del diritto, tra i quali individua quello della immortalità o antisocialità del danno, che può manifestarsi tanto in forma soggettiva (quando il diritto è esercitato al solo fine di nuocere o in difetto di un interesse serio o legittimo) quanto in forma oggettiva (quando il danno deriva da un eccesso o da un'anormalità nell'esercizio del diritto).

⁽³⁸⁾ Ai sensi dell'art. 7: «1. *Los derechos deberan ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.* 2. *La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto o omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con dano para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.*».

Vedi anche l'art. 1258 del *código civil*, ai sensi del quale i contratti vincolano non soltanto quanto a ciò che è espressamente pattuito ma altresì «a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley». Mette infine conto ricordare l'art. 57 del codice di commercio spagnolo.

⁽³⁹⁾ Vedi ad es. *Tribunal Supremo*, sentenze 5 febbraio 1959 (R. 456); 7 febbraio 1964 (R. 631); 7 luglio 1980 (R. 3301).

dare che la disciplina legislativa si è inserita nel solco di una consolidata esperienza giurisprudenziale di applicazione del principio⁽⁴⁰⁾. L'art. 3:13 si apre con una previsione generale, a termini della quale il titolare di un diritto non può compiere atti di esercizio dello stesso che si traducano in un abuso. La disposizione si presenta di particolare interesse soprattutto nella seconda parte, in cui provvede ad indicare alcune tipologie di esercizio abusivo di diritti soggettivi. Sono così richiamati l'esercizio di un diritto al solo scopo di nuocere ad altri oppure per una finalità diversa rispetto a quella per cui il diritto è stato riconosciuto. Del pari, è qualificato espressamente come abusivo l'esercizio di un diritto in circostanze tali che il titolare non avrebbe potuto ragionevolmente decidere di esercitarlo, attesa la sproporzione tra l'interesse dell'agente ed il danno in tal modo causato. Si è sottolineato l'ecclettismo di tale formula, la quale impiega diversi tra i criteri di valutazione dell'abuso che sono stati di volta in volta suggeriti in dottrina o nel contesto della concreta esperienza giurisprudenziale degli Stati che accolgono il principio⁽⁴¹⁾. In effetti, il legislatore olandese ha inteso con tale disposizione codificare gli orientamenti emersi in materia nella giurisprudenza precedente⁽⁴²⁾. È tuttavia da sottolineare, che in ciò non deve rinvenirsi alcun intento di "ingessare" la futura evoluzione dell'interpretazione giurisprudenziale, posto che l'elencazione delle ipotesi di abuso contenuta nell'art. 3:13 è ritenuta come meramente esemplificativa⁽⁴³⁾. Il divieto di abuso del diritto è codificato dall'art. 3:13 non soltanto con riferimento ai diritti patrimoniali, ma altresì in virtù della disposizione di rinvio di cui all'art. 3:15, riguardo ad altre

⁽⁴⁰⁾ Com'è noto, il precedente codice civile olandese, adottato nel 1838, risultava largamente ispirato al *Code Napoléon*. Tuttavia, a partire dalla metà del secolo scorso, la giurisprudenza olandese ha assunto un ruolo dinamico, discostandosi su molti punti dalle soluzioni codificate e risentendo sensibilmente dell'influenza di giurisprudenze straniere, in specie di quella tedesca.

⁽⁴¹⁾ Vedi U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, Padova, 1997, p. 28, il quale nota come nella formula impiegata «manca soltanto il riferimento alle regole della buona fede». Tale omissione si spiega peraltro con il fatto che, nel sistema del nuovo codice civile olandese, la regola della buona fede trova applicazione nel campo delle obbligazioni e dei contratti, disciplinato nel libro sesto, in cui assolve tra l'altro la funzione del principio dell'abuso del diritto.

⁽⁴²⁾ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 41.

⁽⁴³⁾ Vedi, al riguardo, le accurate notazioni di A. HARTKAMP, *Judicial Discretion under the New Civil Code of the Netherlands*, in *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, 1992, p. 28.

aree del diritto privato. Tecnicamente la disposizione non trova applicazione in riferimento alle obbligazioni ed ai contratti, materia disciplinata nel libro sesto del nuovo codice civile. In tale contesto, tuttavia, la funzione del divieto di abuso e della tecnica della frode alla legge è largamente svolta dal principio per cui le parti di un rapporto obbligatorio devono comportarsi nelle loro relazioni conformemente alle esigenze della “ragione e dell’equità”⁽⁴⁴⁾, principio che costituisce espressione nel sistema olandese del concetto di “buona fede”⁽⁴⁵⁾. In particolare, conviene ricordare l’art. 248 del libro sesto, ai sensi del quale una regola obbligatoria tra le parti di un contratto non dovrà trovare applicazione, qualora ciò risulti contrario alla ragionevolezza ed all’equità. In conclusione, può dirsi che nel diritto olandese il principio dell’abuso del diritto risulta centrale nel contesto dell’intero diritto privato.

