DIPARTIMENTO DISTU
Corso di dottorato in
Diritto dei contratti pubblici e privati
XXVI Ciclo · 2011-2014
Settore scientifico disciplinare prevalente:
IUS/01

# Abuso del diritto ed elusione fiscale nella prassi civile e tributaria

COORDINATORE: Chiar.mo Prof. Mario Savino

RELATORE: Chiar.ma Prof.ssa Anna Moscarini

DOTTORANDO: Dott. Francesco Santoro

a.d. 2013-2014

*Ai miei genitori, che mi hanno donato la vita*

*A mia moglie e ai miei figli, che l'hanno resa gioia infinita*

# NOTE DI CONSULTAZIONE

Per non ingombrare inutilmente il testo, le note bibliografiche sono indicate col solo nome dell'autore (es.: ALBANESE B., DABIN J., SECKEL E. ) seguiti dal numero di pagina. Gli estremi completi dell'opera sono presenti in bibliografia, ordinata alfabeticamente per cognome.

In caso di più lavori del medesimo Autore, accanto al nome compare un numero (es.: RESCIGNO P. [1], SCIALOJA V. [2], BOBBIO N. [3]), e così anche in bibliografia, per distinguerli.

Buona lettura.

# INDICE

**RINGRAZIAMENTI** ..... **IX**

**PREMESSA** ..... **X**

## PARTE I · I PRESUPPOSTI DELL'ABUSO

### CAPITOLO I · ABUSO E FORME LECITE DELL'AGIRE

1. Introduzione: ragioni e metodo della ricerca ..... 17
2. Le situazioni giuridiche soggettive e le forme lecite dell'agire ..... 22
3. Il diritto soggettivo ..... 29
4. Il diritto potestativo ..... 53
5. La potestà ..... 56
6. La facoltà ..... 61
7. Lo *status* ..... 63
8. L'interesse legittimo ..... 66
9. Conclusioni: spunti critici sulla tradizionale terminologia giuridica ..... 70

## PARTE II · L'ABUSO NELLA TEORIA GENERALE DEL DIRITTO

### CAPITOLO II · DALL'ABUSO ALL'ABUSO DEL DIRITTO

1. L'abuso quale problema morale: il paradosso definitorio ..... 79
2. L'abuso quale strumento economico: interesse e socialità nel diritto ..... 94
3. L'abuso quale "doppione" dell'illecito: la pericolosa duplicazione della responsabilità ..... 107
4. L'abuso del diritto quale problema interpretativo: discrezionalità e arbitrio nell'attività decisoria ..... 120

## CAPITOLO III · L'ILLECITO ABUSIVO

1. L'elemento oggettivo dell'illecito abusivo: l'esercizio lecito....132
2. (segue): la condotta illecita....139
3. Il giudizio sull'abusività della condotta: forme e limiti del sindacato giurisdizionale....159
4. L'elemento soggettivo dell'illecito abusivo: il dolo specifico di danno e di vantaggio....180
5. La definizione di illecito abusivo....197

# PARTE III · L'ABUSO NEL DIRITTO TRIBUTARIO

## CAPITOLO IV · ABUSO DEL DIRITTO ED ELUSIONE FISCALE

1. Il fenomeno globale dell'elusione fiscale....205
2. Elusione fiscale e principi costituzionali....220
3. Divieto d'elusione e principi costituzionali: limiti e controlimiti alle libertà economiche dei privati....225
4. Divieto d'elusione e principio di legalità dell'azione amministrativa....236
5. Divieto d'elusione, principio di legalità e profili penali delle fattispecie elusive....257

**CONCLUSIONI....266**

**BIBLIOGRAFIA....268**

# RINGRAZIAMENTI

Questo lavoro deve la sua riuscita innanzi tutto alla Prof.ssa Anna Moscarini, che ho avuto la fortuna di avere come guida nel mio percorso dottorale. La ringrazio per avermi onorato di una sincera stima e per avermi indirizzato e consigliato con eccezionale attenzione e capacità.

Fondamentali sono stati anche i componenti del Collegio Docenti del corso di dottorato in "Diritto dei contratti pubblici e privati" dell'Università degli Studi della Tuscia di Viterbo. Nel corso degli incontri con noi dottorandi hanno dimostrato sempre grande interesse per la mia tesi, gratificandomi con i loro complimenti. A loro porgo un sentito ringraziamento per le preziose indicazioni fornitemi in questi tre anni, con le quali hanno contribuito alla riuscita del presente lavoro.

Ai miei genitori, Giuseppe e Adriana, cui devo la vita, non posso che dire, per l'ennesima volta, grazie. Di tutto.

A mia moglie Francesca, che rende meraviglioso ogni giorno della mia vita, davvero fin troppo paziente nei miei confronti, va tutto il mio amore, soprattutto per avermi sopportato e supportato in questi tre anni di studi intensi che hanno tolto inevitabilmente tempo alla nostra vita familiare. La ringrazio con gioia, dedicandole questo lavoro e mandandole un affettuoso bacio.

Ai nostri figli, Giovanni e Alessandro, bellissimi doni di Dio, che hanno la sfortuna di avere un papà a cui piace studiare, devo le mie scuse per il tempo sottratto ai loro giochi. Mi impegno fin d'ora a fare gli straordinari, per vedere sempre più spesso i sorrisi con cui mi davano la buonanotte mentre scrivevo la tesi.

# PREMESSA

Studiare l'abuso del diritto significa studiare il Diritto. Sono queste le parole, che in una sintesi perfetta, racchiudono lo spirito di questa ricerca.

Parlare di abuso, infatti, implica una esatta conoscenza della nozione di uso[1] del diritto, il quale però viene concettualmente ad esistenza solo quando, dalla mente del giurista, scompare la consolidata certezza della perenne liceità del diritto, messa in crisi dal dubbio gravoso dell'immoralità, dell'antisocialità, dell'assenza di una qualche forma di legittimità nell'esercizio dello stesso, e comincia a delinearsi, confusa, l'idea che l'*agere licere* non sia tale in virtù di una norma, ma dell'intero ordinamento giuridico[2].

---

1 Ordinariamente individuato, a seconda dei casi, nell'esercizio ordinario, normale, correttamente finalizzato o socialmente adeguato… e quindi lecito del diritto. Per una lettura critica avversa all'idea di un "uso" del diritto, si leggano le pagine di ORLANDI M. [1], p. 147, nonché ID. [2], p. 105. Sull'erroneità teorica e l'utilità pratica del parlare di "uso" del diritto v. *infra*, parte I, cap. I, p. 9.

2 Sul dovere di interpretare ogni norma in base all'intero ordinamento giuridico si ricordino le significative e sempre valide parole di SANTI ROMANO [1], p. 104: "Quella che comunemente si chiama interpretazione della legge e, quindi, anche e soprattutto l'interpretazione che impropriamente si dice evolutiva, è sempre interpretazione, non di una legge o norma singola, ma di una legge o norma che si prende in esame con riguardo alla posizione che essa ha nell'intero ordinamento giuridico: il che vuol dire che ciò che effettivamente si interpreta è tale ordinamento e, per conseguenza, la norma singola".
E ancora, *ibidem*, p. 136: "Anzitutto, è da tenersi sempre presente, il che viceversa non avviene, che non c'è norma la quale possa isolarsi completamente da tutte le altre che appartengono ad un dato ordinamento giuridico. Che questo sia una più o meno compatta unità, nella quale possono distinguersi, da vari punti di vista e a vari effetti, ma non scindersi, diverse parti e, quindi, diverse norme e raggruppamenti di norme, è generalmente ammesso, anche quando non si ha ben chiaro il fondamento di siffatta unità e delle sue possibili partizioni. Neppure è dubbio che queste parti o norme o sistemi di norme possono derivare da più fonti, come in un concerto i suoni vengono da più voci o strumenti, ma è evidentemente necessario che esse, se effettivamente hanno dei destinatari, debbono essere suscettibili di venire percepite tutte e ognuna, sia pure nella loro varia intensità e tonalità, da tutti e da ognuno di questi destinatari, precisamente come i suoni di un concerto debbono potere arrivare tutti, più o meno fusi assieme, agli orecchi di ogni uditore. Altrimenti, l'unità dell'ordinamento giuridico è inevitabilmente frantumata e il concerto si muta in un frastuono che non ha più significato. E si noti che siffatta necessità si impone non solo per quanto riguarda le norme fondamentali e più generali dell'ordinamento giuridico, ma anche per le sue diramazioni più eccentriche o periferiche o particolari".
Pure il NATOLI [1], p. 23, nel suo saggio sull'abuso del diritto, sente il dovere di mettere in chiaro questo punto: "ancor più significativo, a mio avviso, è il generale rinvio, come ad ultimo criterio di

Non potrebbe, infatti, parlarsi di uso *normale* di un diritto se non se ne ammettesse un uso *anormale*, un *abuti* che ricorda le Catilinarie di Cicerone e che, come il suo avversario, mette a dura prova la pazienza di ogni giurista[3].

Testimonianza dell'avvertita difficoltà di rinvenire il giusto collocamento dell'abuso del diritto nel nostro ordinamento sta nel fatto che la nostra più qualificata dottrina non sia riuscita, in più di un secolo di studi, a trovare un accordo sull'ammissibilità e sui caratteri della sua figura nel nostro ordinamento giuridico[4].

Tali diversità di posizioni, che oggi continuano a impegnare le riflessioni dello studioso, sono tutte dovute alla ideologia di fondo di cui ciascuno si è fatto portavoce[5], e sulla cui base è stato di volta in volta costruito il concetto non di abuso del diritto – che rimane una logica conseguenza del ragionamento – ma di diritto

valutazione giuridica, ai fini della interpretazione e della applicazione della legge, ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato (art. 12 cpv. disp. prel. c.c.). È vero che di tali riferimenti si suole limitare la rilevanza, dando ai termini un significato notevolmente ristretto e ritenendo possibile il ricorso ai principi generali dell'ordinamento dello Stato – anche essi, del resto, intesi in senso eccessivamente ristretto – ad ogni qualificazione sulla base della applicazione diretta o analogica di una norma particolare, cioè ai fini dell'eventuale riempimento di una cosiddetta lacuna dell'ordinamento giuridico. Ma è anche vero che questa limitata concezione del significato e della funzione dei ricordati riferimenti deve apparire inaccettabile a chiunque ritenga che la scienza del diritto non si riduca ad un gretto e formalistico positivismo – che, cioè, il mestiere del giurista non sia e non possa essere esaurito in una pura e semplice tecnica meccanicistica e senza contenuto – rappresentando, invece, l'espressione di una ricerca, che, sia pure senza perdere di vista il dato positivo, tenda in ogni momento a ritrovare in esso le stimmate di quei princìpi etici, sociali e politici, che sono i fondamenti della civile convivenza, della quale la norma giuridica non è che uno strumento".

3 "Lo studioso sa bene come l'intero campo della scienza giuridica non annoveri forse alcun problema che sia più aggrovigliato, complesso e tormentante di quello relativo all'abuso del diritto soggettivo" (GIORGIANNI V., p. 323).

4 Significative le parole del GIORGIANNI V., p. 63, datate 1963: "All'esatta enucleazione della categoria autonoma dell'abuso i teorici contemporanei stanno, infatti, faticosamente lavorando al giorno d'oggi".

5 "Le pagine che presento al lettore sono nate dalla meditazione di un caso giunto sino all'esame della Corte di Cassazione. La pronuncia del Supremo Collegio mi ha portato a riflettere su un tema – quello dell'abuso di diritto – nel quale si incontrano e si misurano, con particolare evidenza, le diverse ideologie dei giuristi. Così, attorno alla disputa antica, mi è parso di poter cogliere ragioni e motivazioni assai significative del pensiero giuridico, e di comprendere meglio i termini della divisione e del contrasto" (RESCIGNO P. [1], p. 11).

soggettivo[6]. Non è possibile, infatti, affrontare lo studio del problema, senza prima condurre un'analisi su questo fondamentale istituto, e cioè se prima non si individui, almeno nelle sue linee essenziali, il significato di tale universale locuzione[7].

Prima di affrontare la figura dell'abuso occorre dunque capire cosa risieda dietro la parola "diritto", cosa voglia dire "uso" o "uso normale" dello stesso, e allora, e solo allora, ragionare su cosa voglia dire abusarne. Questi tre passaggi logici sono essenziali, perché non ha senso parlare del terzo prima degli altri, come sarebbe d'altronde illogico parlare di inadempimento senza prima aver studiato l'adempimento, e altrettanto illogico sarebbe parlare di responsabilità senza aver compreso i primi due.

Solo dopo aver affrontato il problema della nozione di diritto soggettivo – ma, si anticipa, non solo[8] – cosa si debba intendere per "uso" dello stesso, e cosa possa significare abusarne, si è potuto procedere oltre in questo lavoro, affrontando l'analisi del dato giurisprudenziale alla luce delle diverse posizioni dottrinali, al fine di individuare i criteri sulla base dei quali valutare se particolari esercizi di un diritto comportino o meno una violazione di norme, dando luogo a responsabilità per il loro titolare con conseguente obbligo a suo carico del risarcimento del danno[9].

---

6 Contrasta tale impostazione il pensiero del GIORGIANNI, secondo cui "se è indubbio che sul piano dei dati normativi la figura dell'abuso del diritto presuppone la figura del diritto soggettivo – dacché è in ordine, o meglio in contrapposizione a quest'ultima che essa sorge e prende corpo –, è altresì indubbio che il rapporto si inverte quando dal piano dei dati testuali si passi al piano dell'elaborazione scientifica da operare su di essi. Qui, infatti, la determinazione della nozione di diritto soggettivo non può, certo, venir presupposta a quella dell'abuso del diritto, ma la presuppone a sua volta. Gli è che *la condizione per procedere alla elaborazione della nozione di diritto soggettivo è che si sia previamente analizzata la figura dell'abuso, cioè quella figura che della struttura della qualificazione normativa in termini di diritto soggettivo fornisce elementi da cui non è assolutamente possibile prescindere*" (GIORGIANNI V. [1], p. 254). Il ragionamento, pecca, tuttavia, di un elemento che l'A. dà per scontato, ovvero la necessaria presupposizione di una sia pur minima conoscenza delle nozioni "tradizionali" di diritto soggettivo.

7 Sulla sua universalità basti citare le formule "*droit subjectif*", "*derecho subjetivo*", "*subjektives Recht*", "*direito subjetivo*", che ricorrono costanti nelle varie lingue e ordinamenti.

8 Il diritto soggettivo, come si vedrà, è solo uno dei possibili istituti suscettibili di essere abusato, ma certamente tra essi rimane il più importante e ricorrente.

9 Sulla responsabilità come necessaria conseguenza dell'abuso si legga l'opinione del RESCIGNO P. [1], p. 13: "Quando si parla di abuso, di possibilità di abuso del diritto, si viene a dire che l'esercizio di

La tripartizione sopra esposta, studio del diritto, studio dell'uso, studio dell'abuso, è dunque alla base di questa ricerca, la cui trattazione è particolarmente dedita al piano della teoria generale, prima per definire il diritto, poi per definirne l'abuso, giungendo così alla terza parte, ove si affronterà il delicato problema del *giudizio sull'abuso*, unito all'esame delle sue più ricorrenti fattispecie, che spaziano dal diritto dei contratti a quello del lavoro, dal diritto commerciale a quello delle obbligazioni, per concludere, infine, con l'analisi dell'esperienza tributaria che, seppur lontana normalmente dagli interessi del "giurista medio", assume per l'argomento un ruolo fondamentale, sia per il dato positivo, sia per la sua naturale intersecazione con gli istituti civilistici, soprattutto negoziali, imponendo l'analisi del problema degli eventuali effetti che un abuso del diritto tributario può produrre nel campo del diritto civile.

Una ricerca, dunque, a tutto campo, che abbraccia le varie branche del nostro ordinamento e che non si esaurisce mai, richiedendo lo studio di alcuni degli istituti più importanti del diritto civile – il diritto soggettivo, la buona fede, l'interesse, la causa, solo per citarne alcuni – arricchito dalla più seria consapevolezza che essi devono essere posti tutti in relazione strettissima tra loro e analizzati con riferimento non solo alla propria disciplina specifica, ma all'intero ordinamento giuridico e alla realtà in cui essi vivono.

Ecco, allora, il significato della frase di apertura: studiare l'abuso del diritto significa studiare il Diritto, in tutte le sue estensioni, in tutti i suoi modi di essere, in tutti i più raffinati pensieri che ha generato.

---

questa libertà garantita dalla norma, del potere accordato dalla legge, può dar luogo a responsabilità: onde un atto lecito – l'esercizio del diritto – diviene fonte di responsabilità".

# PARTE I

# I PRESUPPOSTI DELL'ABUSO

# CAPITOLO I

# ABUSO E FORME LECITE DELL'AGIRE

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE: RAGIONI E METODO DELLA RICERCA – 2. LE SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE E LE FORME LECITE DELL'AGIRE – 3. IL DIRITTO SOGGETTIVO – 4. IL DIRITTO POTESTATIVO – 5. LA POTESTÀ – 6. LA FACOLTÀ – 7. LO *STATUS* – 8. L'INTERESSE LEGITTIMO – 9. CONCLUSIONI: SPUNTI CRITICI SULLA TRADIZIONALE TERMINOLOGIA GIURIDICA

## 1. INTRODUZIONE: RAGIONI E METODO DELLA RICERCA

Sebbene la formula più nota e diffusa del fenomeno sia, nella letteratura, quella di "abuso del diritto", si ritiene di dover mettere in discussione l'opportunità di una simile espressione che, pur essendo assolutamente tecnica, rischia di fuorviare l'analisi e la comprensione dell'istituto.

**Abuso del diritto e situazioni giuridiche soggettive**

Al di là, forse, dell'eufonia della locuzione, parlare di abuso del diritto appare, infatti, riduttivo agli occhi del giurista che si approcci scientificamente all'argomento, il quale dall'analisi della dottrina e della giurisprudenza, passata e presente, italiana e straniera, compresa quella comunitaria[10], ben si avvede di come, in via generale, a poter essere abusato non è solo il diritto soggettivo, ma ogni forma più o meno ampia di libertà che l'ordinamento attribuisce a un soggetto e che cade sotto l'egida delle *situazioni giuridiche soggettive attive* ma a cui, come avremo modo di spiegare nel prosieguo, preferiamo riferirci con la locuzione "forme lecite dell'agire": l'esposizione all'abuso si presenta, in questi termini, come tratto comune di quegli istituti individuati – non senza critiche e diversità di classificazioni – nel diritto soggettivo, in quello potestativo, nella potestà, nella facoltà e nello *status*, cui riteniamo di dover accostare la

10 Si leggano, *ex multis*, i lavori di DE LA FERIA R.-VOGENAUER S., GESTRI M., LOSURDO F.

figura, apparentemente più rilevante nel diritto amministrativo che in quello civile, dell'interesse legittimo[11].

Nell'ottica, infatti, di affrontare la ricerca senza alcun apriorismo e il più possibile liberi da un qualsivoglia condizionamento teorico, riteniamo che l'analisi e il raffronto dei menzionati istituti sia di fondamentale importanza per lo svolgimento di questo lavoro.

Siamo ben consci, e in questo certo non siamo liberi dal condizionamento di cui dicevamo prima, che il diritto soggettivo è l'unico istituto che la dottrina non ha difficoltà né ad ammettere né a riconoscere, a differenza delle altre figure la cui giustificazione è sempre stata incerta e travagliata: ciò nonostante, è nostra intenzione affrontarne la trattazione in modo tecnico, anche perché, siamo convinti, la teoria dell'abuso si fonda su di essi e ad essi contribuisce a dare senso e significato, non esaurendosi l'argomento in una mera fonte di responsabilità, per così dire, "quasi illecita", ma contribuendo in modo essenziale allo studio e alla definizione di quelli che, indiscutibilmente, sono dei pilastri su cui poggia il nostro intero sistema giuridico.

Tali istituti, d'altronde, rappresentano la base dell'attività giuridica della persona, frutti del plurisecolare e mai completato tentativo di enucleare i concetti chiave della scienza giuridica per arrivare a ritrovarli, identici, in qualunque

11 La figura dell'interesse legittimo, nonostante la scarsissima attenzione dedicatagli dalla manualistica civile, non è un istituto esclusivo del diritto amministrativo, sebbene ivi assuma un ruolo certo essenziale, esistendo importanti studi a riguardo nell'ambito della dottrina civilista: basti, infatti, ricordare l'importante monografia di BIGLIAZZI GERI L. [1] e gli ulteriori lavori di ALPA G. [5], BRECCIA U.-BRUSCUGLIA L. e DELL'UTRI M.

Nella manualistica, TORRENTE A.-SCHELINGER P., p. 70, per fare un esempio, vi dedicano soltanto poche righe, tra l'altro con l'apodittica conclusione che "la tendenza a fare dell'interesse legittimo una figura applicabile anche nell'ambito del diritto privato suscita peraltro perplessità, data la sua peculiare natura di figura tipica del diritto amministrativo" (*sic*). Il GAZZONI F., al contrario, ne parla con duplice riferimento sia al diritto pubblico: "Questa fattispecie complessa […] si realizza essenzialmente nel campo del diritto pubblico, dal momento che il potere attribuito al terzo mira, almeno di regola, a realizzare interessi generali della collettività" (p. 73) che al diritto privato: "Nel diritto privato l'interesse legittimo si ravvisa nella situazione di chi è assoggettato al potere discrezionale di altro soggetto, senza essere a lui legato da un rapporto giuridico, dal quale nascerebbero diritti e obblighi. Si parla così di situazione bensì di vantaggio e protetta, ma *inattiva*, perché il suo soddisfacimento dipende dal comportamento discrezionale di altro soggetto, titolare di una potestà o anche, secondo taluni, di un diritto potestativo" (p. 75).

ordinamento giuridico, dove essi conserverebbero medesima forma, oggetto e contenuto[12].

**Il presupposto essenziale dell'abuso**

Ai fini della nostra ricerca, tale approfondimento potrà sembrare una deviazione, interessante ma poco utile, dal tema centrale, ma ciò solo qualora non si tenga in considerazione il *presupposto essenziale* del fenomeno abusivo, e cioè l'esistenza di un diritto o, più esattamente, di una forma lecita dell'agire.

Ecco perché, nelle pagine che seguono, ci dedicheremo al loro studio: a partire dalle concezioni che di essi ha avuto la dottrina, ne coglieremo le uguaglianze e le differenze con il diritto soggettivo, elemento cardine di questo tema di ricerca, e si ragionerà sulla loro attitudine ad essere abusati, e su cosa tale attitudine si fondi. Un'analisi così programmata è essenziale per tre diverse ragioni.

**La ragione pragmatica della ricerca**

La prima, che potremmo definire pragmatica, è che sia taluni autori[13], che certi Giudici[14], hanno parlato di abuso anche con riferimento a istituti diversi dal diritto soggettivo: già questa ci pare una ragione sufficiente per approfondire l'argomento[15].