2. — *Le interrelazioni tra abuso del diritto e frode alla legge.*

In Italia il concetto di abuso del diritto, nonostante le soluzioni europee poc’anzi esposte, non è stato codificato, suscitando, però, perplessità e contrasti⁽⁴⁶⁾. In origine, l’abuso del diritto era invece contemplato in una norma del progetto del codice italo-francese delle obbligazioni. All’art. 74 di questo si prevedeva che «è tenuto al risarcimento colui che ha cagionato danno ad altri, eccedendo nell’esercizio del proprio diritto i limiti posti dalla buona fede e dallo scopo per il quale il diritto gli fu riconosciuto» e nell’art. 7 del progetto definitivo del codice civile del 1942 si stabiliva che «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è stato riconosciuto». I timori di un eccessivo spazio che la figura dell’abuso avrebbe garantito alla discrezionalità del magistrato pesarono a favore della scelta definitiva del legislatore di non inserirlo nel codice⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁴⁾ Così l’art. 6:2 del codice.

⁽⁴⁵⁾ A. HARTKAMP, *Judicial Discretion under the New Civil Code of the Netherlands*, cit., § 6. Per un inquadramento generale, vedi A. HARTKAMP, M. TILLEMA, *Contract Law in the Netherlands*, The Hague, 1995, p. 78. Cfr. altresì: Commissione per il diritto europeo dei contratti, *Principi*, nota 4 all’art. 1:201, in C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., p. 121.

⁽⁴⁶⁾ S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 166; M. GIORGIANNI, *L’abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963, p. 12.

⁽⁴⁷⁾ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto civile*, Milano, 2019, p. 165.

Si potrebbe ipotizzare che l'abuso del diritto, nel diritto italiano, possa essere assorbito nell'ambito della frode alla legge *ex* art. 1344 c.c. La dottrina civilistica italiana mantiene generalmente distinte le figure dell'abuso del diritto e della frode alla legge⁽⁴⁸⁾, anche a motivo di un diverso ancoraggio delle stesse sul terreno positivo. Da un lato, la frode alla legge è invero contemplata quale causa di nullità dei contratti da un'apposita disposizione del codice civile. Come ha ribadito autorevolissima dottrina⁽⁴⁹⁾, l'abuso del diritto è uno strumento che il legislatore aveva voluto espungere dal sistema, ma che è ritornato in auge con grande determinazione attraverso la porta della giustizia tributaria e conquistandosi con il tempo diversi settori dell'ordinamento dal diritto processuale e deontologico fino al contrattuale.

L'art. 1344, dedicato al contratto in frode alla legge, dispone in particolare che la causa di un contratto si reputa illecita, quando lo stesso costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa. Dall'altro lato invece, la nozione di abuso del diritto non trova un preciso punto di riferimento codicistico e viene desunta da una serie di norme in materia di proprietà, diritti reali, obbligazioni contratti e anche del libro quinto del codice civile. Lo si può definire come un eccesso della posizione giuridica delineata dalla norma, presupponendo, dunque, una corrispondenza tra l'interesse prefigurato dalla norma e quello effettivamente perseguito dalla parte⁽⁵⁰⁾. Oltre a ciò, nella frode alla legge gli interessati perseguirono il loro scopo facendo uso dell'autonomia privata nell'ipotesi prevista dall'art. 1344. Riportare tale figura alla categoria dell'abuso di diritto è possibile solo a condizione di estendere quest'ultima molto al di là dei suoi confini originari, così da comprendervi anche fenomeni di abuso della libertà contrattuale o della facoltà dei privati di dare un certo assetto ai propri rapporti giuridici⁽⁵¹⁾. Autorevoli studiosi, da un lato, mettono in luce un'evidente analogia tra le finalità delle due tecniche normative, ambedue dirette a contrastare un'uti-

⁽⁴⁸⁾ U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 14.

⁽⁴⁹⁾ G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, p. 154.

⁽⁵⁰⁾ G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Padova, 2011, p. 111.

⁽⁵¹⁾ L. CARRARO, *Valore attuale della massima fraus omnia corrumpi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, pp. 793-794; U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., p. 67; J. GHESTIN, G. GOUBEAUZ, *Traité de droit civil*, I, *Introduction générale*, Parigi, 1990, p. 753.

lizzazione distorta degli istituti giuridici⁽⁵²⁾. Dall'altro, si sostiene che anche nel caso di frode alla legge si verserebbe in un'ipotesi di abuso di diritto, sia pure intendendo quest'ultimo in senso oggettivo, come regola giuridica⁽⁵³⁾.

Oltre a ciò, il divieto di abuso del diritto esprime una regola generale da valere per ogni tipologia di contratto è inoltre testimoniata dal fatto che lo stesso presenta delle indubitabili assonanze con la regola del “*venire contra factum proprium*”, che ha trovato per la prima volta all'art. 1.8. dei Principi di *Unidroit* un'espressa enunciazione, con il generale divieto incombente su ciascuna parte contrattuale e a prescindere dalla tipologia di contratto, in modo contraddittorio rispetto a un proprio impedimento e che abbia ingenerato nell'altra parte un ragionevole affidamento, creando a carico di quest'ultima uno svantaggio⁽⁵⁴⁾.

Sul piano generale, è senz'altro significativo che, in entrambe le categorie, venga utilizzata una tecnica giuridica fondata su una ricostruzione complessiva delle circostanze concrete della fattispecie, la quale permette all'interprete di qualificare in termini di illiceità un comportamento di per sé conforme alle previsioni di una norma astratta. È da notare soprattutto la maniera particolare in cui il problema della frode alla legge si è venuto a porre nel quadro dell'ordinamento europeo, dove il giudice si è trovato di fronte all'invocazione di una specifica situazione giuridica soggettiva riconosciuta dallo stesso diritto comunitario. Tali si possono senz'altro definire anche le c.d. libertà comunitarie fondamentali, posto che il loro contenuto è stato determinato in modo sempre più preciso dalla giurisprudenza.

Soprattutto attraverso la giurisprudenza comunitaria si è consolidata nell'ordinamento comunitario una nozione generale di abuso del diritto, suscettibile di comprendere al suo interno tre sottospecie distinte⁽⁵⁵⁾. È pos-

⁽⁵²⁾ M. AUDIT, *La fraude à la loi*, Parigi, 1974, p. 199; P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Fraude à la loi*, in *Enc. jur. Dalloz – Rép. dr. internat.*, II, Parigi, 1998, § 53 (per il quale l'impiego della tecnica della frode nel diritto internazionale privato getta una “passerella” tra la teoria della *fraude à la loi* e quella dell'abuso del diritto), vedi anche L. CARRARO, *Valore attuale della massima fraus omnia corrumpi*, cit., p. 795 il quale distingue tra “frode nell'esercizio di un diritto” e “attività fraudolenta indipendentemente dall'esercizio del diritto”.

⁽⁵³⁾ A. LIGERPOULO, *Fraude à la loi*, in *Rép. dr. internat.*, Parigi, 1930, p. 456.

⁽⁵⁴⁾ M. SACCHI, *Comodato di scopo e abuso del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, p. 218.

⁽⁵⁵⁾ È da rilevare il dato per cui gli istituti dell'abuso del diritto e della frode hanno trovato riconoscimento nel quadro delle più recenti esperienze di codificazione del diritto

sibile distinguere: *a*) l'elusione o la frode alla legge nazionale, cioè l'aggiramento di norme statali procurato attraverso l'uso strumentale di prerogative comunitarie (elusione della legge nazionale); *b*) la precostituzione fittizia o artificiosa delle condizioni prescritte da una norma comunitaria al fine dell'attribuzione di una prerogativa di vantaggio (frode alla norma comunitaria); *c*) l'esercizio di un diritto fondato su di una disposizione comunitaria, da ritenersi in concreto non conforme alla finalità della disposizione o ad altri criteri generali di valutazione (abuso del diritto in senso stretto).

In un'importante decisione in via pregiudiziale la Corte di giustizia⁽⁵⁶⁾ ha ritenuto di fare applicazione della nozione di abuso del diritto, nonostante il fatto che la questione sollevata dal giudice *a quo* non contenesse alcun esplicito riferimento alla nozione. Qualche elemento di confusione è derivato dal richiamo talvolta operato dalla Corte, con riferimento alla materia dell'abuso del diritto, al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti attribuiti dalle norme comunitarie. Non pare che in tal modo la Corte di giustizia abbia voluto qualificare il principio dell'abuso del diritto quale istituto di carattere processuale. Tra l'altro, come si è osservato⁽⁵⁷⁾, il riferimento alla consolidata giurisprudenza in materia di efficacia della tutela giurisdizionale, apprestata dagli Stati riguardo alle situazioni soggettive comunitarie, risulterebbe poco confacente in relazione all'abuso, atteso che effetto di quest'ultima tecnica è, per definizione, la paralisi della situazione giuridica in concreto invocata. Piuttosto, detto richiamo, non molto felice da un punto di vista tecnico e del resto oggetto di successivo aggiustamento, può trovare qualche spiegazione nella natura prettamente giudiziale della tecnica dell'abuso. Ma soprattutto, esso va inteso nel senso che la Corte di giustizia vuole mantenere un controllo sulla corretta applicazione da parte dei giudici nazionali delle tecniche repressive dei fenomeni di abuso di diritti comunitari. Controllo che essa non può che esercitare, come appena detto, alla stregua di una teoria comunitaria dell'abuso del diritto.

In ogni caso è evidente che solo questa chiave di lettura è capace di risolvere in modo adeguato l'apparente antinomia tra abuso del diritto e princi-

privato; J. DABIN, *Le droit subjectif*, Parigi, 1952, p. 84; ID., *La philosophie de l'ordre juridique positif*, Paris 1929, p. 63.

⁽⁵⁶⁾ Corte giust., sent. 21 febbraio 2008, C-425/06.