---

12 Non, invece, identica disciplina, e ciò per il semplice motivo che è scelta del Normatore modulare gli istituti in forza delle convinzioni etiche, politiche e sociali radicate nella collettività che di quelle norme è destinataria: se nessun dubbio si pone, infatti, sulla qualifica della proprietà in termini di diritto soggettivo, certamente non ve ne saranno in ordine alla diversità di disciplina cui essa è sottoposta nei singoli ordinamenti giuridici.
In apparente contrasto pare porsi il rigoroso pensiero del GIORGIANNI V., p. 317, secondo cui la forma del diritto è, nel pensiero giuridico, un concetto scientifico, scevro "da elementi ideologici, o etico-politici o psicologici, i quali sono propri del contenuto nella sua concretezza". Ci sembra però che l'A. si riferisca non al contenuto tecnicamente inteso, ma alla disciplina specifica, preferendo stilisticamente la locuzione "contenuto nella sua concretezza" per indicarla.

13 Si ricordino in particolare il RESCIGNO [1] p. 19 e ss., il SALVI C. [2] e il LENER A., che ne parla incidentalmente trattando le singole figure di potere.

14 Si vedano per esempio CASS. 4538/97 e CASS. 9321/00 in tema di recesso abusivo da una contratto di apertura di credito nonché la più recente e famosa CASS. 20106/09 (c.d. caso Renault, cui è seguita, in scia, CASS. 13583/11, cosicché dovrebbe parlarsi, più propriamente, di casi Renault); CASS. 16207/08 in tema di abuso di diritto potestativo al congedo parentale, CASS. 23673/11 in tema di abuso di potere datoriale di trasferta e TRIB. L'AQUILA, SEZ. LAVORO CIVILE, n. 20 del 21 gennaio 2013, in tema di *mobbing* e abuso di potere datoriale di trasferimento; TRIB. MINORI POTENZA, decreto 20 dicembre 2006, in tema di abuso di potestà genitoriale.

15 È a noi caro l'insegnamento del GIORGIANNI [1], p. 319: "È solo studiando le norme giuridiche *at work*, cioè le norme così come si presentano attraverso la concreta operatività del giurista [quella concreta operatività su cui, del resto, lo stesso Kelsen fa leva talora], e non già le norme *in abstracto*, che potrà

Sebbene, infatti, non ci si possa fidare della qualificazione di volta in volta attribuita alle singole fattispecie – il presupposto della ricerca è il dubbio, si sa – nemmeno può escludersi a priori che le conclusioni cui essi giungano siano assolutamente corrette. Anzi, a maggior ragione viene meritato l'approfondimento se, a prima impressione, l'opinione appare conforme alla scienza giuridica, utile per confortare le proprie convinzioni o per condurle in lidi più sicuri.

E ciò anche se, come vedremo – e di questo avvertiamo subito il lettore – la dottrina, ma soprattutto la giurisprudenza sull'argomento appaiono molte volte contraddittorie, individuano (quando lo fanno) gli elementi costitutivi dell'abuso ora in alcuni, ora in altri fattori, a volte prescindendo da una razionale e scientifica spiegazione dell'istituto, contribuendo a inserire tasselli senza riuscire a terminarne il mosaico, mosaico che, per essere completato, necessita di una forma, e tale forma non può che essere data se non ponendo dei limiti, dei confini, dei contorni alla figura stessa, *in primis* mediante la definizione dei suoi presupposti essenziali, ovvero delle situazioni giuridiche soggettive: in assenza di una forma, infatti, non si può avere un'immagine, ma una confusione di colori, ed è proprio per tale motivo che l'analisi dottrinale e giurisprudenziale sull'argomento verrà approfondita nella seconda parte del nostro lavoro, e non nella prima. Solamente dopo aver tracciato i contorni, infatti, si potranno collocare i giusti – e solo i giusti – tasselli del mosaico al loro posto: solo, insomma, avendo chiaro in mente i termini del discorso, si potrà giudicare se altri hanno detto bene o male sull'argomento, escludere l'estraneo e riempire dei suoi vivaci colori la figura dell'abuso.

**La ragione teorica della ricerca**

La seconda ragione, che chiamiamo teorica, è che se, come molti sostengono, uno degli elementi costitutivi dell'abuso risiederebbe nella violazione del canone di buona fede – e buona parte della dottrina e della giurisprudenza sono orientate in tal senso – non si vede perché esso dovrebbe attenere all'esercizio del solo diritto soggettivo e non

---

rilevarsi l'esatta articolazione della <<forma>> del diritto, e insomma l'esatta articolazione della <<specifica struttura qualificativa>> della norma giuridica".

anche di quello potestativo, o della facoltà, tanto più che nessuna limitazione si rinviene nel codice civile né, men che meno, nel più generale disposto dell'art. 2 della nostra Costituzione.

Seppure, infatti, la maggior parte delle situazioni giuridiche soggettive attive, specialmente in ambito negoziale, siano caratterizzate da diritti soggettivi, ciò non di meno non sembra corretto escludere arbitrariamente l'applicazione di quello che è unanimemente un principio, la cui portata pertanto è, per sua stessa natura, la più ampia possibile. Eventualmente, sarà certo possibile giungere a tale conclusione, ma solo per ragioni scientifiche, e cioè solo se si rinverranno, nel contenuto delle situazioni giuridiche soggettive, della buona fede, o di entrambe, degli elementi che le rendano ontologicamente incompatibili tra loro: allora, e solo allora, potrà dirsi valida una eventuale conclusione in tal senso.

**La ragione metodologica della ricerca**

La terza ragione, metodologica, sta nel fatto che limitare volontariamente l'indagine al solo diritto soggettivo ci pareva un tradimento bell'e buono nei confronti della scientificità che anima e deve animare questa ricerca: ricerca che, anche ove porti a una conclusione negativa – anche se, cioè, si arrivi a dire che solo certe forme lecite dell'agire possono essere abusate, e non altre, o magari nessuna – non costituisce certo una perdita di tempo, ma anzi migliora l'analisi e traccia i limiti dell'argomento, utili per non sconfinare in ambiti ad esso estranei. Ancor di più, tale metodo aiuta lo studioso che si cimenta a non trarre conclusioni affrettate, facendo derivare le sue conclusioni dalla ricerca e non viceversa: una scelta, dunque, che garantisce l'onestà dello scritto e dello scrittore, e di cui il lettore potrà giovarsi per il miglior esame dell'argomento.

È d'obbligo, tuttavia, concludere con un'avvertenza. Uno studio davvero completo sugli istituti del diritto soggettivo e delle altre figure affini avrebbe richiesto all'autore una ricerca, un'analisi e uno studio a sé stanti, fatto di ben altri spazi, tempi e fonti rispetto a quelli oggi disponibili. Poiché, però, si è ritenuto essenziale, per le

ragioni già esposte, affrontarne la trattazione, si è scelto di procedere nella ricerca principalmente sfruttando – si perdoni il termine – i lavori enciclopedici che la nostra dottrina ci ha donato.

Siamo convinti, infatti, che essi costituiscano il più efficace materiale di studio per mostrare al lettore un quadro preciso della storia e dei problemi relativi alla determinazione di questi istituti senza, però, distrarlo dal viaggio per la meta di questo nostro lavoro, ovvero la delineazione della figura all'abuso: dette opere, infatti, hanno i pregi dell'autorevolezza della paternità, della relativa sinteticità con cui trattano l'argomento ma al contempo della profondità dei pensieri che esprimono, frutti di ampi studi sul tema, condensati per l'occasione al fine di fornire allo studioso un approccio immediato, scientifico e pressoché completo alle problematiche. Ci sono sembrati, insomma, i lavori più adatti ai nostri scopi, in grado di sostenere la ricerca senza ingombrarla.

## 2. LE SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE E LE FORME LECITE DELL'AGIRE

**Le situazioni giuridiche soggettive**

Prima di esaminarne le singole figure, ci pare utile spendere qualche parola su cosa debba intendersi per situazione giuridica soggettiva. Di complessa elaborazione concettuale, l'istituto ha coinvolto, nel tempo, la dottrina di diverse discipline[16],

16 Tra i contributi della dottrina civilista si ricordino le pagine di ALLARA M., BARBERO D. [2], GUARINO G. [1], LEVI A. [1], MESSINEO F. [1]; tra i processualcivilisti si leggano CALAMANDREI P. [1], CARNELUTTI F. [2], GOLDSCHMIDT J. [1][2]; per la dottrina amministrativista si ricordino CASSARINO S. [1], FRAGOLA U. [1], GIANNINI M. S. [1], MIELE G. [1], OFFIDANI A. M. [1], SANDULLI A. M. [1],; per la dottrina penalista si ricordi il fondamentale lavoro di CORDERO F. [1]; tra gli studiosi di diritto commerciale si richiama il lavoro di BERTINI A. [1]; tra gli internazionalisti spicca SPERDUTI G. [1]. È poi dovuto il richiamo a FROSINI V. [4].

arrivando a formulazioni ampie o incerte, a volte costruite con la sovrapposizione di concetti assolutamente diversi tra loro[17].

E, tuttavia, in esse troviamo degli elementi comuni e costanti: così, *nulla quaestio* è emersa sul necessario riferimento a un "soggetto" quale destinatario delle norme giuridiche che tali situazioni configurano; né, ovviamente, si è mai aperta discussione sulla validità della figura nel solo ambito giuridico – giacché, infatti, di situazioni giuridiche si parla – circoscritte appunto al solo ambito del giuridicamente rilevante.

Le posizioni dottrinali divergono, invece, proprio sul versante della "situazione", ovvero del significato da assegnarle. Se, infatti, essa è, nel linguaggio comune, il "complesso delle condizioni e delle circostanze che determinano e caratterizzano, in un dato momento, lo stato, il comportamento, la possibilità di agire di una persona, di una collettività, di un ente, di una sfera di attività"[18], nella scienza giuridica la dottrina ne ha costruito la figura con riferimento al rapporto giuridico[19].

**Le situazioni giuridiche soggettive e i modi deontici**

Le riflessioni sulla nozione di situazione giuridica si appuntano così sulle relazioni tra i modi deontici contenuti nella norma (posso/non posso – devo/non devo), ovvero tra diritto/potere/facoltà da un lato e obbligo/dovere dall'altra: essa corrisponde, in quest'ottica, all'imposizione di un obbligo giuridico da un lato – situazione passiva – e al riconoscimento di una sfera giuridica di libertà dall'altro – situazione attiva.

17 Si veda ad es. il FROSINI [3], p. 471, secondo cui "l'attività giuridica soggettiva, che concerne l'ambito di liceità, si muove precisamente sul concreto presupposto di una situazione giuridica, che è quella del soggetto, a cui l'ordinamento conferisce una capacità di esigere e/o di prestare. Questa condizione, dalla quale poi scaturisce e consegue l'attività giuridica, si designa anche come *status*, in cui si identifica nelle sue varie forme la capacità giuridica soggettiva (vedi *Status*), in quanto insieme di poteri e di doveri, di cui il soggetto è investito dall'ordinamento giuridico". L'A., si nota, identifica la situazione con lo *status* – *status* in senso *individualistico* come approfondiremo nell'apposito paragrafo – e lo *status* con la capacità giuridica nelle sue varie forme, con ciò non riscuotendo la nostra piena adesione. La coincidenza di situazione soggettiva e *status* è propugnata pure dal CANDIAN A. [1], p. 20.

18 Vocab. Treccani, voce "Situazione".

19 RESCIGNO P. [3], p. 209 apre il suo saggio sul tema dello *status* affermando che "con la parola «situazione» si intende ogni forma di rapporto dell'uomo col mondo. In verità il termine, se usato senza aggettivi, può riguardare, oltre che i rapporti degli uomini, anche la relazione delle cose col resto del mondo".

L'elaborazione della dottrina ha poi comportato un allargamento della definizione, e così ad esempio il LEVI A., oltre alle situazioni del *licere* e del *debere*, qualifica tali anche l'illiceità, quale "antitesi del *debere*", e la responsabilità, "presupposto d'un nuovo *debere*", nonché lo *status* e l'officio, situazioni nelle quali "il soggetto si trova, anziché di fronte ad altri soggetti, di fronte all'ordinamento giuridico", e perfino il negozio giuridico[20], espandendo in tal modo il concetto fino a ricomprendervi la valutazione giuridica di ogni comportamento umano riconducibile a una norma di diritto.

Critica, questa, raccolta dal CASSARINO, il quale afferma l'esistenza della situazione giuridica del dovere, della facoltà e del diritto, escludendo però il lecito e l'illecito perché "tanto l'uno che l'altro non denotano una situazione giuridica del soggetto di fronte ad un comportamento, ma piuttosto esprimono una valutazione che del comportamento tenuto va fatta, e precisamente in base ad una situazione avente ad oggetto il comportamento medesimo"[21].

Altra dottrina, invece, ha inteso puntualizzare la distinzione tra situazione e posizione – spesso usati come sinonimi – così scrivendo che mentre la situazione è "una determinazione obiettiva di comportamento, riferita (o imputata), ad un termine giuridico individuato (soggettivo, impersonale o materiale)", la posizione sarebbe "la condizione in cui si trova un termine giuridico individuato nei confronti di uno o più altri termini ad esso contrapposti, valutata alla stregua delle rispettive possibilità di intervento diretto nell'altrui sfera di autonomia giuridica, e costituente presupposto di una serie indeterminata di atti e rapporti giuridici concreti"[22], con ciò distinguendosi tra il modo deontico imposto dalla norma e la posizione in un rapporto giuridico che assume il soggetto in conseguenza della norma stessa[23].

20 LEVI A., p. 224.
21 CASSARINO S., p. 12.
22 OFFIDANI A. M., p. 43.
23 Per una critica a tale impostazione si legga FROSINI V. [4], p. 470, il quale la taccia di "metalinguaggio giuridico, giacché i concetti giuridici non sono meramente logici, bensì empirici e operativi".

Vi è poi chi ha ritenuto opportuno distinguere tra fattispecie dinamiche e situazioni attive: le prime aventi ad oggetto un comportamento – potere, facoltà e comportamento prescritto – le seconde, un rapporto – diritto soggettivo e dovere[24].

Particolare è l'opinione di CORDERO, secondo cui la situazione giuridica va ravvisata quando "nei confronti di un dato soggetto si sono verificate tutte le condizioni normativamente richieste perché l'eventuale comportamento dello stesso sia fatto segno ad una valutazione positiva o negativa, a seconda della sua conformità o meno ad un dato modello"[25].

Questa definizione, dal sapore squisitamente penalistico, appare tuttavia fin troppo estesa, facendo coincidere l'istituto con ogni comportamento umano giuridicamente rilevante: così sarebbe situazione giuridica soggettiva il diritto di proprietà, ma anche l'atto emulativo, il fatto illecito e il contratto, il reato come l'usucapione. Di ciò è consapevole l'autore, il quale arriva infatti ad affermare che "la situazione giuridica soggettiva, insomma, costituisce una «categoria logicamente trascendentale» e cioè la struttura formale a cui si adegua ogni possibile tipo di esperienza giuridica"[26].

Ma tale definizione risulta iperbolicamente sovra inclusiva, finendo per svilire l'utilità stessa della locuzione: se, infatti, dovesse essere così sfruttata per ricomprendere i fenomeni giuridici più disparati, allora essa sarebbe niente più che un altro modo di chiamare la fattispecie, ovvero il modello comportamentale previsto dall'ordinamento a cui quest'ultimo ricollega effetti giuridici. Si arriverebbe, allora, a quella "crisi della categoria, che viene a degradarsi al ruolo di semplice espediente di

24 Così GUARINO G., p. 45. Per comportamento prescritto l'A. intende "la fattispecie normativa di un comportamento interamente vincolato" (*ibidem*, p. 19).

25 CORDERO F. [1], p. 71. Si noti come l'A. si astenga dall'usare il vocabolo "condotta", che ha un ben preciso significato nel diritto penale, e preferisca il più generico termine "comportamento".

26 ID, p. 73, nota 69.

comodo per raffigurare sotto forma di perifrasi vari e diversi momenti dell'esperienza giuridica" che proprio il CORDERO, con le sue pagine, intendeva scongiurare[27].

A nostro avviso, le diverse posizioni dottrinali hanno avuto il merito di affrontare uno dei nodi più complessi della scienza giuridica, e un tentativo di comporre il quadro d'insieme dell'argomento può essere quello di operare una netta distinzione tra situazione giuridica, quale categoria generale, cui volendo si può accostare l'attributo "oggettiva"[28], e situazione giuridica soggettiva, quale *species* della prima.

**La situazione giuridica "oggettiva"**

In questo senso, le considerazioni sopra esposte, in particolare l'ultima del CORDERO, centrano l'obiettivo definitorio, purché si colleghi alla sua elaborazione la sola situazione giuridica oggettiva: in tal caso, infatti, la mancanza dell'attributo "soggettiva" consente l'uso della locuzione per qualunque fenomeno giuridico, anche se ci si dovrebbe interrogare sulla sua reale utilità quale sinonimo del termine "fattispecie", e pur utopisticamente ipotizzando che vi siano fenomeni giuridici non classificabili come fattispecie ma solo come situazioni giuridiche (oggettive).

**La situazione giuridica "soggettiva"**

Quando, però, si passa all'uso dell'attributo "soggettiva", ci pare più opportuno riprendere la definizione che l'OFFIDANI dà della posizione, e cioè la condizione di colui che è termine di un rapporto giuridico. In questo senso, allora, potremmo dire che la posizione giuridica di un soggetto altro non è che la sua situazione giuridica in cui versa quale parte di un rapporto giuridico.

A fronte di detta definizione, è possibile dire che situazione giuridica soggettiva è quella del proprietario, in quanto parte di un rapporto giuridico *persona-res*, a cui l'ordinamento riconosce determinati diritti e impone altrettanto determinati doveri; quella del creditore e del debitore, in quanto termini di un rapporto *persona-persona*; anche lo *status* (v. *infra*, par. 7) può essere ricondotto nel novero delle situazioni

27 ID, p. 66.

28 Distinzione già proposta dal ROUBIER nel lavoro *Droits subjectives et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963, ma con definizioni assolutamente diverse. Si legga, in proposito, FROSINI V. [4], p. 470.

giuridiche soggettive, in quanto qualificante il soggetto nel rapporto *persona-ordinamento*.

Questa definizione consente di circoscrivere con efficacia l'ambito di rilevanza della locuzione, escludendo qualunque indebita commistione o sovrapposizione con altri concetti che hanno funzione e natura diverse, come la capacità giuridica, il negozio, e la fattispecie.

La locuzione "situazione giuridica soggettiva", infatti, evoca qualcosa di più di un potere latamente inteso: appare, cioè, un ente descrittivo di un complesso di elementi riconducibili a una posizione individuata dall'ordinamento, posizione occupata da un soggetto – e in questo risiede la soggettività quale suo attributo – e che diviene fulcro di una serie di norme ad essa riferenti.

**Rapporto tra diritti e situazioni giuridiche soggettive**

Ed è così che la situazione non sta nel diritto di proprietà, ma nell'esser proprietario, e non corrisponde al diritto di credito, ma alla posizione di creditore: è la posizione, *id est* la situazione, che caratterizza il soggetto "giuridico" – cioè la persona presa in considerazione dalla norma – e a cui l'ordinamento riconduce – e qui sta il contenuto della situazione – diritti, poteri, facoltà, ma anche oneri, doveri, soggezioni. Così il proprietario vanta un diritto di proprietà (art. 832 c.c.), ma ha il dovere di non compiere atti emulativi (art. 833 c.c.), può disporre e godere dei suoi beni, ma ha il dovere di rispettare i limiti imposti dalla legislazione pubblica (in materia edilizia, urbanistica, paesaggistica, sanitaria, e via discorrendo)[29]. La situazione giuridica soggettiva attiva della proprietà, allora, in senso tradizionale, sarebbe accompagnata da diverse situazioni giuridiche soggettive passive di doveri, ma questo complesso di situazioni, altro non è, in realtà, che il contenuto dell'unica, vera situazione giuridica soggettiva: quella in cui versa il titolare di un diritto di proprietà e cioè quella di esser proprietario.

29 Ricorda TAMPONI M, p. X, che "leggesi nella *Relazione al re* presentata dal Guardasigilli per l'approvazione del testo del codice civile che la proprietà "*se è un diritto, è anche un dovere*".

**Abuso, diritti e situazioni giuridiche soggettive**

Appare, così, logicamente conseguente la definizione del diritto soggettivo, di quello potestativo, della facoltà, dello *status* e dell'interesse legittimo, quali possibili contenuti delle situazioni giuridiche soggettive, e ci viene consentito, ai nostri fini, di porre un primo importantissimo elemento della costruzione della figura dell'abuso: attenendo, questo, all'esercizio di una forma lecita dell'agire che costituisce, come detto, contenuto di una situazione giuridica soggettiva, esso non può che svolgersi nell'ambito, e solo nell'ambito, di dette situazioni, il che significa che per esservi abuso dev'esserci una forma lecita dell'agire, prevista dall'ordinamento quale contenuto di una certa situazione giuridica soggettiva, la quale ultima implica necessariamente un rapporto giuridico: cosicché quando si parla, ad esempio, di abuso di proprietà, si intende dire abuso del diritto dominicale – forma lecita dell'agire – da parte del proprietario – situazione giuridica soggettiva – nell'ambito di un rapporto *persona-res*; e allo stesso modo si può parlare di abuso di diritto potestativo – forma lecita dell'agire – da parte dell'attore – situazione giuridica soggettiva – nell'ambito di un rapporto *persona-persona*, mentre non si può parlare correttamente, per i motivi che vedremo *in loco*, di abuso di potestà, di facoltà, di *status* e di interesse legittimo (v. *infra*, rispettivamente parr. 5, 6, 7 e 8).

**La posizione della dottrina dominante**

Va dato atto, comunque, che la nostra tesi contraddice la posizione maggioritaria della dottrina la quale, invece, identifica la situazione con il diritto soggettivo, e con gli altri istituti ad esso affini[30]. Tale orientamento accomuna sotto un unico *nomen* istituti tra loro diversi – ma in questo non vi è certo un male – e tuttavia ci pare preferibile distinguere la situazione soggettiva, che è concetto più ampio, da quelle che abbiamo chiamato forme lecite dell'agire, le quali ne costituiscono il contenuto.

Chiarita così la premessa concettuale, è possibile affrontare l'esame dei singoli contenuti delle situazioni giuridiche soggettive.

30 A parte la manualistica, tale impostazione è presupposta, per citare alcuni esempi, nei contributi di CARPINO B. [2], LENER A., RUSSO E., p. 105.