⁽⁵⁷⁾ C. NIZZO, *L'abuso dei 'diritti comunitari': un quesito non risolto*, in *Dir. comm. internaz.*, 1977, p. 769.

pio del primato del diritto comunitario. Si sono, infatti, levate da più parti critiche nei riguardi dell'accettazione, ad opera della giurisprudenza della Corte di giustizia, del principio dell'abuso, il quale a parere di alcuni autori ridimensionerebbe o addirittura pregiudicherebbe il dogma della preminenza del diritto comunitario sul diritto nazionale. In realtà, qualora si pensi al modo di operare del principio dell'abuso, tali riserve non sembrano, sul piano tecnico-giuridico, giustificate. In effetti, nel caso in cui sia da ravvisare la natura abusiva del comportamento individuale, in astratto conforme al contenuto di un diritto soggettivo, la norma su cui tale diritto pretende fondarsi viene, per così dire, "disattivata" in relazione al caso concreto.

La Corte di giustizia ha avuto modo di richiamare la dottrina dove possono ricavarsi alcuni elementi comuni, dai quali dipende la ricostruzione della fattispecie elusiva. Si può segnatamente parlare di un elemento oggettivo, di un elemento soggettivo e di un elemento teleologico, che risulta centrale in ordine alla distinzione tra l'illecita elusione e la legittima abilità nello sfruttare i vantaggi offerti dall'ordinamento comunitario. In primo luogo, le situazioni in cui si è ravvisata un'ipotesi di elusione sono caratterizzate dalla circostanza che il soggetto, pur incardinando il suo statuto giuridico nell'ordinamento dello Stato che offre le condizioni più favorevoli, indirizza totalmente o prevalentemente le proprie attività economiche verso il territorio di altro Stato, la cui legislazione risulta, sotto qualche profilo, più severa o comunque meno attraente (elemento oggettivo o materiale)⁽⁵⁸⁾. La concreta esperienza giurisprudenziale, siffatta dissociazione tra lo Stato cui si viene a collegare il proprio statuto giuridico e lo Stato nel quale s'intende effettivamente operare può essere realizzata in via simultanea o anche in fasi temporali successive.

La seconda ipotesi viene in luce, ad esempio, nei casi in cui merci, inviate in un altro Stato membro al fine di acquisire una tutela comunitaria, siano riesportate nello Stato di origine, oppure nelle situazioni in cui il cittadino di uno Stato consegua in un altro Stato membro un titolo professionale per avvalersene successivamente nello Stato nazionale. Costituisce elemento caratteristico delle ipotesi di elusione il fatto che il soggetto, grazie all'invocazione di un diritto riconosciuto dall'ordinamento comunitario, evita l'applicazione

⁽⁵⁸⁾ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 213.

di regole obbligatorie⁽⁵⁹⁾, cui risulterebbe altrimenti sottoposto ed al tempo stesso consegue il risultato che gli sarebbe precluso dalle regole stesse. È evidente come lo spazio più favorevole al proliferare di tali pratiche sia offerto dalle situazioni in cui, nell'ambito di operatività di un ordinamento statale, sussistano significative divergenze di regolamentazione, in riferimento a determinate attività, a seconda che le stesse risultino esclusivamente collegate all'ordinamento stesso oppure siano prestate sotto copertura comunitaria. Perché possa porsi un problema di frode è necessario che l'operazione concretamente realizzata dal privato determini un aggiramento di norme imperative o comunque sfavorevoli⁽⁶⁰⁾, cui egli sarebbe stato altrimenti soggetto. La dottrina, a questo particolare riguardo, ha affrontato in una dimensione costruttiva il problema della frode alla legge, sul piano tanto del diritto civile quanto del diritto internazionale privato, si è tradizionalmente divisa tra i fautori della concezione soggettivistica ed i sostenitori della teoria oggettivistica⁽⁶¹⁾. Secondo la prima scuola di pensiero, che si ricollega alle più antiche elaborazioni della teoria, ai fini dell'integrazione della fattispecie di frode che risulterebbe indispensabile la sussistenza dell'elemento soggettivo, delineato nei termini di vera e propria intenzione fraudolenta. Si richiederebbe cioè l'accertamento della volontà del soggetto interessato di sottrarsi alla norma concernente aggirata (c.d. *animus fraudandi*)⁽⁶²⁾.

⁽⁵⁹⁾ M. DI FILIPPO, *Diritto comunitario e pluralismo nei mezzi di comunicazione di massa*, Torino, 2001, p. 170.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., p. 504, il quale rileva come la nozione di frode alla legge possa applicarsi non soltanto alle norme imperative *stricto sensu* (in senso civilistico) ma anche a «quelle che semplicemente stabiliscono effetti sfavorevoli a carico delle parti o di una parte (es.: necessità di autorizzazioni; norme fiscali; norme che stabiliscono obblighi a carico del datore di lavoro; frode alla legge attraverso l'applicazione di norme di diritto internazionale privato, ecc.)». C'è da chiedersi se la tecnica repressiva della frode possa operare nei confronti della invocazione fraudolenta di una norma comunitaria, anche a tutela dell'applicazione di una regola la quale trovi la sua fonte non in una norma di legge di uno Stato membro ma in un contratto.

⁽⁶¹⁾ F. FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, 1948, p. 619; C. CALVOSA, *La frode alla legge nel negozio giuridico*, in *Dir. e giur.*, 1949, p. 325; G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, cit., p. 10; G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, Milano, 2008, p. 23; E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 93; S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, 2006, p. 110.