## 3. IL DIRITTO SOGGETTIVO

Lo spoglio della letteratura sulla nozione di diritto soggettivo[31] evidenzia come esso sia frutto di una plurisecolare elaborazione filosofica, politica e giuridico-scientifica, senza che, tuttavia, ad oggi possa dirsi una *querelle* pacificamente esaurita: basta, infatti, sfogliare le prime pagine dei manuali istituzionali di diritto privato per trovarne, in ogni volume, una definizione diversa[32],

**Il diritto soggettivo e la concezione del diritto oggettivo**

La perdurante difficoltà di fornire una valida formula definitoria dell'istituto ha le più diverse e complesse ragioni, che possono essenzialmente rinvenirsi da una parte nella *Rechtsweltanschauung*, la "visione del mondo del diritto" propria di ogni autore, riflesso della loro concezione religioso-razionale dell'Universo, spesso figlia "*di quel medioevo nel quale andavano sempre confuse le idee di diritto, morale e religione*" come

31 Enc. Treccani, voce "Diritto soggettivo": "Interesse direttamente tutelato da una norma di relazione e al quale corrisponde sempre (per il soggetto o i soggetti nei cui confronti il diritto è riconosciuto) un obbligo. In un'accezione più ampia il d.s. è la posizione di vantaggio accordata dalla legge, in modo pieno e incondizionato, a un singolo individuo al fine di poter agire per la tutela e la realizzazione della stessa".

32 GALGANO F., p. 20 scrive che diritto soggettivo è "la pretesa di un soggetto ad esigere da un altro soggetto l'osservanza di un dovere che la norma impone al secondo nell'interesse del primo".

Per il GAZZONI, p. 18 "la più intensa protezione è accordata dall'ordinamento quando una norma attribuisce ad un soggetto, al fine di realizzare un proprio interesse, un diritto soggettivo […]. Il diritto soggettivo si manifesta come sintesi di una posizione di forza e di una posizione di libertà. Il soggetto è infatti libero di decidere se avvalersi o meno del potere conferitogli (ed in ciò è la libertà) ma, una volta esercitato, il diritto è in grado di realizzare pienamente […] l'interesse (ed in ciò è la forza)", definizione che ricalca fedelmente quella di NICOLÒ R. [1], p. 18.

In TORRENTE A.-SCHLESINGER P., p. 63, si legge che "il diritto soggettivo è la signoria del volere, il poter d'agire (*agere licere*) per il soddisfacimento del proprio interesse protetto dall'ordinamento giuridico".

Il TRABUCCHI A. [2], lo definisce il potere attribuito alla volontà per conseguire un interesse.

Il TRIMARCHI P. [1], p. 35 parla di "zona di potere nella quale egli [il titolare] può muoversi a suo criterio", e scrive pure che "il concetto di diritto soggettivo […] si può definire come *un insieme di pretese, facoltà, immunità e poteri riconosciuti al singolo per la soddisfazione di un suo interesse secondo il suo libero apprezzamento.* Il potere così attribuito alla volontà è un connotato importante del diritto soggettivo. A molti scrittori esso è sembrato non essenziale, poiché il diritto può anche spettare a soggetti incapaci per minore età o interdizione, ai quali non è riconosciuto giuridicamente il potere di disporre come vogliono nella propria sfera. Si è proposto perciò di definire il diritto soggettivo semplicemente come «*interesse giuridicamente tutelato*». Ma questa definizione, assai ampia, tanto da potersi riferire anche ad altre posizioni soggettive di vantaggio, fa perdere di vista lo specifico significato storico e politico del diritto soggettivo, che sta proprio nella zona di libertà concessa alla decisione privata" (*ibidem*, p. 48).

scriveva lo SCIALOJA[33], e successivamente mutata in visione logico-razionale, *id est* puramente scientifica, del mondo inteso come fenomeno fisico[34].

**Il diritto soggettivo quale problema linguistico**

Dall'altra, vi è il ricco campo semantico che ha contraddistinto da sempre il termine *ius*[35], ricchezza che ha costretto gli studiosi dapprima a porre ordine tra i vari significati, e successivamente a definirne le singole accezioni[36]. Operazione, quest'ultima, di per sé generatrice di ulteriore incertezza, poiché mentre inizialmente si utilizzò il latino quale lingua dotta e universale – con l'uso della quale, quindi, si era posto un problema non di traduzione, ma di significato – in tempi a noi più vicini, l'utilizzo delle singole lingue nazionali ha determinato l'apice della confusione[37] tant'è

33 SCIALOJA V. [1], p. 431.

34 In senso scientifico, cioè regolato dalle leggi della fisica e della Scienza complessivamente intesa.

35 Si ricordi il famoso passo di PAOLO [1]: "*Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. Altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile. Nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium. Praetor quoque ius reddere dicitur etiam cum inique decernit, relatione scilicet facta non ad id quod ita praetor fecit, sed ad illud quod praetorem facere convenit. Alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur, appellatione collata ab eo quod fit in eo ubi fit*". A proposito si leggano pure le bellissime pagine di INVREA F., p. 1 e ss.

36 È doveroso, a tal proposito, il richiamo ad HART, p. 4, il quale afferma che non bisogna chiedersi "*what is a right?*" ma "*what is the meaning of the word "right?"*", e che, ancora più esplicitamente, scrive: "*legal words can only be illustrated by considering the conditions under which statements in which they have their characteristic use are true*" (*Ibidem*, p. 60).

37 Il problema della resa di un termine in una lingua diversa è ben noto a tutti, e risiede nella difficoltà di trovare non tanto un corrispondente significante nel vocabolario di destinazione, quanto una contemporanea identità di significante e significato. Ciò è tanto più evidente in quella scienza del diritto che si fa chiamare "comparativa", dove l'oggetto di studio è spesso multiforme o, per meglio dire, composto da tanti oggetti quanti sono gli istituti affini a quello che origina lo studio. A riguardo, correttamente si è affermato che "il comparatista, così come il cultore di qualsiasi scienza, pensa, ed esprime poi il proprio pensiero in una determinata lingua positiva. […] Talora un sistema utilizza nozioni e parole che, non avendo riscontro nel diritto di un paese diverso, non hanno riscontro nei concetti noti ai giuristi di questo paese, né nella terminologia presente nella loro lingua. […] Ad es., la parola francese contrat fa pensare alla parola inglese contract, e molte volte si potrà tradurre un vocabolo con l'altro, senza inconvenienti maggiori. Però in Inghilterra non si chiamano contracts gli accordi di tipo liberale (cioè le donazioni), e non si chiamano contracts gli accordi volti a operare il trasferimento di una proprietà" (GAMBARO A.-SACCO R., p. 8 e ss.).

Il problema del linguaggio è avvertito anche da chi non è (principalmente) comparatista, affermandosi – forse in modo estremo – che il linguaggio legislativo "per sua natura e per necessità di una sobria formulazione dei testi, è intimamente ellittico e riassuntivo. Le parole adoperate hanno valore di *simboli*, sostituibili, senza pregiudizio di chiarezza e di comprensione, con segni matematici o con cifre convenzionali. I processi di tipizzazione elencazione classificazione, che la norma compie nel costruire le ipotesi e nel trascegliere gli elementi rilevanti per il diritto, determinano l'impiego di un linguaggio altamente simbolico, in cui a singole parole è affidato il compito di *evocare* complesse fattispecie […] Le

che la prima elaborazione scientifica del diritto soggettivo viene resa non con uno ma con due lemmi distinti, intraducibili in italiano se non con l'uso di apposite locuzioni: *Willensmacht* e *Willensherrschaft*[38].

**L'incertezza dello *ius***

Anche l'uso del latino, tuttavia, non ha assicurato la certezza della definizione, o meglio del significato della definizione, essendosi variamente parlato di *ius* come *actus*[39], *potestas*[40], *libertas*[41], *facultas*[42], senza però precisare cosa si fosse inteso dire nominandoli[43]. La resa, come abbiamo detto, nei secoli a noi più vicini di quegli stessi concetti non più con i termini universali latini del medioevo, ma con quelli delle proprie lingue nazionali, in base al vocabolario disponibile[44], ha fatto sì che un lemma già di per sé ricco di significati, quale appunto *ius*, venisse reso con le parole della lingua di chi, volta per volta, contribuiva a definirlo: riflettendo, tra l'altro, la scelta di traduzione la concezione filosofica che ogni autore aveva dell'ordine universale.

---

norme procedono così alla costruzione di un *codice linguistico*, di un lessico interno ed esclusivo, che, in varia misura, si allontana e distacca dal lessico comune. I nomi (presi a credito dal linguaggio non tecnico o appositamente coniati) obbediscono perciò a rigide *regole d'uso*, che hanno vigore nell'ambito di un dato sistema normativo e soltanto di questo garantiscono la intelligibilità" (IRTI N. [1], p. 27 e s.).
Per ulteriori approfondimenti si legga il recente volume, a cura di IORIATTI FERRARI E., di raccolta degli atti dell'omonimo convegno su interpretazione e traduzione tenutosi presso la facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento il 30 novembre 2007.

38 Questa la celebre, *rectius*, le celebri definizioni del WINDSCHEID, su cui v. *infra* nel testo. Le locuzioni italiane normalmente utilizzate per la traduzione sono, rispettivamente, "potestà" o "potere", *Macht*, e "signoria", *Herrschaft*, "del volere", *Willens*. A costo di essere pedanti, si noti l'uso promiscuo dei due termini potestà e potere: la sinonimia così presupposta non è scontata in dottrina, che infatti usualmente distingue i due concetti (vedi *infra* nei relativi paragrafi del testo). Ovviamente non vi è uniformità di vedute su cosa sia un "potere", mentre appare pacifica la definizione di potestà.

39 MARSILIO da Padova identifica lo *ius*, in una sua accezione, con l'*actus*.

40 *Potestas humana* è la definizione della proprietà di GUGLIELMO da Occam.

41 Così HOBBES T. e LOCKE J., per i quali *ius* è *libertas*.

42 Per GROZIO e, prima di lui, per SUAREZ, *ius* è *facultas*.

43 Senza contare che il linguaggio giuridico romano appare già di per sé ambiguo nell'uso di alcuni termini. Come ricorda il MESSINA G., p. 875, nota 5, "è stato documentato dal THON, *Rechtsnorm und subiectives Recht*, pag. 341, nota 32, Weimar 1878, che risale al diritto romano l'uso promiscuo per uno stesso potere dei termini *facultas, licentia, ius*".

44 Basti quest'esempio: in italiano esiste il lemma "diritto", in francese "*droit*", in tedesco "*Recht*", in spagnolo "*derecho*", in portoghese "*dereito*", mentre in inglese è possibile parlare di "*Law*" e di "*right*". Tale distinzione, assente per povertà di vocabolario nelle altre lingue, viene resa in queste ultime con gli attributi "oggettivo" e "soggettivo".

Non è mancato, poi, chi ha contrapposto il "potere" al "diritto"[45], chi ha escluso che nel diritto vi sia potere[46] e chi, invece, li ha trattati come concetti distinti ma non in opposizione[47].

**Dal diritto oggettivo al diritto anche soggettivo**

Vi è da dire, ancora, che il concetto di diritto soggettivo si è sviluppato come riflesso condizionato del diritto oggettivo – che infatti ottiene l'attributo solo quando dalla dimensione oggettiva di *ius* come ordinamento a tutela del bene comune si passa a quella di *ius* nella sua dimensione individuale[48], posto a tutela di un interesse qualificabile come egoistico.

Tale passaggio avviene sul piano teorico in conseguenza di una presa di coscienza dell'importanza dell'Uomo quale essere dotato di ragione, e quindi delle sue azioni regolate dal diritto – naturale e legale[49] – il quale infatti consentiva e consente a

45 GUARINO G., p. 10: "Il concetto di potere come situazione soggettiva […] ha origine fittizia. Ritornando alla definizione del diritto soggettivo come potere di volere si osserva che all'inizio l'espressione *potere* fu adoperata nel significato più comune e banale e senza alcuna intenzione tecnica. Lo stesso Windscheid usa insieme Willensmacht e Willensherrschaft. In seguito, difficile precisare come, sorse il convincimento che di potere si fosse sempre parlato in modo tecnico; si andò alla ricerca di questa nuova categoria; naturalmente non si trovò nulla. […] Tutto ciò che viene attribuito al potere, deve essere sottratto al diritto".

46 LENER A., p. 612, riporta in nota 7 il pensiero di SPERDUTI: "Il diritto soggettivo appartiene alla sfera dell'*agere licere*, contrapposta alla sfera del *posse* (giuridico) e non contenente elementi di questa".

47 Così CASSARINO, p. 102 ss., secondo cui il diritto soggettivo è una situazione di interesse correlata a un obbligo altrui, mentre il potere è inteso quale mera "possibilità materiale" di porre in essere una fattispecie normativa.

48 Il diritto è bivalente, possiede una doppia dimensione definita dall'attributo: "Questo dualismo si manifesta con la massima evidenza nel mutamento di significato che la parola <<diritto>> subisce quando invece di adoperarla in espressioni come <<il diritto romano>>, <<il diritto pubblico>>, <<la storia del diritto>>, e simili, la si adopera in frasi come <<il mio diritto>>, <<il diritto del creditore>> <<il diritto d'azione>> e altre analoghe. Nel primo significato la parola <<diritto>> indica un dato oggettivo, elemento di una realtà per così dire esterna al pensiero che la pensa, mentre nel secondo significato la stessa parola indica una realtà interna, un modo di atteggiarsi di un pensiero e di una volontà personali e soggettivi" (CESARINI SFORZA W., p. 660). A riguardo si legga pure il FROSINI [1], p. 1047, secondo cui diritto oggettivo è "il verbo giuridico coniugato in terza persona, attribuito ad un soggetto impersonale (la legge)", mentre si ha diritto soggettivo quando "il verbo giuridico viene coniugato in prima persona, riferito all'agente; è il mio diritto, che come tale esige di farsi valere".

49 ARISTOTELE [1], p. 209. La distinzione tra diritto naturale e diritto legale era però nota anche ai romani: "*Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum et bonum est jus dicitur, ut est jus naturale, altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est jus civile*" (PAOLO [1]). Fa rilevare il BOBBIO [1], che il diritto "umano" fu chiamato positivo per la prima volta da ABELARDO: "La prima volta, pare, che il diritto contrapposto al diritto naturale viene chiamato 'positivo', non più 'legale', come in Aristotele, non più 'civile', come nel Digesto, è in un passo del *Dialogus inter philosophum, judaeum et*

soggetti determinati di poter genericamente fare o pretendere qualcosa da qualcuno, nella sua essenziale definizione data dal DONEAU[50], al fine di soddisfare bisogni individuali.

L'elaborazione concettuale dell'istituto si è così essenzialmente concentrata sulla connessione tra diritto soggettivo e oggettivo da una parte – connessione variamente configurata in base alla corrente filosofica di fondo, giusnaturalismo o positivismo giuridico[51] – e sul rapporto tra diritto e volontà dall'altra – "*ius*" e "*voluntas*" – in cui si è inteso tra l'altro individuare una espressione di volontà generale nel diritto oggettivo[52] e di volontà individuale in quello soggettivo.

**Il diritto soggettivo nell'esperienza giuridica romana**

Procedendo, ora, con l'esame delle singole elaborazioni teoriche, va chiarito fin da subito che l'idea di diritto soggettivo non era sconosciuta, come invece spesso è stato sostenuto, all'esperienza giuridica romana[53].

Con questa affermazione non si vuol dire, ovviamente, che il diritto soggettivo come categoria giuridica abbia costituito oggetto di studio dei giureconsulti – giacché

*christianum* di Abelardo: "*Jus aliud naturale, aliud positivum dicitur*", ove il diritto positivo viene definito, in contrasto con quello naturale, "*illud quod ab hominibus institutum*", sia attraverso una consuetudine ("*aut sola consuetudine*"), cioè come il diritto che i giuristi definivano abitualmente 'non scritto', sia attraverso l'autorità di un dettame scritto ("*aut scripti auctoritate*")".

50 HUGUES DONEAU, italianizzato in UGO DONELLO, individua l'uso corretto del termine "*ius*" nel suo accostamento a un gerundio: "*verbo faciendi ius adiungitur*" scrive il giurista nei suoi *Commentarii de iure civili*, cosicché in questi casi "*intellegitur facultas seu potestas utendi, eundi, persequendi*" ["si coglie la facoltà o il potere di utilizzare (ma anche di disporre o di godere), di circolare, di far valere le proprie ragioni", trad. nostra].

51 il FROSINI [1], p.1048, preferisce invece distinguere tra giusnaturalismo, giuspubblicismo e dialettica, laddove con giuspubblicismo identifica il positivismo e con dialettica intende l'impostazione, comune al COVIELLO e al CARNELUTTI e che trova un rappresentante francese nel DUGUIT, secondo cui non può differenziarsi tra diritto oggettivo e soggettivo.

52 Il diritto oggettivo come espressione della volontà generale è, chiaramente, idea moderna, legata alla teorizzazione di un Governo voluto dal popolo, da *tutto* il popolo composto dai suoi singoli elementi soggettivi, e cioè gli uomini: in questo senso il ROUSSEAU parla di volontà generale, cioè volontà di tutti. Prima delle esperienze parlamentari, che costituiscono esempio pratico delle teoria roussoviana, *ius* oggettivo era la parola del re, dell'imperatore, del papa, di chi deteneva di volta in volta il potere (la *potestas*, legata alla *auctoritas*), e cioè degli *imperatori*, nel significato latino di "governanti" come dirà MARSILIO da Padova (v. *infra*, nota 53), espressione di volontà del singolo, non del popolo, ma idealmente – forse pure utopisticamente – concepita come indirizzata al bene comune, all'interesse della collettività e non di sé o di pochi.

53 Secondo alcuni, nemmeno l'abuso del diritto. In proposito, si legga il bellissimo e analitico lavoro di LONGEHAMPS DE BÉRIER F.

nel *Corpus iuris civilis* non ve n'è traccia e non ve ne potrebbe esserci per il motivo che spiegheremo a breve – ma la sua figura vi appare immanente, sebbene si trattasse "di struttura ideale vissuta, anziché pensata"[54]: ciò appare tanto più evidente sol che si pensi alle parole di Paolo: "*Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia*"[55].

**Mancata scissione tra diritto e azione**

L'assenza, tuttavia, di una nozione di quello che verrà chiamato diritto soggettivo non deve stupire considerato – ed è questo il punto fondamentale – che il diritto romano non scindeva quello che noi, oggi, modernamente chiamiamo profilo sostanziale da quello processuale: non esisteva, cioè, un diritto e un'azione, ma solo l'azione, e in funzione di essa si individuava la posizione del soggetto e la tutela accordatagli: "perciò il diritto romano più che un sistema di diritti soggettivi è un «sistema di azioni»"[56].

**La teoria di Marsilio da Padova**

Per arrivare a una, seppur primordiale, elaborazione concettuale, e cioè la "struttura ideale pensata" cui sopra si accennava, occorre attendere la stesura del *Defensor pacis* da parte di MARSILIO da Padova: "*Dicitur autem ius secudo modo de omni humano actu, potestate vel habitu acquisito, imperato, interiore vel exteriore, tam immanente*

54 FROSINI V. [1], p. 1048, il quale scrive: "Che il diritto soggettivo si sia affermato, come realtà della volontà umana atteggiata nella forma giuridica, nell'ambito della grandiosa esperienza storica, esemplare per la scienza giuridica, quale fu il diritto romano, non v'ha dubbio […] Tutta la storia del diritto romano è una sorta di epopea dello spirito pratico impegnato nella <<lotta per il diritto>>, che è il diritto dei soggetti, la creazione delle forme della azione che sono come le guaine in cui si chiude la volontà dell'individuo".

55 PAOLO [3].

56 SANFILIPPO C. [1], p. 103 e s., il quale correttamente scrive che "la scienza giuridica moderna è giunta ad una compiuta elaborazione dei principi concernenti l'attività giurisdizionale e a costruire in modo autonomo il complesso delle norme ad essa relative, inquadrandolo nella sfera del diritto pubblico sotto il nome di <<diritto processuale>>. Simile autonomia non si riscontrava nel diritto romano, in quanto essa sarebbe stata, più che inopportuna, impossibile, data la concezione stessa che i Romani avevano dei rapporti tra diritto soggettivo e azione giudiziaria. Le norme di carattere processuale appaiono infatti nel sistema romano fuse con quelle di carattere <<materiale>> (cioè con quelle che attribuiscono ai soggetti i singoli diritti): ciò perché i Romani consideravano il fenomeno giuridico non, come oggi, da un punto di vista statico (direi quasi fisiologico), ma da un punto di vista dinamico o patologico; si configurava, cioè il diritto soggettivo non dal punto di vista del suo contenuto sostanziale, bensì dal punto di vista dell'<<azione>> con cui il titolare poteva tutelarlo contro possibili offese. I Romani non dicono: <<io ho un diritto>> (e, per conseguenza ho un'azione per tutelarlo), ma dicono semplicemente: <<io ho un'azione>>.

*quam transeunte in rem aliquam exteriorem, aut in rei aliquid, puta usum et usumfructum, acquisitionem, seu conservationem, aut commutationem, et reliquia similia, conformiter iuri dicto secundum priorem significationem* […] *soliti sumus dicere: hoc ius alicuius esse, cum rem aliquam iuri primo modo dicto conformiter vult aut tractat*"[57].

57 MARSILIO da Padova [1], p. 209, trad. it. nostra: "Chiamiamo altresì diritto, in una seconda accezione, ogni atto umano, che si dice conforme al diritto nel suo primo significato, acquisito per potere o per consuetudine, ordinato, interiore o esteriore, sia perpetuo che temporaneo, [esercitato] su una qualche cosa esteriore (materiale), o su qualcos'altro della cosa, come ad esempio l'uso, l'usufrutto, l'acquisto, la conservazione, la permuta, e i rimanenti analoghi. […] Siamo soliti dire: questo è il diritto di qualcuno, quando [egli] vuole o fa uso di qualcosa conformemente al diritto nel primo significato esposto".

MARSILIO, nell'ammirevole tentativo di porre ordine tra le varie categorie, individua quattro significati diversi della parola "*ius*", di cui il primo è il seguente (*Ibidem*, p. 205. Tutte le traduzioni che seguono sono nostre):

> *Incipiemus autem distinguere significata iuris, quoniam ipsis indigebimus in aliorum assignationibus & distinctionibus, non è converso. Ius igitur in una sui significatione dicitur de lege dicta secundum tertiam et ultimam legis significationem*.
>
> Cominciamo quindi col distinguere i significati della parola "*ius*", perché ne avremo bisogno per le fissazioni e distinzioni degli altri, e non viceversa. "*Ius*", quindi, in una sua accezione, si riferisce alla legge intesa secondo il terzo e l'ultimo significato che le abbiamo dato".

I due significati di legge, terzo e ultimo, cui MARSILIO si riferisce, sono descritti all'inizio dell'opera (*Ibidem*, pp. 37 e 39):

> *Tertio vero modo sumitur lex pro regula cotinente monita humanoru actuum imperatorum, secundum quod ordinantur ad gloriam vel poenam in seculo venturo.*
>
> *Comprehenduntur autem sub hac legis acceptione omnes iustorum & conferentium civilium regulae, auctoritate humana institutae, ut consuetudines, statuta, plebiscita, decretales, & omnes consimiles quę scilicet humanę auctoritati, ut iam diximus, innituntur*.
>
> Il termine "*lex*" si usa invero in un terzo modo, col significato di regola che contiene i precetti degli atti umani dei governanti, a seconda che siano dati per la gloria o per la pena per il secolo a venire (per il futuro).
>
> Sotto questa accezione di "*lex*" sono dunque comprese tutte le regole delle cose giuste e utili per la "*civitas*", stabilite dall'autorità umana, come le consuetudini, gli statuti, i decreti del popolo, le decretali (costituzioni pontificie), e tutte le altre simili che, come già abbiamo detto, poggiano senza dubbio sull'autorità umana.

Prosegue poi l'A. con il secondo significato (*Ibidem*, p. 209):

> *Dicitur autem ius secudo modo de omni humano actu, potestate vel habitu acquisito, imperato, interiore vel exteriore, tam immanente quam transeunte in rem aliquam exteriorem, aut in rei aliquid, puta usum et usumfructum, acquisitionem, seu conservationem, aut commutationem, et reliquia similia, conformiter iuri dicto secundum priorem significationem […] soliti sumus dicere: hoc ius alicuius esse, cum rem aliquam iuri primo modo dicto conformiter vult aut tractat*.
>
> Chiamiamo altresì "*ius*", in una seconda accezione, ogni atto umano, che si dice conforme allo "*ius*" nel suo primo significato, acquisito per potere o per consuetudine, ordinato, interiore o esteriore, sia perpetuo che temporaneo, [esercitato] su una qualche cosa esteriore (materiale), o su qualcos'altro della cosa, come ad esempio l'uso, l'usufrutto, l'acquisto (o l'accrescimento), la conservazione (o la ritenzione), la permuta, e i rimanenti analoghi. […] Siamo soliti dire: questo è

L'elemento volontaristico, nel pensiero marsiliano, è centrale e viene descritto come potere sulla cosa esercitato in modo conforme al diritto oggettivo ("*iuri primo modo dicto*").

**La teoria di William of Ockham**

Diversa impostazione, invece, adotta WILLIAM *of* Ockham[58], il quale a proposito della proprietà, del "*dominium*", parla di "*potestas humana principalis vendicandi et deferendi in humano iudicio rem aliquam temporalem*", per poi specificare che "*dominium est potestas principalis rem temporalem in iudicio vendicandi, et omnimodo, qui non est iure naturali prohibitus, pertractandi*"[59]. Qui il diritto soggettivo – *sub specie* del diritto di proprietà – è inteso nella sua dimensione processuale come diritto di tutela *erga omnes*. L'aspetto sostanziale del potere di disposizione non contrario al diritto (oggettivo) naturale viene posto in secondo piano, pur concorrendo a determinare la nozione dell'istituto. Il termine *potestas* qui indica il "potere", sottolineandosi l'evidente contrapposizione dell'autore con la fortunata espressione "*omnis potestas a deo*", la quale, peraltro, non è presente nella *Epistula ad Romanos* di SAN PAOLO come erroneamente

---

lo "*ius*" di qualcuno, quando [egli] vuole o fa uso di qualcosa conformemente allo "*ius*" nel primo significato esposto.

Il terzo (*Ibidem*, p.209):

*Importat autem rursum hoc nomen ius sententiam iudicantium secundum legem seu iudicia ipsorum secundum ius dicta, iuxta primam significationem, quomodo dicere solent iudicem seu principantem ius alicui fecisse aut reddidisse, dum ipsum per sententiam legalem damnavit aut solvit*.

Questo termine "*ius*" introduce ancora la sentenza di chi giudica in base alla legge o i giudizi degli stessi pronunciati in base allo "*ius*", secondo il primo significato, nel modo in cui sono soliti dire che il giudice o il regnante abbia fatto o reso giustizia a qualcuno, perché, attraverso una sentenza conforme alla legge, quello stesso condanna o assolve (libera).

e, infine, il quarto (*ibidem*, p. 209):

*Dicitur autem amplius ius de actu aut habitu particularis iustitiae, quomodo ius aut iustum velle dicimus eum, qui aequale aut proportionale vult in commutationibus aut distributionibus*.

Si parla ancora di "*ius*", in modo più ampio, con riferimento a un atto o a una consuetudine di una particolare giustizia, nel modo in cui diciamo di volerlo giusto o "*ius*", il quale pretende l'eguale o il proporzionale negli scambi o nelle distribuzioni.

58 Italianizzato in GUGLIELMO d'Occam.

59 WILLIAM of Ockham [1], trad. it. nostra: "[Proprietà è il] potere umano originario [nel senso di non derivato, come invece l'uso e l'usufrutto, spiega il CESARINI SFORZA [1], p. 672] di rivendicare e di portare in un processo umano un bene terreno". La seconda parte del pensiero del filosofo viene da noi tradotta in questo modo: "La proprietà è il potere originario [nel senso di non derivato, v. sopra] di rivendicare un bene terreno in giudizio e, in ogni modo, quello, non limitato dal diritto naturale, di disporne" [la resa di "*pertractare*" con "disporre" è del CESARINI SFORZA [1], p. 672].

spesso si ritiene[60]. Si noti, in qualsiasi caso, come il filosofo di Ockham insista nel qualificare tanto il potere quanto il giudizio come umano, e mai divino[61], proprio in aperta opposizione alla posizione paolina.

Confrontando i due testi, nella definizione marsiliana si coglie l'idea di una varietà infinità di atti umani, i quali vengono riuniti sotto il nome di *ius* solo nel momento in cui una norma li prenda in considerazione, permettendoli: il diritto soggettivo appare, in questo modo, un concetto facilmente rinvenibile in un dato ordinamento di un dato tempo, senza che, tuttavia, ciò contribuisca a darne una definizione scientifica la quale, come noto, arriverà solamente nell'Ottocento germanico[62]. Il pregio dell'opera di Marsilio, in qualsiasi caso, rimane inalterato, considerato, tra l'altro, il fatto che fu tra i primi a porre in modo preciso il problema linguistico dei termini giuridici.

La nozione del filosofo di Ockham, al contrario, focalizza l'attenzione sull'aspetto processuale anziché su quello sostanziale[63], con ciò caratterizzando la proprietà principalmente come potere – *potestas* – di difesa da altrui intrusioni – *vendicandi et deferendi in humano iudicio rem aliquam temporalem* – senza però trascurare la relazione *persona-res* comunque caratteristica del diritto stesso – *et omnimodo, qui non est iure naturali prohibitus, pertractandi*.

La palese differenza che si coglie in rapporto a Marsilio sta, oltre che ovviamente nella definizione stessa, nell'individuazione del limite al diritto soggettivo, che infatti per il primo è lecito quando conforme al diritto oggettivo umano, per il secondo quando

60 Le esatte parole del Santo, infatti, sono state: "*Non est enim potestas nisi a Deo; quae autem sunt, a Deo ordinatae sunt*".

61 Il CESARINI SFORZA [1], p. 672, nota 51, tuttavia, non traduce tale termine, ma afferma che "potestas sta per facultas", senza però precisare cosa debba intendersi per "*facultas*".

62 Per tutti, VON SAVIGNY, F. C., in particolare §§ 4, 52, 53 e PUCHTA G. F. [1], §§ 6, 23, 29, 30. A riguardo si legga RAISER L., p. 111.

63 Impostazione, questa, del tutto conforme alla concezione romana di *ius* (soggettivo) su cui v. *supra*. Sarà infatti il WINDSCHEID, a metà del suo secolo, il primo a proporre, e con successo, la scissione dell'*actio* romana in pretesa sostanziale e rimedio processuale, che fino ad allora erano indissolubilmente legati (WINDSCHEID B. [1], p. 3 e ss., p. 221 e ss.). Si veda in tal senso RAISER L. [1], p. 111, con altre indicazioni bibliografiche a riguardo *ibidem*, nota 14.

lo si esercita in conformità al diritto naturale o, per esser più precisi, quando il diritto naturale non ne vieta l'esercizio. Il primo limite è, dunque, esclusivamente positivo, potendo facilmente rinvenirsi in norme scritte, mentre il secondo è di segno negativo, di più difficile individuazione data la maggior incertezza caratterizzante il diritto naturale quale *ius* (oggettivo) *non scriptum*.

**La teoria del van Groot**

Secondo la filosofia giusnaturalistica che caratterizzerà l'intero medioevo, l'istituto soggettivo preesisterebbe a quello oggettivo positivo, svolgendo quest'ultimo una sola funzione di riconoscimento di un qualcosa già presente nelle leggi divine o naturali[64]. Tale preesistenza viene giustificata con l'idea che è l'Uomo ad avere in sé il diritto (soggettivo), come qualità, in quanto essere dotato di Ragione: "*qualitas moralis personae competens ad aliquid iuste habendum vel agendum*" scriverà infatti il VAN GROOT[65]. Dallo *ius* così concepito come qualità intrinseca della persona si passerà poi allo *ius* come libertà di potere, libertà di cui l'Uomo è titolare in quanto tale fin da quando versa nello stato di natura.

**La teoria di Thomas Hobbes**

Si ricordi in proposito la celebre definizione di HOBBES, secondo cui *ius* è "*libertas quam quisque habet facultatibus naturalibus secundum rectam rationem utendi*"[66], poi ripresa nella sua opera maggiore: "*Ius naturalis est libertas, quam habet unusquisque potentia sua ad*

64 FROSINI V. [1], p. 1048, il quale rileva che in tale concezione "i diritti soggettivi preesistono al diritto oggettivo, hanno perciò un loro valore intrinseco, indipendente dal diritto oggettivo, che può soltanto riconoscerne l'innata giuridicità […] tale concezione appare oggi totalmente abbandonata, almeno negli ambienti di cultura giuridica, come quelli sul continente europeo, in cui vigono i sistemi di diritto codificato. Tuttavia, è da rilevare, con riferimento all'ordinamento giuridico italiano, che l'art. 2 Cost. <<riconosce e garantisce i diritti involabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità>>".

65 VAN GROOT H. [1], p. 4, noto in Italia come UGO GROZIO, la cui affermazione viene da noi tradotta con "qualità morale della persona consistente nell'avere o nel fare qualcosa "*iuste*" [dove "*iuste*" potrebbe tradursi con le locuzioni "secondo diritto" o "secondo giustizia", che per l'A. significa secondo i dettami della Ragione]". La "*qualitas moralis*" cui egli si riferisce è da lui stesso subito dopo definita *perfecta* e *facultas*: "*Qualitas autem moralis perfecta, facultas nobis dicitur*".

Il pensiero di GROZIO segue, tra l'altro, quello già espresso dal SUAREZ [1], p. 7: "*illa ergo actio seu moralis facultas, quam unusquisque habet ad rem suam, vel ad rem ad se aliquo modo pertinentem, vocatur ius, & illud proprie videtur esse obiectum iustitiae*".

66 HOBBES T. [1], p. 17.

*Naturae suae conservationem suo arbitrio utendi, & (per consequens) illa omnia quae eò videbuntur tendere, faciendi*"[67].

**La teoria di John Locke**

L'altro grande filosofo giusnaturalista, JOHN LOCKE, scriverà invece che "*to understand political power right, and derive it from its original, we must consider, what state all men are naturally in, and that is, a state of perfect freedom to order their actions, and dispose of their possessions and persons, as they think fit, within the bounds of the law of nature, without asking leave, or depending upon the will of any other man*"[68].

**La teoria di Immanuel Kant**

Diritto soggettivo è altresì libertà per il filosofo di Königsberg: "Quando KANT definisce il diritto (oggettivo) come «l'insieme delle condizioni per mezzo delle quali l'arbitrio dell'uno può accordarsi con l'arbitrio di un altro secondo una legge universale di libertà», non si può non ricondurre tale «insieme di condizioni» a un unico dato, che è un dato di fatto, cioè all'insieme delle misure coercitive, mediante le quali, venendo impedite le invasioni della libera volontà ossia del potere individuale nella sfera della libertà o del potere di un altro individuo, questa sfera viene garantita e protetta; e giocando tale garanzia e protezione a favore della libertà di tutti gli associati, è la libertà in universale che viene realizzata. Ne deriva, per KANT, che tutti i diritti soggettivi sono altrettante posizioni di libertà individuale garantite e protette dalla loro convertibilità in facoltà, che spettano agli individui, di costringere gli altri a non uscire dalla sfera della loro libertà per invadere la sfera altrui"[69].

**Le teorie di von Savigny e Puchta**

Con la fondazione della c.d. "Scuola Storica" arriva il pensiero del VON SAVIGNY, secondo cui il diritto soggettivo è "un potere *naturale*, cioè proprio della psicologia del soggetto, di indirizzare la propria volontà, potere di cui l'ordinamento giuridico

67 HOBBES T. [2], p. 66.

68 LOCKE J., p. 181, trad. nostra: "per comprendere bene il potere politico e derivarlo dalla sua origine, dobbiamo considerare quale sia lo stato in cui tutti gli uomini si trovino naturalmente, uno stato di perfetta libertà di ordinare le proprie azioni e disporre dei propri possedimenti e persone come si ritenga più opportuno, nei vincoli della legge di natura, senza chiedere permesso o dipendere dalla volontà di un qualsiasi altro uomo".

69 CESARINI SFORZA W., p. 681.

consentiva e garantiva l'esercizio"[70], cui seguirà la definizione del PUCHTA: "*Ein Recht ist die Macht über einen Gegenstand, der dem Willen des Berechtigten unterworfen ist*"[71].

Con la nascita della corrente giuspositivista, si rovescerà completamente la prospettiva. L'impostazione darà luogo alla *Begriffjurisprudenz*, la giurisprudenza dei concetti, che scientificamente affronterà il problema del diritto enucleandone gli istituti dall'esame razionale dello *ius* (oggettivo).

**Le teorie di Windscheid e von Jhering**

Troviamo qui i contributi del WINDSCHEID, il quale definirà il diritto soggettivo come "potestà o signoria della volontà impartita dall'ordine giuridico"[72], per cui essa è decisiva per l'attivazione o l'esistenza di un dato precetto imposto dall'ordine giuridico, e che viene sintetizzata nei termini "*Willensmacht*" e "*Willensherrschaft*"; e l'impostazione del VON JHERING che, invece, contesta la definizione del WINDSCHEID, qualificando diritto soggettivo l'interesse protetto giuridicamente per mezzo di azione[73], anche se il WINDSCHEID replicò che "certo l'ordinamento giuridico non concederà diritti che allo scopo di soddisfare gli interessi di coloro cui li concede, ma nella definizione di diritto non entra lo scopo, in grazia del quale è stato concesso" [74].

La teoria del WINDSCHEID, fondata sulla volontà, e quella del VON JHERING, sulla protezione dell'interesse, condizioneranno i successivi studi sul tema. È così, infatti, che la dottrina d'oltralpe elabora le più diverse teorie modellate sulle prime due, a volte prendendo le parti dell'una, a volte dell'altra, a volte tentando compromessi dogmatici[75]. Anche sul fronte italiano si registrano definizioni discordanti.

70 Così FROSINI V. [4], p. 440.
71 PUCHTA G. F. [2], Bd. I, § 29.
72 WINDSCHEID B. [2], p. 770.
73 VON JHERING R. [1]. Rileva il CESARINI SFORZA, p. 686, come l'A. dia nella medesima opera un'altra definizione di diritto soggettivo, quella di "frammento della volontà generale divenuto concreto ed evidente nella persona singola".
74 Si legga in proposito MONATERI P. G. [2], p. 414.
75 Per una rassegna delle diverse posizioni si veda MONATERI P. G. [2], p. 414 e s.

**Le teorie di Santoro-Passarelli e di Santi Romano**

Il SANTORO-PASSARELLI, scrive che "dovunque al singolo è riconosciuto direttamente un potere per la realizzazione di un suo interesse, ivi la legge ravvisa un diritto soggettivo" [76].

Il SANTI ROMANO distingue, invece, tra potere in senso stretto e diritto soggettivo: "potere in senso stretto e diritto soggettivo rientrerebbero nel *commune genus d*ei poteri in senso largo, attribuiti dall'ordinamento giuridico in ordine a beni o interessi da questo protetti, e sarebbero, quindi, entrambi, manifestazioni ed esplicazioni di capacità: […] il diritto soggettivo si svolgerebbe sempre in un concreto e particolare rapporto giuridico o con una data cosa o verso date persone che viceversa avrebbero obblighi corrispondenti"[77].

**Le altre posizioni italiane: Cesarini Sforza, Ferrara, Barbero, Pugliatti e Frosini**

Di diverso avviso il CESARINI SFORZA, per il quale "il diritto soggettivo, secondo il suo concetto, è *il potere individuale di regolare un certo comportamento altrui secondo un ordine oggettivo*. Ma con specifico riferimento a principi giuridici determinati, il diritto soggettivo è *il potere di esigere un comportamento conforme all'ordinamento vigente*"[78].

Secondo il FERRARA, quando "è conferito al singolo il potere esclusivo di attuare a suo vantaggio la tutela giuridica […] questo potere si dice diritto soggettivo"[79].

Per il BARBERO, diritto soggettivo è lo "*esser lecito agire*"[80]. In aperta critica nei confronti delle teorie che lo riconducono all'*actio* e non allo *ius* egli afferma: "Ora non è razionalmente pensabile che il diritto soggettivo debba rapportarsi immediatamente alla fase malata delle relazione giuridiche e non trovi modo di affermare la sua presenza già nella fase normale e sana. Perciò, è da escludere che esso consista nel potere di mettere in moto la sanzione"[81].

76 SANTORO-PASSARELLI F. [1], p. 70.
77 ROMANO SANTI [1] p. 174.
78 CESARINI SFORZA W., p. 694.
79 FERRARA F. *senior* [1].
80 BARBERO D. [1], c. 25.
81 *Ibidem*, c. 20.

Il PUGLIATTI, come il SANTI ROMANO, distingue tra potere e diritto[82] e, nelle sue *Istituzioni*, definisce il diritto come "*facultas agendi*"[83].

Per il FROSINI[84] il diritto soggettivo è esigenza giuridica attribuita al soggetto, la quale "consiste in una facoltà di pretendere (<<aver diritto a…>>), che è accertabile nell'ambito dell'ordinamento giuridico, l'unico che possa garantire, con certezza e pienezza di effetti, l'inserimento della volontà del singolo nel tessuto vivente dell'azione sociale, la sua conformità ad una logica generale che governa la vita ordinaria d'una comunità determinata".

**La tesi sfavorevole del Barba**

A fronte di tali posizioni non è neppure mancato chi, come il BARBA, ha sostenuto che l'istituto non abbia più, oggi, alcuna utilità, vittima dell'ineluttabile destino "di una formula che resiste all'indagine positiva per la semplice ragione che non appartiene alla realtà linguistica del sistema giuridico e che quando viene utilizzata, lo si è visto, assume dignità di principio elastico che il legislatore utilizza per giustificare la propria discrezionalità politica e che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione in sede di regolamento di giurisdizione recuperavano dopo aver individuato il principio di diritto che orientava la decisione"[85].

L'autore porta diversi esempi, come l'assenza nel codice civile di ogni riferimento all'istituto: "l'espressione "diritto soggettivo", egli scrive, "non appartiene al vocabolario del legislatore, che utilizza, invece, le espressioni "diritto", "diritto reale", "diritto di credito", "diritto reale di godimento" e "diritto personale di godimento"; la sua presenza nell'art. 103 Cost e negli artt. 6 e 8 della l. 205/00; l'esempio, cui fa cenno la citazione sopra riportata, di CASS., SS. UU., ordd. 13659/06 e

82 "[PUGLIATTI] definiva il <<potere in senso tecnico o ristretto>> come il mezzo con cui un determinato soggetto adempie alla funzione alla quale è proposto, e lo ricollegava perciò ad un determinato ufficio, pubblico o privato che fosse, integrandolo con la nozione di dovere. Mentre il diritto soggettivo […] è una entità compiuta e piena, che include in se stessa il proprio fine, il potere ha invece un carattere strumentale, ed è esso che consente alla dinamica della funzione (di cui un soggetto è investito ex officio) di operare nel mondo esterno" (FROSINI V. [4], p. 441).

83 PUGLIATTI S. [1], p. 29.

84 FROSINI V. [1], p. 1047.

85 BARBA A., p. 430.

14854/06 che, sempre per l'autore, costituiscono "chiaro esempio" di come "il riferimento al diritto soggettivo sembra più funzionale a una esigenza stilistica, che non ad una oggettiva necessità argomentativa avvertita nella costruzione, prima, e formulazione, poi, della *ratio decidendi* su cui riposa la decisione del caso concreto" [86].

**Critiche alla tesi del Barba**

A questa posizione si può obiettare, in primo luogo, che, se pure il codice civile non usi mai la formula "diritto soggettivo", non vuol dire che esso non la tenga in considerazione, ma anzi ne presuppone l'esistenza: a voler esser precisi, infatti, non è neppure nominato il negozio giuridico, che pure assume ruolo di categoria fondamentale nel nostro diritto civile.

In secondo luogo, se pure sembrino poche le disposizioni che richiamano espressamente l'istituto, ciò non ne fa venir meno l'utilità, anzi la sua citazione è indice (non decisivo, certo) della sua esistenza e importanza, che l'autore però disconosce, arrivando perfino a dire che "allo stato dell'evoluzione normativa la categoria del diritto soggettivo ha perso significato e portata pratica in relazione alla tradizionale dicotomia con l'interesse legittimo legata alla giurisdizione del giudice amministrativo"[87]; e ciò in base a quanto scritto nella nota sentenza Cass., SS. UU., 500/99, nella parte in cui considera l'ampliamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ad opera del d. lgs 80/98. Al di là del ridimensionamento che la Corte Costituzionale ha operato a partire da sei anni dopo – e che l'autore ben conosce citando nel suo scritto la nota sentenza 204/04 – occorrerebbe capire quale "portata pratica" avrebbe l'abolizione o il disconoscimento dell'istituto, se non quella di far confluire quasi tutta la giurisdizione civile in quella amministrativa, rendendo speciale la prima e ordinaria la seconda (in contrasto, per vero, con la stessa Costituzione).

In terzo luogo, quanto al dato giurisprudenziale preso in considerazione, a cosa, se non al diritto soggettivo – e ovviamente all'interesse legittimo – avrebbe dovuto fare riferimento la Suprema Corte in sede di regolamento di giurisdizione? Certo è possibile

86 *Ibidem*, p. 431, nota 1.
87 *Ibidem*, pp. 431-432.

criticare l'*iter* argomentativo, potrebbe pure dirsi una conclusione sbagliata quella che emerge dalle sentenze citate, ma affermare che il riferimento al diritto è una "esigenza stilistica" e non una "oggettiva necessità argomentativa" ci pare fuori luogo.

In quarta e ultima istanza, rileviamo quella che, secondo noi, è qualificazione errata del diritto soggettivo, definito "principio elastico". Al di là di capire cosa intenda l'autore per elasticità di un principio[88], il diritto soggettivo è un istituto – al pari del contratto, del rapporto giuridico, del matrimonio, tutti istituti e non principi – da inquadrare a nostro avviso come forma lecita dell'agire o, per rimanere nella dottrina tradizionale, come situazione giuridica soggettiva attiva.