⁽⁶²⁾ Vedi, tra gli altri F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, Milano, 1914, p. 20; L. CARRARO,

I fautori della tesi opposta ritengono invece sufficiente, ai fini dell'applicazione della tecnica in parola, la concreta idoneità dell'operazione a conseguire il risultato vietato dalla norma imperativa⁽⁶³⁾.

Per quanto concerne il punto di vista dell'ordinamento comunitario, la giurisprudenza della Corte di giustizia che si è occupata delle ipotesi di elusione della legge nazionale non sembra aver risolto in maniera definitiva il tradizionale dilemma. La sentenza *Centros* riprende una formula più volte impiegata dalla Corte di giustizia, afferma che, per ricostruire il comportamento abusivo o fraudolento, il giudice nazionale deve basarsi su elementi obiettivi⁽⁶⁴⁾. Ciò non sembra, tuttavia, implicare un disconoscimento della rilevanza dell'elemento soggettivo, quanto piuttosto ribadire la necessità che l'accertamento, ad opera del giudice nazionale, della sussistenza di una condotta abusiva o fraudolenta sia svolto sulla base di circostanze obiettivamente rilevabili e non sulla scorta di mere ipotesi soggettive.

Frode alla legge, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1968, p. 649; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Milano, 1988, pp. 56 e 250 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, pp. 191-192. Nella giurisprudenza italiana, v. ad es. Cass., 9 dicembre 1971, n. 3568, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, c. 967; Cass., 11 gennaio 1973, n. 63; Cass., Sez. un., 7 luglio 1981, n. 4414. Particolare la concezione di S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 298 ss., il quale ritiene che la frode alla legge presupporrebbe l'esistenza, accanto al negozio primario, di un ulteriore negozio (accordo fraudolento) che avrebbe la funzione di degradare il primo negozio a strumento per eludere la norma imperativa. Sul piano del diritto internazionale privato, la tesi subiettivistica è sostenuta da M. FEDOZZI, *La frode alla legge nei rapporti di diritto internazionale privato*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1900, pp. 72 ss. e 354 ss., spec. p. 361; G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Parigi, 1963, p. 78.

⁽⁶³⁾ Cfr. tra gli altri A. CESSARI, *La struttura della fraus legi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, p. 1071 ss.; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Id.*, *Tratt. dir. civ. e comm.*, Milano, 1972, p. 288; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1998, p. 586. Nella giurisprudenza italiana, v. ad es. Cass., 11 aprile 1951, n. 853; Cass., 11 gennaio 1973, n. 63. Cfr. sul punto anche U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., p. 502. Per la tesi secondo cui la teoria della frode alla legge non andrebbe accolta proprio in ragione dell'impossibilità di un'indagine sulle intenzioni dell'agente, vedi recentemente con riferimento ai conflitti di legge, J. FAWCETT, *Evasion of law and Mandatory Rules in Private International Law*, in *Cambridge Law Journal*, 1990, p. 50 ss.

⁽⁶⁴⁾ Sent. 9 marzo 1999, *Centros*, cit., punto 25. V. già sent. 10 gennaio 1985, *Leclerc/Au Blé Vert*, cit., punto 27 e dispositivo, nonché sent. 21 giugno 1988, *Lair*, cit., punto 43. Nel senso che occorre interpretare la nozione di frode in senso obiettivistico, per lo meno quando il soggetto interessato sia un ente collettivo.

Altre sentenze in materia di elusione sembrano d'altronde far riferimento, in modo più o meno evidente, ad una vera e propria intenzione fraudolenta del soggetto interessato, intesa in senso psicologico. L'importanza dell'elemento internazionale ai fini della ricostruzione di ipotesi di elusione è stata per altro verso affermata in modo esplicito anche in un'importante comunicazione della Commissione europea, sia pure relativamente ad una materia specifica⁽⁶⁵⁾.

La dottrina civilistica ha, infatti, messo in risalto come pure i teorici della concezione soggettivistica ammettano una prova indiretta o indiziaria della *intentio* fraudolenta⁽⁶⁶⁾. La teoria esposta è accolta prevalentemente anche dalla giurisprudenza interna degli Stati e in particolare dalla giurisprudenza francese che ha riaffermato la natura essenziale dell'elemento soggettivo. Infatti, la Corte di Giustizia, nella sentenza *Emsland-Starke*, ha ribadito la necessità dello stesso elemento soggettivo che consiste nella volontà di ottenere un vantaggio derivante dalla normativa comunitaria attraverso la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento: si evince quindi, la volontà di "beneficiare illecitamente" della normativa comunitaria con conseguente estensione di elusione della legge nazionale. La stessa sentenza ha stabilito che è compito del giudice nazionale accertare la sussistenza dell'elemento soggettivo, ribadendo, però, l'autonomia procedurale dei singoli ordinamenti nazionali per quanto riguarda la prova del comportamento fraudolento⁽⁶⁷⁾. Sostanzialmente i giudici comunitari non prendono

⁽⁶⁵⁾ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 217; M. ATIENZA, J RUIZ MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004, p. 75.

⁽⁶⁶⁾ L'espressione intento elusivo indica una caratteristica fondamentale usata per colpire le elusioni e cioè la distinzione tra l'area delle operazioni legittime, perché giustificate da apprezzabili interessi e l'area delle operazioni elusive. Cfr. U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., p. 505.

⁽⁶⁷⁾ La Corte di Appello di Napoli, nella sentenza n. 32/2001, *La Rinascente S.p.A. c. Fallimento Ga.La s.r.l.*, ha ritenuto nullo per frode alla legge, il contratto di cessione di un'azienda realizzato dal cedente per liberarsi di un gruppo di lavoratori e impiegati nell'unità produttiva; la Corte ha riscontrato l'intento elusivo della legislazione in materia di licenziamenti e ribadendo che la prova doveva avere necessariamente una matrice indiziaria, volta a comprendere il comportamento complessivo delle parti: nella fattispecie la Corte ha ravvisato una serie di elementi che attestavano, con ragionevole certezza, il chiaro intento elusivo del cedente.

posizione relativamente alle modalità di prova vigenti nei vari ordinamenti nazionali in ambito di frode, sempre però che sia rispettata la disciplina comunitaria generale.

In riferimento, invece, all'abuso del diritto in senso stretto, la dottrina, parte dalla regola generale consistente nel rifiuto di tutela da parte dell'ordinamento alle situazioni giuridiche esercitate in modo abusivo.

3. — *Caratteri e "tipicità" dell'abuso del diritto.*

L'abuso del diritto è stato ed è tutt'ora oggetto di attenzione dalla dottrina che ha anche elaborato anche gli elementi che lo contraddistinguono⁽⁶⁸⁾. Il primo elemento è la titolarità di un diritto soggettivo o potestativo in capo a un soggetto, indifferentemente se la sua fonte sia legale o contrattuale. Essa assicura al titolare la possibilità di respingere pretese altrui (contrarie al contenuto del proprio diritto) in quanto infondate alla luce dell'ordinamento giuridico di riferimento. Chi acquista la titolarità di un diritto, anche a contenuto meramente patrimoniale, non gode solo dell'utilità corrispondente al valore economico di quel diritto, ma acquista altresì il valore (non necessariamente valutabile in termini strettamente economici) derivante dalla soddisfazione di sapere che la propria posizione è regolare. Il diritto soggettivo viene, però, inquadrato anche in un'ottica di tipo teleologico, che trascende l'utilità individuale del singolo titolare del diritto e lo riporta invece ad una funzione sociale. L'esercizio di un diritto soggettivo deve confrontarsi e armonizzarsi con diritti e interessi concorrenti, incluso, in ipotesi, l'interesse generale⁽⁶⁹⁾. Questa caratteristica, per cui l'"utilità" derivante dalla attribuzione di diritti soggettivi trascende l'ambito particolare del titolare del diritto stesso, diventa addirittura preminente nei cosiddetti "diritti-funzione", o potestà.

⁽⁶⁸⁾ Su tutti P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 218; G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *Ragion pratica*, 24, 2005, p. 166; S. PATTI, *Abuso del diritto*, Torino, 1987, p. 2.

⁽⁶⁹⁾ G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti*, cit., p. 5; M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di "abuso del processo"*, in *Diritto privato*, 1997, pp. 435-457; R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUARNERI, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, p. 322.

Il secondo elemento è la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate. È possibile che si verifichino atti di esercizio del diritto che traviano la funzione del diritto stesso, alla luce di un criterio da precisare, con la conseguenza di un possibile cattivo esercizio di un potere discrezionale⁽⁷⁰⁾. Nella scienza giuridica si individuano due posizioni ideologiche in relazione ai criteri utilizzati per effettuare la valutazione: l'ideologia cattolica e l'ideologia socialista⁽⁷¹⁾. In base all'ideologia di ispirazione cattolica la morale costituisce misura del giudizio e della correzione del sistema, l'uso morale o immorale del diritto diviene il criterio di valutazione dell'esercizio dei diritti. Tuttavia, tale approccio rischia di identificare l'abuso con il peccato dal momento che la censura morale costituisce il presupposto della sanzione irrogata dalla norma positiva. Secondo l'ideologia socialista, invece, la misura del giudizio è costituita dalla coscienza sociale e ciò in quanto «le nostre prerogative individuali presuppongono un consenso della comunità sociale». L'ideologia socialista si differenzia da quella cattolica, tra l'altro, per la sua mutevolezza in relazione ai nuovi bisogni della coscienza comune, ove, invece, per l'ideologia cattolica diritto naturale e superlegalità rappresentano un corpo unitario e immutabile con il limite della flessibilità necessaria per rendere operante il diritto naturale.

Il terzo elemento è la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva del diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto a un criterio di valutazione giuridico o extragiuridico. Secondo un primo orientamento l'abuso del diritto rappresenta uno strumento idoneo a garantire un esercizio "normale" del diritto soggettivo e la sua esistenza è verificabile sulla base dei principi generali e dei valori sociali dell'ordinamento⁽⁷²⁾. In tale prospettiva, parte della giuri-

⁽⁷⁰⁾ La categoria dell'abuso del diritto può essere applicata anche ai diritti di libertà (ad esempio, i diritti e le libertà fondamentali previsti nelle costituzioni), proprio perché le libertà hanno un contenuto indefinito e rendono quindi possibili situazioni in cui una determinata condotta, che consiste nell'esercizio di una libertà costituzionale, si risolve nella compressione di un diritto o una libertà altrui.