**La tesi sfavorevole di Monateri**

Sostanzialmente in linea con quella del BARBA appare la posizione del MONATERI[89], il quale reputa "scarsa" la "validità di una categoria generale dei d.s.", focalizzando l'attenzione sul momento rimediale dell'agire (secondo una visione, potremmo dire, romanistica): "Una teorica generale del d.s. non è uno strumento necessario del giurista, la tradizione di Common Law non l'ha sviluppata, quella francese ne fa di fatto a meno. La sua utilità, come in genere quella di teoriche molto generali, non va ricercata tanto nelle deduzioni che possono ricavarsene; poiché tali <<deduzioni>> o scelte operative sono in realtà dettate dalle teorie accettate relative ai singoli istituti chiamati in gioco. La sua utilità può consistere piuttosto nell'analisi delle premesse, cioè del contesto di quelle nozioni che vengono escogitate per cercare di rendere ovvie le soluzioni accreditate, e con le quali si dovrebbe cercare non di paludare le decisioni raggiunte, ma di svelare le idee soggiacenti alle regole implementate"[90].

**Critica alla tesi del Monateri**

Il pensiero del MONATERI appare forse più suggestivo, ma non riscuote il nostro pieno consenso. Concordiamo con l'autore che, certamente, la costruzione delle forme del diritto, dei suoi elementi primi, è soggetta alla stessa impostazione del sistema, e dunque un istituto può scomparire in un sistema e comparire in un altro, o addirittura

88 Per alcune nostre considerazioni sui "princìpi" v. *infra*, parte II, cap. III, par. 2.
89 MONATERI P.G. [2].
90 *Ibidem*, p. 432-433.

assumere forme diverse[91] e, nonostante ciò, comunque, riteniamo utile e valido lo studio atto a individuare e definire le forme giuridiche essenziali del nostro sistema, e ciò non per isolarci nella "torre eburnea delle forme pure"[92], né per giustificare a priori il nostro lavoro, ma per una vera e propria esigenza pratica – esigenza che, si è visto, si nega o si riduce a "scarsa" nei pensieri sopra riportati.

In primo luogo, infatti, seppure il diritto soggettivo possa essere un concetto inutile nei Paesi di *Common Law*, comunque ciò non nega a priori la sua validità in quelli di *Civil Law*, poiché se l'istituto è soggetto al sistema, un sistema che l'ammetta e lo prenda in considerazione non è un sistema sbagliato – nel senso che potrebbe farne a meno – ma un sistema costruito su elementi diversi da altre esperienze giuridiche, e che trova la sua *ratio* in se stesso.

In secondo luogo, seppure oggi è particolarmente sviluppata l'incapacità comunicativa del Legislatore - e di tale incapacità Esso ne dà atto in ogni ramo del diritto – e se è indubbio che certe decisioni giurisprudenziali appaiono frutto più della fantasia che della logica, dettate maggiormente dalla voglia di protagonismo di innovare o di "svecchiare" l'insufficientemente aggiornato diritto nell'ottica distorta di un'equità presunta, invece che dal dovere di pronunciarsi in base a un percorso logico-razionale avente ad oggetto la norma – il quale è l'unico, si badi bene, a poter dare senso di verità all'intero sistema giuridico, giacché a che serve un sistema di norme se non vi è una logica nella sua costruzione e una nella sua applicazione? – non di meno la realtà di questi fenomeni non deve produrre uno svilimento degli istituti di volta in volta richiamati in gioco al fine di giustificare questa o quella particolare od "originale" motivazione (l'esigenza stilistica di cui parla criticamente il BARBA), ma anzi impone il

91 "in Germania, a differenza che in Italia il possesso è annoverato tra i d.s., in Francia come in Italia esiste una giurisdizione amministrativa ad hoc, ma in Italia a differenza che in Francia si elabora il fenotipo dell'interesse legittimo, strutturalmente analoga al genotipo del d.s., ma riguardante situazioni sottratte alla cognizione del giudice ordinario e così via…" (*Ibidem*, p. 432)

92 Scongiuriamo il rischio paventato dal MANTOVANI [1], p. XXXI: "è non meno grave atto di presunzione ascientifica, […] l'isolamento del giurista nella torre eburnea delle forme pure".

massimo rigore nel recupero degli studi sui fondamenti del diritto proprio al fine di scongiurare curiose, illogiche, manifestamente ingiuste decisioni.

In assenza, infatti, di una chiara definizione degli istituti, in assenza di una certezza in ordine al significato che le locuzioni e i termini diritto soggettivo, uso, interesse, causa, motivo, buona fede assumono nel nostro ordinamento – che è l'ordinamento in cui viviamo e da cui ci aspettiamo giustizia – non può che crearsi un caos interpretativo che non è puramente teorico, ma anzi produce i suoi mostri peggiori in campo pratico: e ciò è tanto più vero nell'ambito, quale quello dell'abuso, dove da una parte non si è certi in cosa esso consista, e dall'altra si teme l'arbitrio del giudice o del funzionario (su cui v. *infra*, parte II, cap. II, par. 4 e cap. III, par. 2), con la consapevolezza del rischio di porre loro in mano un potere di decisione di giustizia o ingiustizia del danno, e cioè di uso o di abuso del diritto. Un potere, insomma che costituisce uno strumento di attribuzione di responsabilità svincolato da quasi ogni certezza giuridica. L'abuso del diritto, o del potere, o di qualunque altro istituto, si risolverebbe così in una forma di responsabilità imprevedibile, minante – e in questo aspetto la dottrina contraria avrebbe pienamente ragione – la certezza dei rapporti giuridici. A maggior ragione, allora, è necessario recuperare la nozione scientifica dell'istituto, e il punto di partenza non può che essere, si scuserà la banalità, la definizione dei concetti che ad esso ineriscono, a cominciare appunto dai suoi presupposti primi, *in primis* il diritto soggettivo.

Cosicché, a fronte di chi ritiene che "la ricerca di un significato tecnico del diritto soggettivo rende ragione dell'insofferenza verso astrazioni incapaci di offrire all'operatore strumenti operativi concreti"[93] si ribatte con le parole del KANT il quale, nel saggio dal titolo "Sul detto comune: questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la prassi", giustamente affermò che "non dipendeva dalla teoria se essa serviva poco per la prassi, bensì dal fatto che non vi fosse sufficiente teoria"[94].

93 BARBA A. [1] p. 430.
94 KANT I., p. 123.

Dimostrata, si spera, l'utilità dell'istituto nel nostro sistema, occorre soffermarci sulle due correnti di pensiero che, modernamente, hanno contribuito alla sua nozione: la teoria della volontà e la teoria dell'interesse.

**Il rifiuto dell'abuso del diritto nella teoria della volontà**

Per la prima, l'aspetto volontaristico – che trova riconoscimento, come visto, già negli scritti medievali[95] – caratterizza il diritto soggettivo, e di conseguenza il suo esercizio, come assoluto[96], supremazia della volontà individuale la quale si impone per il solo fatto di essere pensata, e che non ammette altro termine del rapporto se non il dovere: la correlazione diritto-dovere, a volte indicata in modo differente con i termini diritto-obbligo ma identica di contenuto in entrambe le formule, è un pensiero ricorrente nella letteratura giuridica italiana, ma non solo[97], e arriva ad escludere recisamente ogni possibilità di ammissione della figura dell'abuso del diritto.

Se, infatti, il diritto soggettivo è volontà, ne discende che non potrà mai essere *contra legem* una volontà che si muova sui binari del diritto oggettivo, perché la stessa idea dell'*agere* è concepita, in quest'ottica, in modo puramente meccanico, come un rapporto causa-effetto dove causa è la volontà del singolo che attiva l'ordinamento e l'effetto coincide con l'effetto giuridico che la norma pone a conseguenza del volere: in una visione meccanica – robotica, si direbbe oggi – del diritto non può esistere un abuso, perché l'abuso è considerato un qualcosa che devia dallo schema normativo pur rimanendone all'interno, ma la volontà che devia dai binari del diritto non è un treno che, pur continuando a viaggiare, prende una direzione sbagliata, ma un treno che si schianta rovinosamente subito dopo: in un sistema così costruito non esiste una volontà che possa sopravvivere – e cioè produrre i suoi tipici effetti giuridici – fuori dallo schema della norma, e non esiste una volontà – *id est*, un diritto – che sia viziato in qualche suo elemento, pur avendo rispettato la norma, perché la volontà, lo si ripete, è

95 A cominciare da MARSILIO, v. *supra* nel testo.

96 "Avere un diritto soggettivo significa che l'individualizzazione della norma *è avvenuta* e, dunque, esiste un giudizio *precostituito* di prevalenza di un soggetto rispetto ad un altro (a tutti i soggetti dell'ordinamento: c.d. *assolutezza del diritto*), in un certo rapporto, rispetto a un certo oggetto" (RUSSO E., p. 105).

97 Celebre, a riguardo, lo schema di HOHFELD W. N., p. 36.

causa di un effetto, è la spinta iniziale che esaurisce il suo ruolo nel momento in cui si manifesta, lasciando all'ordinamento il compito della produzione delle conseguenze, le quali infatti si realizzano proprio perché positivamente previste. Ammettere l'abuso in un sistema di tal genere, vorrebbe dire ritenere viziata, in potenza, la norma stessa, la quale inconcepibilmente dovrebbe produrre effetti in contrasto con se stessa: il Diritto, allora, diverrebbe la contraddizione in potenza di se stesso.

**La fecondità dell'abuso nella teoria dell'interesse**

Al contrario, l'abuso del diritto ha trovato terreno fertile nell'adesione all'altra corrente di pensiero, basata sull'interesse, materiale o spirituale, valutabile o meno economicamente, ma soprattutto, e questo è il punto di svolta, giuridicamente lecito e, come tale, meritevole di tutela[98].

Nel passaggio da una concezione volontaristica a una legata all'interesse, sembra venirsi a creare lo spazio per l'ammissibilità di un abuso del diritto, poiché il diritto stesso non è più metaforicamente un treno costretto sui binari dell'ordinamento ma diviene un'automobile in grado di percorrere diverse strade per giungere a destinazione: la bontà, o convenienza, o ragionevolezza della scelta del percorso sarà l'oggetto dello specifico giudizio di abusività[99].

**Il giudizio sull'abuso nella teoria dell'interesse**

Nel momento in cui, dunque, si inserisce nel diritto soggettivo il concetto di interesse, o meglio nel momento in cui si prende in considerazione l'interesse al fine di costruire la nozione di diritto soggettivo, si apre al pubblico potere – magistrato o funzionario – la sala delle valutazioni dei mezzi e dei fini, il tribunale dell'agire, nel quale ben si potrà dire se l'esercizio del diritto è o meno un uso in base al tipo di interesse perseguito *in primis*, e al modo in cui esso è stato perseguito o si sta perseguendo *in secundis*, poiché non esiste più una *volontà irresponsabile – feci, sed iure feci* – ma una spinta psicologica orientata alla soddisfazione di un interesse che viene sì

98 Tale considerazione è presente pure in COMANDUCCI P., p. 26. Per una ricostruzione del concetto si veda SACCO R. [3]. Sono favorevoli a una ricostruzione dell'abuso nella teoria dell'interesse, tra gli altri, PINO G. [1][2], PIRAINO F., RESTIVO C.

99 La teoria dell'interesse calza davvero a pennello, tra l'altro, per spiegare il fenomeno dell'elusione fiscale, sui cui v. *infra*, parte III, cap. IV.

preso in considerazione da una norma, ma di cui la norma stessa non ne garantisce, e non ne può garantire, la liceità: da una visione meccanica, robotica, si passa a una visione quantistica, caotica, *incerta* del diritto, dove la norma non esaurisce il giudizio di valore, che è solo *astrattamente* positivo, dovendosi procedere al giudizio del caso concreto in ordine alla coerenza dei mezzi e dei fini – *id est* dell'esercizio e dell'interesse anche, ma non solo, sotto il profilo della proporzionalità – in relazione a dei parametri incerti, normalmente individuati in principi generali dell'ordinamento o in valori etico-sociali (v. *infra*, parte II, cap. III, par. 1). Il diritto è allora usato, e non abusato, quando è conforme all'ordinamento e non alla norma, la quale pur facendone parte non ne esaurisce l'area del lecito, che è invece tale in base all'*unicum* inscindibile che è il diritto oggettivo: ne consegue che l'idea dell'abuso risiede in tal senso nel Diritto, e non nella norma, con ciò sposandosi a pieno la già ricordata impostazione del SANTI ROMANO[100].

Di fronte all'alternativa volontà/interesse che, come abbiamo visto, domina il pensiero giuridico sul diritto soggettivo, si ritiene tuttavia di non poter prendere una posizione né in favore dell'una né in favore dell'altra tesi.

**Critica alla teoria della volontà**

La tesi volontaristica, infatti, non regge di fronte alla considerazione che la volontà rimane del tutto estranea al diritto soggettivo, il quale invece consiste nella liceità di una predeterminazione astratta di comportamento, in un *poter essere*, in un *agere licere*[101].

La norma attributiva del diritto, la sua fonte, non prende infatti in considerazione la volontà del soggetto al fine di determinare il contenuto del diritto stesso – la quale rimane, appunto, esterna ad esso – ma al più la presuppone, quale elemento soggettivo ineliminabile di ogni atto umano: la volontà di agire, la volontà di non agire.

Né a diversa conclusione porta l'intendere la volontà quale volontà non del fatto, ma di mettere in moto l'ordinamento al fine di conseguire un certo risultato, poiché tale

100 Su cui v. *supra*, premessa, nota 2.

101 Tale teoria era stata propugnata dal BARBERO D. [1], e troverà poi riscontro nella dottrina di altri autori, tra cui GUARINO G., NATOLI U., e, più recentemente, ORLANDI M. [1][2], il quale conclude "contro l'abuso del diritto", mentre RESTIVO C., da identiche premesse, ne afferma l'ammissibilità.

volontà non potrebbe che realizzarsi volendo – e ponendo in essere – il fatto stesso, e cioè il comportamento preso in considerazione dalla norma attributiva del diritto.

Né, in terzo luogo, varrebbe riferirsi alla volontà come volontà di produrre determinati effetti giuridici, poiché essi possono prodursi indipendentemente dalla volontà del soggetto[102] e perfino contro la sua volontà[103].

Il diritto soggettivo ha, allora, come contenuto non il volere, ma il comportamento del soggetto, il quale agisce perché vuole o, per meglio dire, vuole agire e decide di agire secondo la sua volontà: le azioni che egli realizzerà saranno il solo oggetto del giudizio, il fatto rapportato alla fattispecie il cui confronto darà luogo al sindacato di liceità o illiceità del fatto stesso[104].

Ne consegue che se oggetto del giudizio è il fatto, esso non può che essere rapportato a un tipo astratto, e cioè a una categoria di comportamenti presi in considerazione dalla legge, ovvero la fattispecie: il termine di paragone dev'essere, infatti, omogeneo al termine paragonato – pena l'erroneità del giudizio – con l'effetto di doversi ritenere irrilevante la spinta psicologica la quale è, appunto, elemento presupposto ma non costitutivo dell'istituto.

Espulsa in tal modo la volontà dalla nozione, il diritto soggettivo si emancipa dalla critica rivolta due secoli fa al WINDSCHEID, secondo cui l'incapace non avrebbe diritti, difettando di volontà[105], e diventa strumento consentito per le modificazioni delle realtà giuridica e materiale: l'*agere licere*, appunto, il poter agire lecitamente, con la protezione dell'ordinamento, il quale predetermina gli effetti del comportamento

102 Ne sono esempi l'unione e la commistione (art. 939 c.c.).

103 Ad es. l'accettazione dell'eredità – pura o con beneficio d'inventario – comporta la successione non solo nei diritti, ma anche nei doveri del *de cuius* salvo quelli di natura personale, nonché l'obbligo di adempiere ai pesi imposti, come i legati. Per tutti, CAPOZZI G.

104 RUSSO E. [1], p. 105: "Quando viene affermata l'esistenza di un *diritto*, la "controversia" non riguarda la meritevolezza dell'interesse di cui si chiede la protezione, ma l'accertamento dei "fatti" da cui deriva l'esistenza del diritto […] In altre parole, quando vi è diritto soggettivo, il giudice non pronuncia, con un giudizio comparativo, la prevalenza di un interesse rispetto ad altro interesse, ma accerta l'esistenza del diritto: accerta, cioè, l'esistenza di fatti dai quali deriva il diritto soggettivo".

105 V. *supra* nel presente paragrafo.

attribuendo al soggetto la libertà di porre in essere un certo fatto al cui verificarsi si collegano certe conseguenze, secondo la formula logica "se… allora…"[106].

**Critica alla teoria dell'interesse**

Da tale conclusione discende pure l'irrilevanza, per il diritto soggettivo, dell'interesse perseguito dal suo titolare[107]. Ai fini della qualificazione del *licere*, infatti, non importa che sia perseguito l'uno o l'altro interesse, se non quando è la legge regolatrice del diritto a prenderlo in considerazione (come, ad esempio, nell'art. 833 c.c. o nelle potestà).

Tale conclusione porta alla parziale eliminazione di quella incertezza che connota la teoria dell'interesse, il quale si ritiene debba essere preso in esame solo quando vi sia un espresso richiamo normativo in tal senso.

Non esiste, infatti, una rilevanza implicita dell'interesse, ma solo esplicita, formalizzata nella fonte del diritto soggettivo – che può anche non essere la Legge ma, ad esempio, un negozio giuridico – e che in forza di detto richiamo diviene parte del giudizio di liceità o illiceità del fatto. Ciò porta, tuttavia, a chiedersi se, in tali casi, l'interesse assurga a elemento costitutivo del diritto soggettivo o se, invece, rimanga esterno ad esso.

La funzione dell'interesse nella costruzione dell'area di libertà ammessa dalla norma svolge, come detto, la funzione di discrimine tra liceità e illiceità del diritto: così, nel già richiamato art. 833, il fine esclusivo di nuocere o recare molestia ad altri limita il diritto di proprietà[108].

**Critica alla teoria dell'interesse quale elemento costitutivo dell'*agere licere***

A nostro avviso, se il diritto soggettivo è *agere licere*, esso non può che consistere di due elementi: l'*agere*, ovvero i comportamenti presi in considerazione dalla norma, e il *licere*, ovvero il giudizio di positiva rispondenza del fatto alla fattispecie. In questo

106 Tale teoria postula una concezione della norma ben specifica: non quale imperativo categorico, ma come giudizio ipotetico (KELSEN H., specialmente p. 61 e ss.). Per una sintesi del problema si veda, recentemente, RESTIVO C., p. 47, nota 134, ma v. pure *infra*, parte II, cap. II, par. 3.

107 *Contra*, PIRAINO F., p. 121: "Sia chiaro, la centralità dell'interesse oggettivo nella configurazione della fattispecie attributiva di qualsiasi situazione soggettiva non va messa in discussione e tutto ciò crea i presupposti logici dell'abuso del diritto".

108 La norma parla, precisamente, di "atti che non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri".

senso, allora, nel diritto soggettivo *sembrerebbe* rientrare anche l'interesse, ove espressamente considerato dalla norma, in quanto delimitante la liceità del medesimo: il diritto sarebbe dunque il comportamento astratto non esercitato per ottenere quell'interesse, il che equivale a dire che la proprietà è il diritto soggettivo di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo non esercitato al solo scopo di nuocere o recare molestia ad altri.

**L'interesse quale elemento costitutivo dell'illecito**

Tale conclusione, tuttavia, non convince. In tale ipotesi l'interesse non è elemento costitutivo del diritto, ma elemento costitutivo dell'illecito, cosicché più che domandarsi quale sia il suo ruolo nel primo, occorre chiedersi quale sia il suo ruolo nel secondo.

Lo spazio di libertà garantito dall'ordinamento al privato non è mai, chiaramente, illimitato, ma incontra dei limiti di volta in volta presenti e individuati in diversi settori dell'ordinamento, come avviene ad esempio per la proprietà[109].

**Il rapporto tra il *licere* e l'*illicere***

Questi limiti, tuttavia, non entrano nella definizione del diritto, ma ne costituiscono il perimetro: la formulazione in termini di divieto di determinati comportamenti[110] – la cui violazione possiamo definire *illecito* (v. *infra*, parte II, cap. I, par. 3) – consente di tracciare il limite esterno del diritto soggettivo – e in generale di ogni forma lecita dell'agire – il quale, come tale, è fuori dal diritto stesso.

Né potrebbe dirsi diversamente, altrimenti si arriverebbe all'assurda conclusione che ogni tipo d'illecito, per il solo fatto di perimetrare il lecito, farebbe da elemento costitutivo del diritto stesso: ma il *licere*, seppur definito in negativo dall'*illicere*, è nozione distinta da quest'ultimo, e tale rimane l'interesse rispetto al diritto, costituendo esso elemento del secondo e non del primo.

**La definizione di *agere licere***

Ne deriva che è *agere licere*, cioè diritto, ogni comportamento riconducibile alle fattispecie determinate dalla sua fonte – giudizio di positiva rispondenza tra fatto e fattispecie – e contemporaneamente estraneo a ogni ulteriore fattispecie illecita che quel diritto riguardano – giudizio di negativa rispondenza tra fatto e fattispecie.

109 V. *supra*, par. 2.
110 Su cui v. *infra*, parte II, cap. II, par. 3.

A diversa conclusione, invece, si arriva quando l'interesse è preso *espressamente* in considerazione dalla norma non per costruire l'illecito, ma il lecito, e cioè quando l'interesse è doverosamente da perseguire, pena l'illiceità del fatto. Ciò avviene, ad esempio, nella potestà[111].

## 4. IL DIRITTO POTESTATIVO

Una controversa figura di forma lecita dell'agire è quella del diritto potestativo[112] la quale, a differenza del diritto soggettivo, è frutto di un'elaborazione piuttosto recente[113]. L'ammissibilità di detto istituto nel novero dei "diritti" fu inizialmente osteggiata da chi[114] pensava il diritto soggettivo in necessaria correlazione con un obbligo[115], non potendo esistere, si affermava, un diritto che di tale requisito mancasse del tutto[116]. Essa, tuttavia, trova oggi accoglimento, e viene normalmente ricondotta nel novero dei diritti soggettivi relativi[117].

111 V. *infra*, par. 5.

112 *Vocab. Treccani*, voce "Potestativo": "Nel linguaggio giur., di atto che nasce dall'esercizio di un potere e dipende dalla volontà di una persona; in partic., diritto p., diritto soggettivo che consiste nel potere riconosciuto a un soggetto di cambiare, mediante un atto unilaterale, la situazione giuridica di un altro soggetto, che non può opporsi alla modificazione (per es., recesso unilaterale dal contratto, revoca del mandato, ecc.)".

113 Per una ricostruzione storico-bibliografica si v. CARPINO B. [2], p. 11. Il primo a proporre l'istituto in Italia fu il CHIOVENDA [1] p. 20 e ss., cui si deve il conio della locuzione "diritti potestativi". La figura ha avuto però origini tedesche, che si riconducono all'opera del SECKEL E.[1], sebbene il CARPINO ritenga potersi risalire a ENNECCERUS L. [1].