⁽⁷¹⁾ In particolare P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 33 ss.; G. SOLARI, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, I, *L'idea individuale*, Torino, 1911, p. 21; R.T. BONANZINGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in www.comparazionedirittocivile.it.

⁽⁷²⁾ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980, p. 180.

sprudenza ha precisato che sussisterebbe abuso del diritto qualora ricorra un “uso oggettivamente anormale del diritto”⁽⁷³⁾, inteso come contrasto con i principi fondamentali dell’ordinamento giuridico o con specifiche disposizioni di legge che lo regolano ovvero qualora l’esercizio del diritto non realizzi un temperamento con le esigenze sociali e non miri alla realizzazione di un interesse reale. Per altri, invece, l’abuso sussisterebbe nel caso in cui un soggetto utilizza i poteri e le facoltà di cui è titolare al fine di perseguire un interesse differente rispetto a quello per il quale sono stati conferiti, cosicché si è ritenuto che «l’abuso vive dello scarto tra fattispecie normativa e fatto concreto»⁽⁷⁴⁾. Ma l’idea che l’abuso possa consistere in una deviazione dell’esercizio del diritto da uno scopo che può essere costituito dalla finalità intrinseca del contenuto del diritto o da una finalità estrinseca, un interesse superiore, è stata criticata da altra parte della dottrina secondo la quale, soprattutto nel primo caso, si tende a confondere la prospettiva dell’abuso con quella dell’eccesso del diritto, dal momento che una finalità intrinseca è desumibile dal contenuto del diritto e contribuisce a stabilire i limiti della situazione soggettiva⁽⁷⁵⁾.

L’ultimo elemento che caratterizza l’abuso del diritto è la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio cui è soggetta l’altra parte. Pertanto, un atto di esercizio di un diritto è abusivo se il titolare ha intenzionalmente recato un danno ad una controparte, facendosi schermo dell’apparenza di legittimità della propria condotta offertagli dalla titolarità di un diritto soggettivo. Normalmente, il criterio dell’intenzionalità del danno si accompagna a quello della mancanza di un interesse effettivo all’atto di esercizio del diritto, ma in realtà l’incontro tra questi due criteri produce effetti curiosi: il secondo è destinato ad annullare il primo, in ragione dei meccanismi processuali di distribuzione dell’onere della prova e degli strumenti probatori di fatto accessibili alle parti⁽⁷⁶⁾. Infatti, la prova dell’intenzionalità si rivela tanto difficile da produrre per la controparte, costituendo una sorta

⁽⁷³⁾ Cass., 15 novembre 1960, n. 3040, in *Mass. Giur. it.*, 1960, p. 788.

⁽⁷⁴⁾ C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell’abuso del diritto*, Milano, 2007, p. 81; V. MULLER ERZBACH, *L’abuso del diritto secondo la dottrina teleologica*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, p. 89.

⁽⁷⁵⁾ F.D. BUSNELLI, E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in AA.VV., *L’abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997*, Padova, 1998, p. 187.

⁽⁷⁶⁾ G. PINO, *L’esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti*, cit., p. 11.

di *probatio diabolica*, da indurre a farla coincidere con la sussistenza di determinate circostanze obiettive, come ad esempio la mancanza di interesse per il titolare del diritto al compimento dell'atto presunto abusivo. Di contro, se si richiede che sussistano contemporaneamente sia l'intenzione di nuocere che l'assenza di vantaggio per il titolare, al fine di dichiarare abusivo l'atto di esercizio del diritto, anche una volta che sia stata dimostrata l'intenzione di nuocere, un qualsiasi minimo vantaggio potrà essere facilmente reclamato dal titolare del diritto, mettendo così fuori gioco il divieto. Si intende agevolmente che il ricorso al criterio dell'intenzionalità ha l'effetto di restringere drasticamente l'ambito di operatività del divieto di abuso. La teoria soggettiva si scontra infatti con la difficoltà di dimostrare l'esistenza di uno stato mentale, e per aggirare questa difficoltà si apre sovente la porta a presunzioni e finzioni giudiziali: nel caso in cui l'atto abusivo non abbia alcuna seria giustificazione si presume/finge l'esistenza dell'*animus nocendi*. Per sfuggire alle strettoie delle teorie intenzionali-soggettive (storicamente, le prime ad apparire), è stata seguita la strategia di neutralizzare l'elemento psicologico dell'intenzione di cagionare danno o molestia, e trasformare il vantaggio del titolare apprezzabile o meritevole.