114 CARNELUTTI F. [1], p. 54.

115 v. *supra*, par. 3.

116 "Concezione assurda quant'è assurda la concezione di una medaglia con una faccia sola" (CARNELUTTI F. [1], p. 104). Ancora più forte la critica del FERRARA *senior* [1], p. 346 e s.: "Un diritto che non si dirige contro alcuno, che non importa una esigenza del contegno altrui (un diritto senza *dovere*), un diritto che non è capace di violazione (un diritto senza *torto*), un diritto che non si fa valere giudizialmente (un diritto senza *azione*) è capacità giuridica, non diritto soggettivo". A riguardo si legga pure CANDIAN A. [1], p. 26 secondo cui i diritti potestativi sarebbero, in realtà, delle mere facoltà.

117 CARPINO B. [2], pp. 2 e 4, TORRENTE A.-SCHLESINGER P. [1], , p. 68, ma pure NICOLÒ R. [1], p. 33.

**Gli elementi costitutivi del diritto potestativo**

Le posizioni favorevoli al riconoscimento della categoria, che oggi è maggioritariamente accolta, individuano costantemente in due elementi i fattori costitutivi del diritto potestativo: l'atto unilaterale e la modificazione della sfera giuridica altrui, ove il destinatario dell'atto nulla deve fare per realizzare l'interesse del titolare del diritto – e in questa sta la differenza con la forma giuridica dell'obbligo – dovendo egli solamente soggiacere, ovvero rimanere giuridicamente inerte.

Ciò che più preme sottolineare, ai fini della nostra ricerca, è che l'esercizio del diritto potestativo comporta l'esercizio di un atto unilaterale da parte del privato, sebbene la dottrina abbia rilevato casi in cui il diritto potestativo sia esercitato mediante l'*actio*[118].

Tralasciando questa seconda ipotesi, è interessante notare come, a differenza degli altri istituti affini, l'esplicazione del diritto potestativo si risolva necessariamente in un atto giuridico, il quale deve avere a suo fondamento una causa.

Viene pertanto in rilievo la dibattutissima questione della nozione di causa, che costituisce elemento fondamentale per concludere, con riferimento al diritto potestativo, contro o a favore della sua suscettibilità ad essere abusato.

**Abuso quale deviazione dallo scopo**

Se, infatti, si ritenesse di dover aderire all'orientamento oggi maggioritario, che concepisce la causa *in senso concreto*, ovvero come sintesi degli interessi concretamente perseguiti dalle parti, l'abuso – quale *perseguimento di un interesse diverso rispetto a quello preso in considerazione dall'ordinamento, giudicato immeritevole* – ben potrebbe rivelarsi nell'esercizio di un diritto potestativo, producendo come effetto la nullità dell'atto per causa illecita. E ciò, si badi, in qualunque modalità d'esercizio dell'istituto, senza alcuna limitazione, che invece è stata individuata da un'autorevole dottrina nell'espressa previsione legislativa della necessità di valutarne i "motivi"[119]: così, ad esempio, in tema di recesso *ad nutum* nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato, il quale deve

118 CARPINO B. [2], p. 9 e s.
119 *Ibidem*, p. 10.

essere sorretto – se esercitato da parte del datore di lavoro – da una *giusta causa* o da un *giustificato motivo*[120].

**Meritevolezza dell'interesse e causa degli atti unilaterali**

Al contrario, se si dovesse aderire alla tesi, classica, della *causa in astratto*, nessuno spazio sembra potersi ravvisare per l'abuso del diritto potestativo esercitato mediante un atto tipico, mentre potrebbe ammettersi nei casi di atto atipico. Tale considerazione poggia sul disposto dell'art. 1322 co. 2 c.c., il quale consente un giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti per mezzo di contratti atipici, ma che è possibile applicare in via analogica agli atti giuridici, giusto il disposto dell'art. 1324 c.c.[121].

L'abusabilità dei diritti potestativi si risolve, insomma, nel giudizio di liceità dell'atto unilaterale con cui essi vengono esercitati, e cioè richiede, quale presupposto, la possibilità di abusare dell'autonomia negoziale – sia essa qualificata come diritto o, come ci pare più opportuno, come libertà. È da lì che discende, per conseguenza, la soluzione positiva o negativa estensibile agli atti unilaterali e, quindi, ai diritti potestativi per loro mezzo esercitati.

In proposito, si ritiene che anche l'autonomia negoziale, identificata ora come potere, ora come libertà, ora come diritto, possa essere soggetta ad abuso. La considerazione trova fondamento da un lato nella teoria della causa in concreto, laddove consente un sindacato sulla reale volontà delle parti, che può portare a identificare uno o più negozi in tipi diversi da quelli apparentemente prospettati dalle parti, arrivando addirittura a passare da un'apparenza di contratto a effetti reali a una realtà fatta di contratto reale assistito da garanzia[122], e dall'altro nella meritevolezza degli interessi perseguiti.

120 BUSNELLI F. D.-NAVARRETTA E., p. 195.

121 Di recente, CASS., 15093/09, punto 4.4: "Secondo il condiviso orientamento di questa Corte, in virtù del richiamo operato dall'art. 1324 c.c., la causa illecita e il motivo illecito rilevano ai fini della nullità anche negli atti unilaterali".

122 CASS., 22932/05, punto 2.1, in tema di cessioni di usufrutto su partecipazioni per esclusivi fini fiscali: "La tesi definitivamente sostenuta [dall'Ufficio, n.d.A.] era quella di una diversa qualificazione giuridica

I due profili vanno distinti, giacché mentre il primo attiene alla configurazione reale degli atti e negozi giuridici, anche in collegamento fra loro, e quindi riguarda la natura giuridica e l'inquadramento dei medesimi in base ai tipi conosciuti, la meritevolezza degli interessi perseguiti è giudizio logicamente subordinato al primo, di carattere maggiormente discrezionale e che si connota per un'insopprimibile alea in capo alle parti le quali potranno avere solo una relativa certezza, in termini probabilistici, della meritevolezza degli interessi che intendono perseguire e, quindi, della correlata liceità negoziale.

Tali direttive vanno poi trasposte in sede di atti unilaterali, che in relazione ai diritti potestativi ne costituiscono il mezzo d'esercizio. La differenza con le altre figure di situazioni giuridiche soggettive, allora, è da rinvenirsi nel passaggio obbligato per la causa e la meritevolezza degli interessi al fine di stabilire se un diritto potestativo sia stato o meno esercitato abusivamente per il tramite dell'atto unilaterale.

## 5. LA POTESTÀ

**Dalla patria potestà del 1865 a quella genitoriale del 1970**

Con il termine potestà[123] si è indicato, in passato, un nucleo di poteri da esercitarsi direttamente su una o più persone, e il cui rilievo in sede civile veniva

del contratto come mutuo garantito da cessioni di credito concesso alle società estere". Per l'esame della fattispecie v. *infra*, parte III, cap. IV.

123 *Enc. Treccani*, voce "Potestà": "Potere, autorità inerente a una carica, o piuttosto il diritto, giuridicamente riconosciuto, all'esercizio di un potere e delle funzioni con questo connesse".
Vocab. Treccani, voce "Potestà1": "complesso di poteri a protezione e tutela del figlio minore, non emancipato, un tempo attribuiti al padre, e attualmente a entrambi i genitori (per cui nel nuovo diritto di famiglia l'antica e tradizionale denominazione è stata sostituita da quella di potestà dei genitori); p. tributaria, il diritto riconosciuto dalla legge a determinati organi centrali o locali di istituire, applicare ed esigere imposte; in diritto canonico, p. di giurisdizione o di governo, il potere di governare la Chiesa, che spetta al pontefice e, subordinatamente, ai vescovi e ad altri grandi prelati; p. di ordine, il potere di amministrare i sacramenti, che spetta agli appartenenti all'ordine sacerdotale".

normalmente riconosciuto nell'ambito del diritto di famiglia, più precisamente parlandosi di potestà maritale e patria potestà[124].

La dottrina a noi più vicina, tuttavia, ha rilevato come "quella maritale, già evanescente nel corpo del codice del 1942 (art. 144) e dissoltasi sul piano della realtà sociale, è stata eliminata dalla riforma del diritto di famiglia, e la patria potestà, divenuta potestà dei genitori, ha perduto ogni significato di supremazia su una persona, diventando un potere-funzione privo di qualsiasi margine di arbitrio, e controllabile non solo in relazione all'abuso, ma anche alla non rispondenza in positivo ai lineamenti della funzione quali emergono dal nuovo testo dell'art. 147"[125].

In conseguenza di ciò, la potestà originariamente intesa come signoria sulla persona muta in nuova forma che, come accaduto ad altre figure soggettive, è stata variamente intesa, arrivandosi a sovrapporla al potere, e il potere al diritto potestativo, a sua volta ricondotto al paradigma del diritto soggettivo[126], finendosi pure col dire che la potestà è il contenuto della proprietà e come il diritto potestativo "si esaurisca in una potestà"[127], non dimenticandoci di ricordare chi, ormai lontano nel tempo, qualificò le potestà come "diritti soggettivi per utilità altrui"[128] e di chi, più esattamente, definì le potestà "una situazione necessitata sull'*an*, discrezionale sul *quomodo*"[129].

**La potestà quale diritto per utilità altrui**

A riguardo, pare preferibile seguire l'opinione di chi ravvisa nella potestà una non coincidenza tra chi esercita il diritto e chi ha interesse al suo esercizio, ovvero concepisce la potestà come situazione giuridica – forma lecita dell'agire, diremmo noi – riconducibile a un soggetto che eserciti determinate prerogative al fine di realizzare gli

124 LENER A., p. 610.
125 *Ibidem*.
126 SANTORO-PASSARELLI F. [1], p. 71: "Il contenuto del diritto soggettivo può essere costituito, anzitutto, da una supremazia del volere del titolare, grazie alla quale lo stesso può da solo realizzare il suo interesse: a questa supremazia, che può chiamarsi potestà, fa riscontro dall'altro lato del rapporto non un obbligo, ma una mera soggezione, poiché il soggetto è veramente p a s s i v o, s u b i s c e le conseguenze della potestà".
127 *Ibidem*, pp. 72-73.
128 Così INVREA F., p. 45.
129 Così BIGLIAZZI GERI L. [3], p. 531, nota 8, la quale è molto critica nei confronti della figura.

interessi di un altro soggetto, il quale non può curarlo direttamente ma si affida volontariamente, o deve affidarsi per legge, a un soggetto diverso[130]: nella nozione, in tal modo, converge tanto la potestà genitoriale, imposta dalla legge, quanto il fenomeno della rappresentanza, legale o volontaria.

Date le peculiarità dell'istituto – che infatti è definito tramite il binomio "potere-dovere: potere di esercitare l'altrui diritto ma dovere di esercitarlo avendo sempre come finalità la realizzazione dell'altrui interesse"[131] – il titolare non appare libero nella sua determinazione, ma vincolato agli interessi che deve perseguire i quali non sono, o non sono solo, i propri, ma anche e soprattutto quelli di un altro soggetto, di cui egli – per legge o per volontà – si fa carico al fine di soddisfarli.

Da qui la conclusione che "non si tratta di un potere libero ma di un *potere vincolato*, ed in ciò è la basilare diversità tra diritto soggettivo e potestà: nel primo caso si ha una perfetta sintesi di potere e libertà, nel secondo caso, invece, non vi è una libertà ma, al contrario, il potere, in quanto vincolato, si configura come un tipico *potere discrezionale*" [132].

**L'interesse altrui quale elemento fondante la potestà**

Ai nostri fini, va rilevato come la nozione di potestà risalti l'interesse quale elemento fondante, e quindi non pone nemmeno – come invece si è visto a proposito dei diritti – un problema di estraneità dello stesso al concetto, che anzi risulta essenziale e quanto mai determinante.

Ciò è tanto più vero sol che si pensi agli artt. 1394[133] e 1395[134] c.c., le cui fattispecie ivi descritte sono state raggruppate sotto il comune *nomen* di *abuso di rappresentanza* (o

130 BUCCIANTE A. [1], , p. 774, GAZZONI F., p. 68, LENER A., p. 630.
131 GAZZONI F., p. 69.
132 ID., p. 68.
133 Art. 1394 c.c. – Conflitto d'interessi: Il contratto concluso dal rappresentante in conflitto d'interessi col rappresentato può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo.
134 Art. 1395 c.c. – Contratto con se stesso: 1. È annullabile il contratto che il rappresentante conclude con se stesso, in proprio o come rappresentante di un'altra parte, a meno che il rappresentato lo abbia autorizzato specificamente ovvero il contenuto del contratto sia determinato in modo da escludere la possibilità di conflitto d'interessi. 2. L'impugnazione può essere proposta soltanto dal rappresentato.

di potere rappresentativo)[135] e la cui sostanza è, indiscutibilmente, fatta di interessi, nonché all'art. 330 c.c.[136], in tema di abuso della potestà genitoriale (oggi responsabilità genitoriale), la quale sanziona espressamente il fenomeno con la decadenza del relativo potere quando il comportamento del genitore crei un grave pregiudizio ai figli[137], e su cui la dottrina si è pronunciata nel senso di ritenerlo sussistente quando l'esercizio della potestà devii dal soddisfacimento degli interessi normativamente posti a suo fondamento[138].

**Cenni sull'abuso di potestà genitoriale**

Non sono mancate, tuttavia, posizioni dirette a risolvere l'abuso di potestà esclusivamente nell'abuso familiare di cui all'art. 342-*bis* c.c.[139] o nell'abuso penalmente rilevante[140], quale risultato di una condotta genitoriale direttamente offensiva della persona del figlio: posizioni, queste, dalle quali riteniamo di dover dissentire.

Risolvere, infatti, l'abuso *ex* art. 330 c.c. in una violazione di altro precetto, quale quello contenuto nell'art. 342-*bis*, significherebbe rendere il primo un doppione inutile del secondo. In proposito, tra l'altro, recente giurisprudenza di merito[141] si è pronunciata nel senso di ritenere l'art. 330 c.c. norma speciale rispetto all'art. 342-*bis*: sebbene tale interpretazione susciti qualche perplessità in ordine alla stranezza che una norma speciale sia inserita, nel codice, prima di quella generale – ma di ciò può anche darsi duplice spiegazione con riferimento sia alla data di introduzione dell'art. 342-*bis*, successiva alla riforma dell'art. 330, che a una miope visione sistematica da parte del Legislatore – ci pare la soluzione preferibile, dando essa autonomo rilievo a entrambe le fattispecie.

---

135 Per tutti BIANCA C. M. [2], p. 99.

136 Art. 330 c.c. – Decadenza dalla potestà sui figli: 1. Il giudice può pronunziare la decadenza della potestà quando il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio. 2. In tale caso, per gravi motivi, il giudice può ordinare l'allontanamento del figlio dalla residenza familiare.

137 Si legga in proposito BELVEDERE A.-DE CRISTOFARO M., p. 280 e ss., BUCCIANTE A. [1] p. 661 e ss., FINOCCHIARO A-FINOCCHIARO M., p. 2178 e ss.

138 PARADISO M. [1], p. 381.

139 PALADINI M., p. 610 e ss.

140 VERCELLONE P., p. 1052.

141 TRIB. CATANIA, 23 marzo 2010, in *Fam. e min.*, 2010, f. 9, , p. 50, con nota di IELASI R.

**Critiche alla teoria dell'abuso di potestà quale condotta penalmente rilevante**

Men che meno condivisibile ci pare, invece, la tesi che risolve l'abuso nella violazione di una norma penale incriminatrice, giacché si andrebbe contro la formula stessa del disposto civile: l'art. 330 c.c., infatti, *non richiede* per la configurazione dell'abuso un evento necessariamente costituente un "grave pregiudizio del figlio" – quale quello, probabilmente ma non certamente, derivante da reato – che, a legger bene, costituisce tra l'altro esclusivo presupposto della *pronuncia* di decadenza dalla potestà (reponsabilità) genitoriale, non elemento costitutivo della fattispecie abusiva[142].

Tale elemento, inoltre, non può automaticamente desumersi dalla commissione di un reato, individuato ora negli atti di violenza sessuale di cui agli artt. 609-*bis* e ss. c.p., ora negli artt. 571 e 572 c.p.[143]. Se è pur vero, infatti, che nella maggior parte dei casi sarà ravvisabile, nella realizzazione di tali fattispecie tipizzate, il "grave pregiudizio", ciò non di meno non può escludersi a priori che un comportamento, rilevante ad esempio *ex* art. 572 c.p., possa anche concretizzarsi in un pregiudizio non grave, tale da non giustificare la decadenza della responsabilità genitoriale.

Infine, quand'anche non si ritenesse decisiva tale considerazione, va detto che risolvere il concetto di abuso in un reato significa escludere dall'art. 330 c.c. tutta una serie di comportamenti che, lungi dall'assumere significato per il codice del 1930, ne abbiano invece tantissimo per quello del '42 (v. *infra*, parte II, cap. III, par. 4).

142 PARADISO M. [2], p. 603: "In altre parole, è *solo l'abuso che comporti un grave pregiudizio* che legittima il provvedimento di decadenza. Se il pregiudizio non è grave si legittimano solo i «provvedimenti convenienti» di cui ai successivi artt. 333, 334 e 342-*ter*".

143 Art. 571 c.p. – Abuso dei mezzi di correzione e di disciplina

Art. 572 c.p. – Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli: 1. Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, maltratta una persona della famiglia, o un minore degli anni quattordici, o una persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragione di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. 2. Se dal fatto deriva una lesione personale grave, si applica la reclusione da quattro a otto anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da sette a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da dodici a venti anni.

## 6. LA FACOLTÀ

**Diritto e facoltà**

La facoltà, come istituto giuridico, presenta notevoli punti in comune con il diritto soggettivo (v. *supra*, par. 3): entrambi sono figure ignote al diritto romano quantomeno nella loro concezione scientifica, entrambi hanno assunto una polivalenza di significati[144], addirittura il primo è stato anche definito contenuto del secondo[145], seppur non siano mancate critiche in tal senso[146].

L'affinità tra i due istituti è stata sottolineata in modo impeccabile già a livello definitorio, osservandosi che proprio una proposta definizione di diritto soggettivo lo dichiarava *facultas agendi*[147].

**Le definizioni della facoltà**

Vi è stata poi l'opera dei giuristi medievali, i quali hanno contrapposto *facultas* e *ius* coniando il celebre brocardo *in facultativis non datur praescriptio*, fino ad arrivare a tempi a noi più vicini, ove la facoltà è stata variamente identificata con "la situazione di liceità, tutelata dal diritto obiettivo, e cioè la situazione di discrezionalità in cui si troverebbe il soggetto attivo del rapporto giuridico, di agire o di non agire entro i limiti del proprio diritto" o con "l'indifferente giuridico", ovvero definita la "libertà di determinazione che involge non le sole modalità (come avviene per i poteri) bensì la stessa finalità dell'esercizio del diritto" o "la facoltà di scelta fra due termini di

144 ANASTASI A., p. 208, il quale denuncia la ricchezza di significati del termine già presente nelle fonti romane: "Da un esame di queste, infatti, si ricava che la parola *facultas* non è usata con un valore tecnico. Accade a volte che al termine *facultas* si assegnino significati diversi, come *licentia*, *potestas*, *libertas* o si parli di *divitiae*, *opes*, *possessiones*. In altri si riscontra che, per designare la medesima situazione soggettiva (quella del creditore pignoratizio, con riferimento all'alienazione del bene), vengono usati, indifferentemente, i termini *ius* o *facultas*; e non mancano casi in cui si parla di *potestas* o di *licentia*".

145 Il FROSINI V. [3], p. 1118, ricorda il pensiero del DUSI, secondo cui la facoltà è "ogni possibilità giuridica di agire, la quale si manifesti e in quanto si manifesti, non già come potestà autonoma a sé stante, ma come pertinenza ed emanazione perenne di un diritto subiettivo più ampio". V. pure BIGLIAZZI GERI L. [3], spec. p. 539: "Già ho più volte detto, e ancora dovrò dire, del diritto soggettivo, di quel suo contenuto di attività che si esprime in termini di facoltà".

146 LEVI A., p. 284; FROSINI V. [3], p. 1118. Quest'ultimo parla di *facultas exigendi* per il diritto soggettivo,quale situazione soggettiva statica, in contrapposizione alla facoltà – *facultas agendi* – quale aspetto dinamico dell'esperienza giuridica, ma distinto dall'esercizio del diritto.

147 FROSINI V. [3], p. 1118. Sul punto v. pure *supra*, par. 3.

un'alternativa (tenere o non tenere un dato comportamento) e che perciò valga ad esaurire, insieme al dovere, la valutazione normativa in ordine al comportamento dei soggetti, che può essere doveroso o facoltativo" o, infine, "lo stesso principio di arbitrio giuridico del soggetto, che può avvalersi del diritto oggettivo, cioè immettere la sua azione nella vita delle forme giuridiche, o può rinunciare ad esercitare tale sua prerogativa: la *facultas agendi secundum ius* viene così a coincidere con la libera volontà dell'agente, riconosciuta dall'ordinamento giuridico, e si riferisce alla concreta deliberazione, che promuove l'esperienza giuridica nell'organica morfologia dell'azione, in cui consiste il diritto"[148].

**Il significato odierno di facoltà**

Ne deriva, insomma, un quadro variegato, che in realtà oggi pare aver perso l'importanza che una volta gli tributava la dottrina. Per facoltà, in effetti, oggi si intendono né più né meno che le forme d'esercizio di un diritto, ovvero la sua possibile estrinsecazione di contenuto: la proprietà dà la facoltà di disporre, godere e alienare il bene su cui cade, il credito dà la facoltà al suo titolare di chiedere di ottenere quanto dovuto, il diritto potestativo al congedo parentale dà facoltà di chiederlo quando necessario, ecc. Insomma, facoltà sembra essere, nel linguaggio del giurista di oggi, un modo come un altro per indicare il comportamento positivo o negativo che si può lecitamente porre in essere nella cornice normativa di una situazione giuridica soggettiva – forma lecita dell'agire, diremmo noi (v. *supra*, par. 2) – corrispondente al suo contenuto e di essa espressione.

**Inutilità teorica di un abuso di facoltà**

Ne consegue che, se così è, non esiste facoltà senza diritto[149], corrispondendo essa a precise estrinsecazioni del medesimo, e cioè non esiste una facoltà autonoma – degna di essere chiamata forma lecita dell'agire (o situazione giuridica soggettiva attiva, che dir si voglia) – ma solo modelli di azione od omissione dipendenti da figure legali di libertà e autonomia, con funzione esclusivamente descrittiva e non teorico-sistematica. Ne consegue che ogni abuso del diritto è implicitamente abuso di facoltà, e poiché non

148 Tutte le citazioni si leggano in FROSINI V. [3], p. 1119.

149 Si veda, a sostegno, l'elencazione esemplificativa dei tipi di facoltà in ANASTASI A.

avrebbe senso parlare di abuso di facoltà, essendo questa già ricompresa nel primo, tanto vale parlare direttamente di abuso del diritto.