La mancata codificazione del divieto di abusare di un proprio diritto ha ingenerato la questione di quale ne sia il fondamento da un punto di vista normativo⁽⁷⁷⁾. Secondo una prima ricostruzione, l'abuso sarebbe stato configurabile non già alla stregua di una categoria generale, ma solo in determinate ipotesi appositamente tipizzate dal legislatore. Tra queste si distingue l'art. 833 c.c., che pone il divieto di atti emulativi che non abbiano altro scopo se non quello di arrecare molestia ad altri⁽⁷⁸⁾. Non è sufficiente che la condotta del soggetto titolare del diritto arrechi nocimento o molestia ad altri, ma anche che essa sia stata posta in essere con questa esclusiva finalità senza che sia riscontrabile, per contro, una diversa giustificazione economica e sociale che stia alla base di un intento di perseguire un proprio vantaggio, un'utilità concreta⁽⁷⁹⁾. La teoria in esame riteneva, in definitiva, che solo se il legislatore avesse specificato in quali ipotesi un abuso effettivamente potesse concretizzarsi, avrebbe potuto dirsi soddisfatta l'esigenza di certezza del diritto,

⁽⁷⁷⁾ A. GAMBARO, *Abuso del diritto*, Roma, 1988, p. 4.

⁽⁷⁸⁾ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, p. 57.

⁽⁷⁹⁾ G. CHINÈ, M. FRATINI, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, Molfetta, 2017, p. 795.

oltre che, nelle ipotesi in cui ciò sia applicabile, anche il concetto di legittimo affidamento, evitando di generalizzare una figura dai contorni troppo incerti e dalla rilevantissima *vis expansiva*.

Anche in materia di condominio, la giurisprudenza ha ribadito che l'atto emulativo, vietato *ex art.* 833 c.c., presuppone lo scopo esclusivo di nuocere o di recare pregiudizio ad altri, in assenza di una qualsiasi utilità per il proprietario, non deve pertanto essere ricondotto a tale categoria quell'atto che comunque corrisponde ad un interesse del proprietario⁽⁸⁰⁾. A tal proposito, il giudice non può compiere una valutazione comparativa discrezionale fra gli interessi in gioco o formulare un giudizio di meritevolezza e prevalenza fra gli stessi.

Con la valorizzazione progressivamente attribuita nel tempo al ruolo della buona fede oggettivamente intesa e della correttezza si è, invece, evidenziato come il principio di abuso del diritto ben possa desumersi dall'art. 2 della Costituzione che enuncia, fra le altre, una profonda istanza solidaristica, intesa come limite di qualsivoglia situazione giuridica soggettiva. Così, ad esempio, in ossequio all'operatività del canone generale di buona fede oggettivamente intesa, *ex artt.* 1175 e 1375 c.c., il debitore potrà paralizzare l'azione del creditore, laddove con il proprio contegno tale ultimo soggetto attraverso alcune modalità di esercizio del proprio diritto, intenda perseguire uno scopo diverso rispetto a quello previsto dalla norma⁽⁸¹⁾.

Il comune denominatore di queste previsioni normative è quello che impone alle parti di comportarsi secondo le regole della correttezza, il che significa che non possono abusare della propria posizione utilizzando in modo distorto e per fini illeciti dei diritti nascenti dalla legge o dal contratto. Su questi principi normativi la giurisprudenza è arrivata a dare una sorta di definizione giuridica del concetto di abuso di diritto⁽⁸²⁾, sostenendo la tesi che di abuso si può parlare quando viene esercitato un potere od una facoltà, attribuiti ad un soggetto dal contratto, con modalità non necessaria ed

⁽⁸⁰⁾ Cass., 14 giugno 2016, n. 12235, il merito della questione aveva ad oggetto, la presunta natura emulativa della richiesta di ripristino dell'impianto di riscaldamento centralizzato, soppresso da una delibera dichiarata illegittima, considerando la sproporzione tra i costi necessari all'uso e quelli per realizzare un impianto unifamiliare nell'appartamento dell'istante.

⁽⁸¹⁾ Cfr. Cass., 6 febbraio 1982, n. 688, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1577.

⁽⁸²⁾ Cass., 18 settembre 2009, n. 20106.

irrispettosa del dovere di correttezza e buona fede, con uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per quali quei poteri o facoltà furono attribuiti. Le conseguenze giuridiche di una simile condotta possono portare al risarcimento del danno *ex art* 2043 c.c., oppure alla dichiarazione di inefficacia degli atti compiuti in violazione del divieto di abuso del diritto.

Altre norme evocanti, in linea teorica, l'idea di abuso del diritto potrebbero essere quella dell'articolo 1059 c.c., il quale impone al comproprietario, che agendo individualmente abbia concesso una servitù, di non impedire l'esercizio della stessa; l'abuso di responsabilità genitoriale *ex. art.* 330 c.c. e gli artt. 2793 c.c. e 1015 c.c. rispettivamente in punto di abuso della cosa ad opera del creditore pignoratizio e di abuso del diritto di usufrutto. Queste ipotesi localizzate, per lo più, con uno sforzo della dottrina, ci permettono appena di tratteggiare i caratteri dell'abuso del diritto, che invece sono ben individuati in altri ordinamenti. Sarà interessante vedere, se in un'ottica di un'armonizzazione del diritto europeo, il legislatore possa ritornare sulle sue scelte e disciplinare concretamente l'abuso del diritto.