## 7. LO *STATUS*

**Lo *status* quale fondamento della discriminazione**

Lo status è, storicamente, un potentissimo strumento politico e giuridico[150], fonte di privilegi e discriminazioni, legato com'è a una costruzione per gruppi dell'ordinamento – come riflesso necessitato della società – ove un soggetto esiste e ha diritti, o anche solo capacità giuridica, solo ed esclusivamente perché e fintanto che appartiene a un determinato gruppo sociale[151]: persa la posizione all'interno del gruppo – per infedeltà al medesimo, per violazione delle sue regole morali, per effetto di ostracismo, ecc. – egli perde conseguentemente qualunque prerogativa legata all'appartenenza, divenendo da qualcuno un "nessuno" senza diritti, legittimamente soggetto all'imperio di chiunque.

Ancor oggi, seppur senza le conseguenze ora citate, la legislazione adotta il termine "stato", non sempre in modo pertinente, per indicare una serie di situazioni in cui versa un soggetto all'interno di un gruppo sociale più o meno ampio[152].

**Lo *status* e la situazione giuridica**

Tale definizione, che qui brevissimamente si critica, finisce per confondere lo *status* con la *situazione* di un soggetto: certo vi è la comunanza, nei significati dei due termini, della funzione di distinguo di un soggetto da altri soggetti. Così lo stato di figlio, la qualifica di imprenditore, la situazione del proprietario, individuano a livello

150 Si ricordino le parole del RESCIGNO P. [3], pp. 211-212 secondo cui *status* è uno "strumento tecnico, tra i più collaudati, capace di tradurre in una condizione rilevante per il diritto, e rilevante in maniera non precaria né discontinua, una situazione che, nell'ambiente sociale e secondo l'apprezzamento comune, distingue un soggetto dagli altri soggetti, per ragioni strettamente individuali o in ragione dell'appartenenza ad un gruppo". Si legga pure, sul tema, ALPA G. [4], CRISCUOLO G. e, più di recente, RICCIARDI M..

151 CORASANITI A., LENTI L.

152 SICCHIERO G., RESCIGNO P. [3], i quali operano entrambi una rassegna degli "stati" nel codice civile.

superficiale un *quid pluris* attinente un soggetto, che lo differenzia dalla generalità dei consociati.

**Lo *status* e il suo significato ideologico negativo**

Tuttavia si ritiene che i due termini, se intesi in senso tecnico giuridico, debbano essere distinti in forza della loro natura. Lo *status*, infatti, quale strumento giuridico ordinatorio della società, trova la sua *ratio* nella discriminazione, ovvero nella prevalenza di una classe sociale (primo, secondo o terzo stato, appunto) rispetto a tutte o ad alcune: se di *status* deve parlarsi, riteniamo non possa prescindersi dal suo significato politico e ideologico, a meno che ovviamente non si voglia attribuire allo "stato" un significato diverso rispetto a quello che per secoli gli è stato proprio. Ne consegue che oggi non dovrebbe essere nemmeno più consentito riferirsi ad esso, specialmente in sede di produzione normativa, giacché il principio di eguaglianza formale e sostanziale impone una distinzione priva di *status*, ovvero una distinzione non discriminatoria. Lo *status*, quale concetto ideologico-politico, muore lì dove nasce il principio di eguaglianza.

Ciò non significa, ovviamente, che siamo tutti perfettamente uguali, ma solamente che certe garanzie imprescindibili non possono essere negate a nessuno, e che certe differenze, anche insite nella natura umana (colore della pelle, sesso, ecc.) non possono fungere da distingui giuridici, pena la loro trasformazione da differenze a discriminazioni.

Più che di diversità di stati, allora, dovrebbe parlarsi di diversità di posizioni[153], ovvero di situazioni giuridiche soggettive come sopra le abbiamo definite (v. *supra*, par. 2), laddove l'esser proprietario distingue il soggetto al pari dell'essere imprenditore, che diventano dunque qualità giuridiche della persona: entrambi sono centri di imputazione di diritti e di obblighi, ma certamente le differenze ivi residenti si fondano su elementi fattuali scevri da ogni connotato discriminatorio.

153 Continua a parlare di *status*, da ultimo, CASS. 13638/13, in tema di filiazione.

**Critica all'utilizzo odierno della parola *status***

Ne consegue come sia dannoso, a parere di chi scrive, continuare a parlare di *status*, perché esso già al *quisque de populo* appare termine ideologico a carica negativa. In un'esperienza italiana contemporanea dove si è riacceso con violenza l'odio per le caste, per i privilegi di, appunto, stato (figlio di, nipote di, amico di, e pure, spregiativamente, si parla dello *status* di parlamentare, *status* di consigliere, spesso con riferimento a contestatissime immunità e diritti a cospicue indennità), sarebbe opportuno eliminare qualunque riferimento all'istituto, e parlare più correttamente di situazioni, o qualifiche, quali gruppi determinati di diritti e di doveri riconducibili a una posizione all'interno dell'ordinamento, che è tale in forza di elementi fattuali non discriminatori.

**Inabusabilità dello *status***

Ma anche se si volesse, per omaggio alla tradizione o per convinta ideologia, continuare a parlare di *status*, si converrà, credo, almeno su questo: e cioè che dello *status* non si può abusare.

Occorre qui un chiarimento, giacché nel momento in cui lo si è scritto, ci è parsa quest'affermazione una contraddizione in termini: se lo *status* è discriminazione, esso è la fonte primaria di ogni abuso sociale.

Riprendendo quanto detto finora, si ricordi che l'abuso del diritto richiede, come la locuzione suggerisce, un diritto, più generalmente una situazione giuridica soggettiva attiva comunemente intesa. Solo nell'*agere*, insomma, si può realizzare l'abuso, ma lo *status*, come visto, non è *agere*, bensì un attributo ordinamentale, un riconoscimento di posizione privilegiata o discriminata all'interno di una società. È una situazione, se così si vuol chiamarla, di sociale predominanza o soggezione, cui l'Autorità ricollega diritti e obblighi giuridici, oppure la loro assenza. Ne consegue che esso, in quanto non diritto, ma *ratio* dell'attribuzione di diritti (e di doveri), non è abusabile, a meno che non si voglia dire ovviamente che, abusando di un diritto, si abusi di riflesso anche dello *status* da cui esso discende.

## 8. L'INTERESSE LEGITTIMO

L'interesse legittimo è una figura che nasce all'interno del diritto amministrativo, ove non solo essa copre quasi tutti gli ambiti di azione della Pubblica Amministrazione[154], ma fonda per di più una giurisdizione speciale, con una imposizione teorica talmente elevata da essere stata recepita perfino dall'Assemblea Costituente.

**Dall'interesse legittimo all'interesse giuridicamente rilevante**

È stata, poi, la dottrina amministrativa a cominciare a riflettere sulla categoria concettuale dell'interesse, arrivando a concludere che essa non poteva limitarsi al diritto pubblico, ma trovava spazio anche nel diritto privato[155] la cui sostanza era stata, fino ad allora, pacificamente di soli diritti, principalmente soggettivi.

La via dell'estensione è dovuta passare, così, per la teoria generale[156], attraverso un riesame dell'intera dogmatica delle situazioni giuridiche soggettive, affinché si desse rilevanza autonoma all'interesse quale concetto giuridico, da cui potevano discendere, logicamente, non situazioni giuridiche di vantaggio, bensì interessi giuridicamente rilevanti[157].

Spostata l'attenzione del giurista dal formale *nomen* della situazione all'interesse, quale individuato dalla norma giuridica, viene a diminuire l'importanza di trovare definizioni per categorie di situazioni, perché la ricerca è ora orientata a rinvenire, nell'ambito del Diritto, gli interessi più o meno intensamente protetti, cui si ricollegano tanto i poteri – latamente intesi – per così dire sostanziali, attribuiti dall'ordinamento,

---

154 Vi sono casi, infatti, ove la P.A. agisce *jure privatorum*, cosicché al soggetto controparte del rapporto vengono riconosciuti veri e propri diritti e non meri interessi legittimi. Del pari, anche in situazioni di esercizio di potere, è possibile talvolta riconoscere la (com)presenza degli uni e degli altri.

155 Per tutti, ZANOBINI G.

156 BIGLIAZZI GERI L. [3], p. 541: "La possibilità di trasportare una data categoria da un settore all'altro dell'ordinamento; la possibilità, più esattamente e più in particolare, di riscontrare la presenza nel diritto privato di ciò che, nel diritto pubblico, è interesse legittimo (dipendeva e) dipende dunque dalla possibilità di scorgere in esso una figura appartenente alla teoria generale". Si legga pure MANCINI T., p. 6.

157 BIGLIAZZI GERI L. [3], p. 536.

quali quelli di disposizione e godimento nell'ambito della proprietà, di ricevere la prestazione nel credito, quanto quelli processuali, di tutela accordata al fine di garantire la soddisfazione, anche coattiva, dell'interesse medesimo.

**Una definizione di interesse legittimo**

Ricostruito il sistema come un ordinamento di interessi giuridicamente protetti, viene qualificato *legittimo* l'interesse che non trova soddisfazione per l'agire del suo titolare – *agere licere* – ma attraverso l'agire altrui, e cioè attraverso l'esercizio di diritti in cui l'ordinaria libertà di determinazione viene condizionata dal soddisfacimento dell'interesse di un altro soggetto, che rimane in tal senso passivo: quando, insomma, l'interesse non può che essere soddisfatto da altri, esso diviene per ciò solo legittimo: dal che la definizione di *interesse indirettamente protetto*[158]. La conclusione della suesposta tesi, vi sarà già arrivato il lettore, è che interesse legittimo paradigmatico è quello dei figli, in relazione alla potestà genitoriale (v. *supra*, par. 5), sebbene non siano mancate, in proposito, autorevolissime voci contrarie[159].

**Una più corretta definizione di interesse legittimo**

Ci pare però, in questa sede, più corretta la definizione di altra dottrina, la quale ritiene l'interesse legittimo (pubblico o privato) una situazione "certo non meno «direttamente protetta» del diritto soggettivo e tuttavia situazione *inattiva* (ed in certo senso inerte) perché da questo differente sotto il profilo del contenuto. E difatti, il suo soddisfacimento non dipende dal comportamento del soggetto che vi aspira (assenza dell'agere licere) ma da quello di un soggetto diverso"[160] cosicché il soggetto titolare del potere – latamente inteso – di provvedere anche all'interesse altrui non è più titolare di un mero diritto ma di un potere discrezionale, obbligatorio nell'*an* (dovere di

158 MANCINI T., p. 8, il quale ne rileva "un certo fondamento" nelle fonti romane, nel dovere di solidarietà e al richiamo, da parte della Relazione di accompagnamento al codice civile, della funzione sociale della proprietà. Su quest'ultimo aspetto si legga BARASSI L. [1], p. 77 e il saggio di FERRI G. B., p. 55 e ss. L'A. conclude comunque per il rigetto della tesi, poiché "la funzione sociale, l'interesse della collettività rappresentano la giustificazione sul piano metagiuridico del diritto di proprietà del privato, se si vuole il principio cui deve ispirarsi il legislatore nell'attività relativa alla disciplina di tale situazione soggettiva, ovvero il criterio che deve seguire l'interprete nella ricerca del significato delle norme che regolano il diritto di proprietà, ma non certamente del potere del proprietario un interesse legittimo o una potestà" (p. 10).

159 Per tutti, NICOLÒ R., p. 60.

160 BIGLIAZZI GERI L. [3], p. 544. Conforme GAZZONI F., p. 75.

esercitarlo), discrezionale nel *quomodo*, (purché realizzi l'interesse altrui): si passa dunque, da una libertà d'esercizio (*agere licere*) a una necessità di agire (*agere necesse*)[161].

**Atti emulativi e interesse legittimo**

Data questa definizione, con riferimento al tema dell'abuso è stato anche erroneamente sostenuto che esempio della rilevanza della figura nel diritto civile sarebbe l'art. 833 c.c., in base al ragionamento secondo cui esso "non creerebbe un rapporto diritto-dovere, ma unicamente un dovere in capo al soggetto titolare del diritto di proprietà, al quale non farebbe riscontro alcun diritto soggettivo, bensì un interesse che viene indirettamente tutelato allorché lo stesso diritto di proprietà è esercitato senza alcun fine utile per il soggetto agente. La *ratio* del divieto previsto nell'art. 833 cod. civ. non sarebbe la diretta protezione della situazione soggettiva lesa dall'atto emulativo, bensì la tutela della generalità, la quale subirebbe un pregiudizio dall'abuso del diritto da parte del titolare di esso"[162]. Tuttavia, ci pare esatta la critica a tale impostazione quando dice che "nell'art. 833 cod. civ. l'interesse del privato trova una protezione diretta, si pone come antitetico al dovere del proprietario, e non costituisce solo una posizione riflessa della tutela generale, ovvero di un altro soggetto"[163].

**Altri esempi di interesse legittimo**

Altri esempi sono stati poi rinvenuti nel divieto di concorrenza sleale *ex* art. 2598 c.c., la legittimazione a far valere la nullità da parte "di chiunque vi abbia interesse" ai sensi dell'art. 1421 c.c., nonché quella a impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità, anche qui, "da chiunque vi abbia interesse" ai sensi dell'art. 263 c.c., e perfino nel possesso, e nell'interesse del minore rispetto alla patria potestà[164] (oggi potestà genitoriale, v. *supra*, par. 5).

**Interesse legittimo e forme lecite dell'agire (altrui)**

A parere di chi scrive, la categoria dell'interesse legittimo non può trovare accoglimento nel solo diritto pubblico, ma ritaglia alcuni spazi anche in quello privato, e pur tuttavia qualificandosi a pieno titolo situazione giuridica soggettiva, in questa sede

161 BIGLIAZZI GERI L. [3], p. 547.
162 Riporta questa tesi MANCINI T., p. 9.
163 ID., p. 10
164 Per una rassegna delle posizioni dottrinali, MANCINI T., p. 11 e ss.

non potremmo riferirci ad essa quale forma lecita dell'agire, come avremmo preferito (v. *supra*, par. 2), perché per sua natura non è il suo titolare ad agire, ma un altro soggetto, a meno di non voler distinguere – ma per puro spirito di salvezza dell'impostazione – tra forme lecite dell'agire proprio e (unica) forma lecita dell'agire altrui.

**Inabusabilità dell'interesse legittimo**

Al di là, tuttavia, di tali personalissime considerazioni, ciò che preme rilevare è l'assoluta inidoneità dell'interesse legittimo, in quanto situazione inerte, ad essere abusata.

Se, infatti, non vi è *agere*, e cioè non vi è esercizio di un diritto, o più genericamente di una facoltà (v. *supra*, par. 6), ma solo inerzia rispetto all'*agere* altrui, non vi può essere spazio per alcun abuso perché l'interesse non si muove, ma aspetta di essere soddisfatto.

**Rapporto tra diritto e interesse in capo al medesimo soggetto**

Né varrebbe dire, come alcuni potrebbero pensare, che in realtà vi possano essere casi di *agere*, come ad esempio l'esercizio del diritto di voto da parte del socio in assemblea, il quale per costante orientamento è titolare di un interesse legittimo al dividendo[165], finalizzato al conseguimento dell'utile, giacché, in tal caso, un conto è il diritto (soggettivo o potestativo) di voto, un conto è l'interesse che, come tale, non è che "esigenza di beni o di valori da realizzare o da proteggere nel mondo sociale"[166], e che non può essere esercitato ma solamente soddisfatto così come, *mutatis mutandis*, è certo possibile parlare di abuso del processo, o più correttamente *nel processo* quale abuso di *actio* ed *exceptio* (su cui v. *infra*, parte II, cap. III, par. 2), da cui non rimangono esente nemmeno i sistemi di Common Law[167], anche se – mantenendone ferma la definizione prima ricordata – la parte processuale è titolare di un interesse legittimo alla soddisfazione della propria pretesa, nei limiti della discrezionalità giudiziaria e in osservanza delle regole dettate, idealmente, per offrire giustizia.

165 BIGLIAZZI GERI L. [3], BUONOCORE V., p. 261 e ss., MANCINI T., p. 18.
166 BETTI E., p. 839. Per una ricostruzione storico-linguistica del lemma v. ORNAGHI L., ma pure BIGLIAZZI GERI L. [3], p. 530 e ss., vi dedica attenzione.
167 SANDULLI A., p. 580.

Ne consegue che in assenza di possibilità di definire *agere* l'interesse, cade anche la sua suscettibilità ad essere abusato: non si può infatti abusare di un interesse, perché esso è *il fine dell'esercizio* di una forma lecita dell'agire, e viene concettualmente ad esistenza quale autonoma figura di situazione giuridica soggettiva solo quando è scisso dalla sua forma giuridica di realizzo, attribuendosi l'uno a un soggetto e l'altra a un altro.

In conseguenza di ciò, è possibile concludere che non esiste interesse legittimo se non all'interno di un preesistente rapporto giuridico[168], ma data la sua natura di interesse, ancorché personale, diretto, concreto e attuale, esso non può che rimanere estraneo a ogni ipotesi abusiva. Come dire: non è abusivo l'interesse, ma al più il modo di soddisfazione di quell'interesse.

## 9. CONCLUSIONI: SPUNTI CRITICI SULLA TRADIZIONALE TERMINOLOGIA GIURIDICA

Esaurita la rassegna delle situazioni giuridiche soggettive, è bene trarre le dovute conclusioni.

Si è avuto modo di spiegare, a inizio capitolo, l'utilità di rivisitare i tradizionali significati di istituti e categorie che vantano una elaborazione scientifica da potersi veramente definire storica.

Alla luce delle conclusioni che si sono tratte dall'esame delle singole forme lecite dell'agire[169], è possibile ora proporre, pur se in forma di spunto critico che non di teoria

168 BIGLIAZZI GERI L. [3].

169 Sulla cui nozione v. *supra*, par. 2. Riassumendo con le parole del MORELLI M. R. quanto detto finora, si può dire che l'abuso è stato considerato "a) in relazione alle *potestà* (cosiddetti diritti-funzione), come *violazione dell'interesse per la cui tutela il potere è concesso*; b) in relazione ai *diritti potestativi*, come *mancanza*

compiuta, una rivisitazione del tradizionale utilizzo di alcuni termini tecnico-giuridici che accompagnano lo studio dell'abuso.

**Il concetto di *agere licere*: fatto lecito non illecito**

Si è visto nell'ultima parte della trattazione del diritto soggettivo che esso è *agere licere*, un *poter essere* consentito dalla fonte del diritto – legale o convenzionale – e la cui sostanza non è né la volontà, né l'interesse, bensì un comportamento: comportamento che, nel singolo caso, risulterà conforme al paradigma della fattispecie prevista – giudizio di positiva rispondenza del fatto alla fattispecie – e difforme da ogni altra fattispecie illecita che tale diritto riguarda – giudizio di negativa rispondenza del fatto alla fattispecie.

**Ruolo dell'interesse nell'*agere licere* e *illicere*.**

La liceità o illiceità del fatto viene così ricavata da elementi oggettivi, scevri da qualsivoglia contaminazione psicologica e neutri rispetto all'interesse perseguito dal titolare, il quale ultimo rileva solo quando la fonte stessa del diritto lo nomina, condizionandone l'esercizio. La rilevanza, poi, che l'interesse potrà assumere all'interno della fattispecie, porta il giurista a interrogarsi se esso divenga, in tal modo, limite interno del diritto stesso – contribuendo a ridimensionare l'area di libertà, e quindi di liceità del fatto – o se esso continui, nonostante il richiamo, a rimanere fuori dalla struttura dell'istituto, asservendo allo scopo di fondare una responsabilità e andando a costituire non un elemento del diritto, ma un elemento dell'illecito.

Ciò che ci preme sottolineare è che l'interesse non rileva mai nel giudizio di liceità o illiceità dell'esercizio del diritto, se non quando espressamente richiamato dalla sua fonte: se poi esso possa ritenersi, in tal caso, elemento interno o esterno al diritto, è questione che abbiamo già avuto modo di trattare, risolvendola nel secondo senso (v. *supra*, par. 3, parte finale).

Poste queste prime conclusioni, occorre ora soffermarsi sul significato di esercizio del diritto: il diritto, nel linguaggio tecnico come in quello comune, viene utilizzato, esercitato, usato, e quindi può essere – secondo alcuni – abusato.

---

*di giusta causa dell'atto*; c) in relazione ai *diritti reali*, come *emulatività dell'atto*; d) in relazione ai *diritti relativi*, come *violazione*, appunto, *delle regole di correttezza e buona fede*" (p. 1705).

**L'uso del diritto**

L'uso del diritto, quasi fosse uno strumento[170], è formula che, ormai, può rimanere solo come retaggio stilistico e non come espressione di teoria generale. Se il diritto, infatti, è fattispecie – determinazione astratta di categorie di comportamenti qualificati leciti – esso non può essere usato, perché l'uso implica necessariamente l'adesione o alla teoria volontaristica – *volo ergo utor* si potrebbe dire, per cui il diritto è volontà ed essa, espressa dal soggetto, si serve dell'istituto per ottenere l'utilità che desidera – o a quella dell'interesse, secondo cui il soggetto, per conseguirlo, si avvale del (usa il) diritto che la fonte normativa gli attribuisce.

Nell'impostazione teorica dell'*agere licere*, invece, l'uso del diritto perde significato e anzi, ben potrebbe dirsi che tale formula non ha ragion d'essere: il diritto non si usa, non si esercita, non si utilizza, perché l'uso, l'esercizio, l'utilizzo del diritto non è altro che il diritto stesso.

**Critica all'uso del diritto: la scissione tra verbo e oggetto**

L'uso di un qualcosa, infatti, presuppone una scissione tra comportamento (uso, appunto) e oggetto dell'uso (diritto). Ma se il diritto è comportamento, se il diritto è, concretamente, un fatto, uso e diritto coincidono: cosicché l'unica utilità che le espressioni uso, esercizio, utilizzo del diritto conservano è quella di poter indicare, con formula di pratica convenienza, la conformità del comportamento alla determinazione normativa, ovvero del fatto alla fattispecie, del diritto al Diritto.

**Critica alla titolarità del diritto: impossibilità di "avere" un comportamento**

Non meno criticabile l'uso dei termini "titolare" o "titolarità" del diritto, poiché si ritiene che il diritto non si ha, perché non è possibile "avere" un fatto. Ciò che ordinariamente si indica con titolarità non è altro che la situazione giuridica soggettiva come ci siamo curati di definirla precedentemente (v. *supra*, par. 2), cosicché l'essere titolari di un diritto di proprietà esprime non l'avere il diritto di proprietà ma il trovarsi nella situazione del proprietario, situazione da cui discende, logicamente, la qualificazione di liceità di determinati comportamenti, sussumibili all'interno della fattispecie del diritto dominicale: il soggetto che entra in casa propria realizza un

170 ORLANDI M. [1][2].

comportamento conforme al diritto di proprietà, ma intanto esso è giudicato tale – è, cioè, riconducibile alla fattispecie di cui all'art. 832 c.c. – in quanto egli, in base a una valutazione normativa, è definito proprietario (o possessore), e cioè versa nella situazione giuridica soggettiva così nominata.

**Linguaggio teorico e linguaggio di prassi**

L'utilizzo della formula di titolarità assicura, allora, al pari di quelle di uso o esercizio del diritto sopra esaminate, una più agevole comprensione del fatto nel diritto applicato, ovvero media, sintetizzando e semplificando, tra la base teorica di fenomeni normativi complessi e la realtà della pratica quotidiana. È, cioè, un linguaggio di prassi, non per questo atecnico o meno tecnico di quello teorico, ma anzi essenziale per l'applicazione e la spiegazione del Diritto (e a cui ricorriamo pure noi stessi al fine di non oberare inutilmente il testo di pesanti perifrasi), il quale Diritto però richiede estremo rigore nella sua elaborazione teorica e altrettanta comodità – perfino facilità – d'uso nell'applicazione pratica, e cioè richiede la figura del *giurista tecnico*, che non è puro teorico o puro pratico, ma il cui attributo "non è disgiungibile dal concetto di competenza. Il quale indica un sapere necessario per raggiungere un certo risultato: dunque, un «saper fare», un insieme di metodi e nozioni richiesti per svolgere una data funzione"[171]. La salvezza del giurista, e del Diritto stesso, sta forse proprio in questo: nella capacità di realizzare un impianto logico a dispetto della complessità della struttura, ma di felice sintesi nella sua pratica quotidiana.

Le considerazioni svolte finora, valgono, ovviamente, anche per le altre forme lecite dell'agire che abbiamo trattato, seppure ciascuna presenti delle caratteristiche differenziali peculiari le quali, è bene rilevare, contribuiscono sia all'attribuzione ad esse di dignità di categorie autonome, sia alla diversa attitudine, se presente, degli stessi ad essere abusati.

In conclusione, seppur diverse, le forme lecite dell'agire sono costituite sempre, e certe volte non solo, da comportamenti astratti, da comportamenti categorizzati.

171 IRTI N. [2], c. 141.

**Crisi delle forme lecite dell'agire?**

Ma se così è, può aver ragion d'essere l'attacco della dottrina alla figura del diritto soggettivo[172], tacciata di inutilità pratica? E tale argomento, può essere esteso alle altre figure ad esso affini, per concludere che a nulla rileva la qualificazione di un comportamento come "esercizio" dell'uno o dell'altro istituto perché, all'atto pratico, ciò che serve è un giudizio di conformità del fatto alla norma?

La risposta non è semplice, perché qualificata l'essenza del diritto soggettivo come *agere licere*, possiamo concludere che ad esso corrisponde pure la figura del diritto potestativo, da cui si differenzia per i due elementi dell'atto unilaterale e della soggezione del destinatario dell'atto[173]; *agere licere* sarebbe anche la potestà, dove l'*agere* è condizionato dall'interesse perseguito al pari, come abbiamo detto prima, di alcuni diritti soggettivi e la cui distinzione risiede, a nostro avviso, non nella presenza dell'interesse, ma nella sua *necessaria* presenza nella potestà, che rimane invece eventuale nelle altre figure[174]. Ci pare che lo sforzo di ricostruire a livello teorico le forme lecite dell'agire non è uno sforzo vano, e resiste anche di fronte a questa fortissima critica. L'utilità di distinguere le diverse figure, infatti, ci pare si possa cogliere tanto sul piano teorico, quanto su quello pratico.

**L'utilità teorica dello studio delle categorie giuridiche**

La categorizzazione dei fenomeni giuridici – dove per fenomeno giuridico intendiamo qui il fenomeno reale preso in considerazione dalla norma – è uno strumento di studio e di costruzione dell'intero sistema. Così per noi è di grande importanza la distinzione tra diritto soggettivo e potestà, atteggiandosi l'abuso variamente nell'una e nell'altra categoria, mentre forse diviene irrilevante nello studio dei rimedi processuali: l'*actio*, infatti, è concessa a tutela sia dell'uno che dell'altra, indipendentemente dalla rispettiva configurazione.

**L'utilità pratica dello studio delle categorie giuridiche**

L'utilità teorica delle categorie giuridiche si pone, allora, su diversi livelli a seconda dell'oggetto di studio, il quale, volta per volta, sarà prossimo ad alcuni istituti,

172 V. *supra*, par. 3.
173 Sull'estraneità della soggezione alla nozione di diritto potestativo e sua rilevanza come indizio di sussistenza dello stesso, v. *supra*, par. 4.
174 V. *supra*, par. 5.

lontano da altri, e invisibile per altri ancora: ciò non di meno, questi ultimi a loro volta manterranno la loro importanza, e utilità, per altri oggetti di studio.

Nemmeno sul versante pratico dette nozioni perdono rilevanza seppure – e questo è un dato di fatto – questa si affievolisca. Non potrebbe, tuttavia, farsene a meno, ad esempio, in campo processuale, ove la dicotomia diritto soggettivo – ma, più in generale, forme lecite dell'agire[175] – e interesse legittimo – nella sua elaborazione di diritto amministrativo – fonda la differenza di giurisdizione prevista in Costituzione. Di più: l'analisi dell'interesse legittimo in diritto privato porta alla conclusione che non tutti gli interessi legittimi, ma solo quelli, per così dire, "amministrativi", riconducono il fatto ai giudici speciali, stante tra l'altro il silenzio della Costituzione sul punto, salvi i casi di giurisdizione esclusiva.

***Quid iuris* dell'abuso del diritto?**

Fugati, così, gli ultimi dubbi, occorre porsi gli interrogativi conclusivi. Se le forme lecite dell'agire non sono altro che qualificazioni in termini di liceità di comportamenti umani – *agere licere* – qual è allora, la sorte dell'abuso? Cessa esso di esistere per l'impossibilità di scindere uso e diritto, poiché se non vi è uso non vi è abuso? O esso permane quale violazione di un valore etico, sociale, socio-ambientale-culturale sotteso, intrinseco, immanente la norma attributiva e, quindi, fondante una responsabilità diversa da quella illecita ma ad essa complementare? Per dare una risposta a queste domande occorre ripercorrere la storia dell'abuso.

175 Cosicché oggi si dovrebbe ribaltare la prospettiva: la giurisdizione degli interessi legittimi "amministrativi" spetta al giudice amministrativo, mentre la tutela di tutte le altre posizioni – *id est* delle altre forme lecite dell'agire, compresi gli interessi legittimi di diritto privato – spetta al giudice ordinario civile, salve le deroghe sul punto (es.: giurisdizione esclusiva).

# PARTE II

# L'ABUSO NELLA TEORIA GENERALE DEL DIRITTO

# CAPITOLO II

# DALL'ABUSO ALL'ABUSO DEL DIRITTO

SOMMARIO: 1. L'ABUSO QUALE PROBLEMA MORALE: IL PARADOSSO DEFINITORIO – 2. L'ABUSO DEL DIRITTO QUALE STRUMENTO ECONOMICO: INTERESSE E SOCIALITÀ NEL DIRITTO – 3. L'ABUSO QUALE "DOPPIONE" DELL'ILLECITO: LA PERICOLOSA DUPLICAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ – 4. L'ABUSO DEL DIRITTO QUALE PROBLEMA INTERPRETATIVO: DISCREZIONALITÀ E ARBITRIO NELL'ATTIVITÀ DECISORIA

## 1. L'ABUSO QUALE PROBLEMA MORALE: IL PARADOSSO DEFINITORIO

**Che cos'è l'abuso?**

Che cos'è l'abuso? Se non mi si chiede, lo so. Se mi si domanda, non lo so più[176].

Il paradosso[177] definitorio del giurista che prova a spiegare cosa sia l'abuso sta nella sua incapacità di trovare le parole tecniche per descrivere un fenomeno di cui egli, in sé, ha piena ed esatta conoscenza.

Il termine *abuso*, infatti, richiama alla mente più un disvalore etico che un disvalore giuridico: è, cioè, un qualcosa di evidentemente sbagliato per la nostra coscienza, di cui ciascuno di noi ha esatta e perfetta cognizione nel momento in cui accade, ma per il quale troviamo innumerevoli difficoltà a tradurlo in termini giuridici, a trovare una risposta giuridica a un problema che, in effetti, ha tutto il sapore di essere esclusivamente morale[178].

---

176 Ci ispiriamo, qui, al quesito che si poneva il santo di Tagaste: "*Quid est ergo tempus? Si nemo ex me quaerat, scio; si quaerenti explicare velim, nescio*"(S. AURELIO AGOSTINO, *Confessiones*, XI, 14). Per chi volesse rovinarsi la sorpresa e scoprire l'assassino prima della vittima, può leggere la risposta alla domanda *infra*, cap. III, par. 5, p. 197.

177 Rilevano il carattere paradossale dell'abuso, tra gli altri, BUSNELLI F. D.-NAVARRETTA E., p. 171.

178 Scrive DE PAGE H., p. 114 che l'abuso del diritto "est la manifestation d'une de ces grandes idées morales traditionnelles qui dominant et ont toujours dominé le droit". La rilevanza morale dell'abuso è stata sottolineata da numerosi giuristi: tra gli altri, BOBBIO N. [3], DABIN J., DAVID R., GAMBARO A.

**Le diverse concezioni giuridiche dell'abuso**

Non a caso, infatti, il centro della prima elaborazione giuridica del fenomeno è finito col coincidere proprio con la *Morale*[179], con il *sentimento comune*, consacrato nel comandamento divino dello "ama il prossimo tuo come te stesso"[180] e successivamente ideologizzato nella *funzione sociale*[181] del diritto e finanche oggettivizzato nella deviazione dallo *scopo* della norma attributiva[182], ovvero nella violazione dell'*interesse*

179 GROSSO G., p. 161: "Il terreno su cui muove la discussa e incerta teoria dell'abuso di diritto può considerarsi triplice: quello giuridico della coesistenza e del conflitto di diritti, e della linea segnata dall'ordinamento giuridico; quello morale della interferenza di esigenze etiche nel diritto; quello storico dell'affermarsi di nuove esigenze nella coscienza sociale".

180 MATTEO, 19, 19; MARCO 12, 31. È il RESCIGNO a ricordare come il DABIN, giurista belga cattolico, scrisse che "i diritti devono esercitarsi *civiliter*, in uno spirito di socievolezza umana e civile, che implica il rispetto delle persone che l'esercizio del diritto può toccare, direttamente o indirettamente" (DABIN J., p. 298, traduzione del RESCIGNO) ma così, spiega il nostro A., "il limite dell'esercizio del diritto finisce per esser segnato dai doveri che incombono a ciascun soggetto verso Dio, verso se stesso, verso il prossimo" (RESCIGNO P., p. 37). Sull'influsso del Cristianesimo nel processo di formazione giuridica del fenomeno, scrive GUALAZZINI U., pp. 163-164: "Si deve rilevare che la diffusione del Cristianesimo introdusse un nuovo criterio di equità, che trasformò nella sostanza l'ordinamento giuridico romano, il quale pure aveva un suo substrato equitativo, ma fondato su presupposti di altra natura […] anche evitando di sfiorare in questa sede i delicati e complessi problemi che sorsero dalla elaborazione della dottrina cristiana e della sua pratica applicazione, specie quando si trattò di stabilire quali fossero i principi nuovi ai quali doveva ispirarsi il legislatore nel dettar leggi, il giudice nell'applicarle, il giurista nell'interpretarle, tuttavia è chiaro che il problema della moralità del diritto sorse prima di tutto come problema della liceità morale di avvalersi in certi casi del proprio diritto. E il concetto di abuso del diritto sorse, *in primis*, come aspetto non tanto del comportamento giuridico del cristiano, quanto come quello del suo comportamento morale".
SCIALOJA V. [4] , p. 129 (cit. da CATTANEO G., p. 619, nota 21), parla di "onestà" e "contegno da galantuomo" e, in proposito, si legga anche TRABUCCHI A. [1], p. 499 secondo il quale "concludendo il rapido sguardo intorno al riconoscimento del requisito di moralità nella vita dei rapporti regolati dal codice civile l'osservatore si deve porre realisticamente la domanda se non sia per avventura da ritenersi avvenuta un'inversione fondamentale nella valutazione dei presupposti giuridici: dalla presentazione delle varie forme di lesione diretta o fraudolenta come limite alla libera attività, al requisito di un minimo di dignità morale quale presupposto per l'efficacia di una pretesa invocazione dei diritti".

181 Ciò avvenne, in particolare, nei Paesi socialisti, in cui vi fu una positivizzazione del divieto di abuso nei rispettivi codici civili giustificata dalla potente novità ideologica dell'epoca. Sul punto v. *infra*, par. 2. L'alternativa tra abuso per violazione morale e abuso per antisocialità, oltre che dal RESCIGNO P. [1], è messa in luce anche dal SALVI C. [2].

182 È questa, come vedremo, la nozione di abuso che emerge principalmente dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sebbene non manchino ipotesi in cui Essa si sia pronunciata in tema di elusione e frode alla legge, come la decisione sulla causa C-33/74, VAN BINSBERGEN, C-23/93, TV10, commentato da WATTEL P. (sul punto v. *infra*, cap. III, par. 4). Per la dottrina straniera si ricordi PORCHEROT E., richiamato da MÜLLER ERZBACH R., p. 89 e per quella italiana si leggano le pagine del NATOLI U., p. 18 e ss., l'analisi del MESSINETTI D., spec. p. 4 e ss. e pure ROMANO SALVATORE [1], p. 167 il quale ritiene che "il criterio dello scopo non si presenta costruttivo", preferendo quello della "funzione, considerata nel necessario rapporto di corrispondenza tra il potere di autonomia conferito al soggetto e

**Da questione morale a problema giuridico**

immanente nella regola permissiva[183], o nell'*uso anormale*[184], e perfino nell'*esercizio irragionevole*[185] o *privo di legittimo interesse*[186], senza dimenticare l'italianissima posizione della violazione dell'implicito *valore storico-sociale-ambientale-culturale* che la norma giuridica andrebbe a tutelare[187]: e tuttavia, nonostante la varietà di posizioni, il problema dell'abuso è innanzi e prima di tutto una *questione* morale, non giuridica, e

---

l'atto di esercizio di questo potere": criterio questo, tuttavia, che appare molto simile, se non identico, proprio a quello dello scopo, quando si legge che "questo legame è obiettivo: è più visibile nella autonomia cosiddetta funzionale i cui poteri richiedono di essere positivamente esercitati in funzione della cura di interessi determinati" e quando abbina il criterio funzionale allo sviamento di potere (ivi, p. 168). Per la vicinanza tra deviazione dallo scopo e sviamento di potere, si v. l'analisi della giurisprudenza della CGE condotta da CAFARO S., la quale cita a esempio, tra le altre, la sentenza resa sulla causa C-381/89, SYNDESMOS MELON TIS ELEFTHERAS EVANGELIKIS EKKLISIAS. In realtà qui le parti chiedono alla Corte di stabilire "se chi fa valere dinanzi al giudice nazionale pretese fondate su una disposizione di diritto comunitario, sia sottoposto ad un principio generale di diritto secondo il quale egli deve avere, per invocare una disposizione legale, un interesse tutelato dalla legge, in mancanza del quale la sua azione costituirebbe uno sviamento o un abuso di diritto", ma la *Curia* risponde che "secondo la ripartizione delle competenze effettuata dall'art. 177 nell'ambito del procedimento pregiudiziale, spetta al solo giudice nazionale valutare la pertinenza di detti argomenti".

183 PINO G. [1][2], PIRAINO F.

184 Posizione classicamente ricondotta a CHARMONT J. e SAVATIER R.

185 Da ultimo, di recente, RESTIVO C.

186 JOSSERAND L. Si preferisce parlare di legittimo interesse e non di interesse legittimo per tenere distinte due locuzioni che, nel nostro ordinamento, si riferiscono a concetti diversi. Sul concetto di interesse legittimo, e sulla sua rilevanza anche nel campo del diritto privato, si legga *supra*, parte I, cap. I, par. 8.

187 GIORGIANNI V., p. 193, secondo cui l'abuso è "la qualificazione connessa normativamente a quel comportamento relativo all'esercizio di un determinato diritto soggettivo che, non difforme dagli specifici obblighi normativi, previsti a delimitazione dell'esercizio del diritto (ed essendo quindi sotto tale aspetto ineccepibile), sia tuttavia difforme dall'interesse o valore che sta a criterio della qualificazione che di quel comportamento medesimo fa un esercizio del diritto soggettivo", cosicché "dalla determinazione dei caratteri relativi a detta qualificazione emerge, per tal modo, che l'atto compiuto nell'esercizio del diritto non trova il suo limite unicamente negli specifici obblighi normativi che ne segnano, per così dire, i confini sul piano orizzontale ed estensivo, ma che esso incontra ulteriori limiti sul piano, per così dire, verticale ed intensivo, cioè sul piano valorativo della norma da cui l'agente ripete il suo diritto medesimo", e motiva sul punto affermando che "dalla rilevazione dei dati normativi e pratico giurisprudenziali è emerso come detto valore o interesse abbia carattere non certo soggettivo, ma oggettivo, consistendo in un valore o interesse ambientale-culturale", e infatti "l'esercizio del diritto è abusivo quando lo si riscontri come oggettivamente difforme dall'interesse o valore ambientale-culturale che sta a criterio della qualificazione giuridica in termini di diritto soggettivo: interesse o valore che <<sociale>> è – non già nel senso di una determinata ideologia etico-politica, in contrapposto ad altra ideologia etico-politica – ma unicamente nel senso di <<ambientale culturale>>".

La tentata oggettivizzazione dell'abuso che l'autorevole dottrina intendeva compiere si riduce, però, non solo a creare una nozione di difficilissima attuazione pratica, ma anche a gettare l'istituto in un'area di ampia vaghezza e relatività, giacché il suo contenuto varierebbe, appunto, in base ai contesti ambientali e culturali, diversi e molteplici anche all'interno di in un unico Stato, in cui l'abuso verrebbe perpetrato.

diviene un *problema* solo quando si passa a parlare di *abuso del diritto*, e cioè metaforicamente quando, nel XIX secolo, la giurisprudenza francese lo estrae dal magma etico per solidificarlo in cristallo giuridico[188].

**Lo scopo dell'abuso del diritto**

Con ciò si vuol dire, con dovizia di ragioni, che non è tanto la ricostruzione dell'abuso a doverci interessare, perché l'abuso non interessa il giurista ma il filosofo: esso è noto, è stampato nella nostra coscienza, è da ciascuno di noi conosciuto in quanto esseri umani e, talvolta, anche perpetrato; ciò che crea il dibattito giuridico, e lo nutre, è il problema di definire cosa sia l'abuso *del diritto* – nella sua forma e nella sua sostanza – ovvero quale sia la sua traduzione giuridica, la sua trasposizione in un sistema di *regole* che obbedisce a *principi* diversi e che pare avere, in effetti, una funzione diversa, se si è

188 Riteniamo che il momento di origine dell'abuso del diritto, quale nozione scientifico-giuridica, sia da collocarsi nell'Ottocento francese, segnato dalla sentenza del Tribunal de Colmar, e non, come anche è stato sostenuto, in epoca romana o medievale. Ci sembrano corrette, infatti, le attente considerazione del GIORGIANNI, pp. 59-60, secondo cui "nulla v'è di più assurdo che trasporre in sede romanistica una nozione che nel suo puntuale significato tecnico emerge, non certo dal solo sussistere di una vaga e generica «esperienza giuridica» di cui si postuli in modo aprioristico che punti comuni di riferimento abbia ad avere sotto ogni cielo, o puramente da una dommatica romana che, elaborata dai giuristi romani, serve ad offrir loro la rappresentazione di determinati rapporti e principi rispondenti al loro proprio interesse e angolo visuale, ma da «dati» ben precisi offerti dalla scienza contemporanea del diritto, e da una altrettanto ben precisa problematica che – emergente dal seno della consapevolezza scientifica contemporanea – col concreto studio di quei dati si trova strettamente connessa". L'indirizzo in parola era già stato propugnato dal BARTOSÊK, cui pure si rifà l'A. Ma anche a voler considerare la *aemulatio* l'antesignano del moderno abuso del diritto, e pur non potendo ignorare tutta l'elaborazione medievale che diede luogo all'introduzione di taluni divieti collegati all'uso del diritto (principalmente di proprietà), non si può dire che i giuristi dell'epoca abbiano elaborato la figura dell'abuso giuridico, ma essi hanno invece, inconsapevolmente e frammentariamente, presso atto di taluni comportamenti abusivi. Riprendendo quanto dicemmo in tema di diritto soggettivo, si trattò dunque di un'elaborazione di *contenuto*, e non di *forma*, così come il diritto soggettivo non nasce certo in epoca romana o medievale, ma è frutto dell'elaborazione scientifica ottocentesca: l'abuso, come il suo presupposto, furono insomma in origine strutture ideali vissute anziché (scientificamente) pensate (v. *supra*, parte I, cap. I, par. 3). Così troviamo, nel diritto di mezzo, il divieto di uso con l'intenzione di nuocere (*aemulatio in primis*: "quando sia collocata troppo prossima all'edificio altrui, senza necessità, la latrina o un deposito di letame", ma anche "quando i sudditi vadano a macinare il grano a mulini diversi da quelli del loro signore per fargli dispetto e vantare una pretesa libertà") nonché il divieto di uso mal indirizzato come erigere edifici per vedere i segreti dei vicini, siano essi un frate o una fanciulla ma, ancora di più "quando il vicino abbia una bella moglie o belle ragazze, perché si suppone che l'opera si sia fatta pel fine disonesto di vederle e trattenersi con loro" (tutte le citazioni che precedono sono riportate in SCIALOJA V. [1], pp. 430-431).
Per una ricognizione dell'originaria casistica francese si legga JOSSERAND L. e, nella nostra dottrina più recente, MONATERI P. G. [1], p. 90 e ss.

detto che "il diritto degli uomini non mira a perfezionare la vita morale degli individui"[189].

Tralasciando il problema di quale sia lo scopo del Diritto – problema che ancora oggi affanna gli studiosi – appare invece chiaro quale sia lo scopo dell'abuso: vestire di formale correttezza un comportamento al fine di sfuggire alla punizione per i risultati iniqui con esso perpetrati.

**L'abuso morale e l'abuso del diritto**

Nell'ambito della Morale tale comportamento è, ovviamente e con una certa facilità, sottoposto a sanzione: una sanzione divina, in risposta al peccato d'abuso del peccatore, e che in tempi moderni è venuta a risolversi in una laica riprovazione sociale ed emarginazione, sganciata da riferimenti teologici ma non teleologici[190], cosicché, a fronte di un medesimo fatto, Dio e l'Uomo reagiscono allo stesso modo, condannandone l'autore.

Tale coincidenza di reazione è dettata dalla coincidenza del parametro, che in entrambi i casi si fa chiamare Morale: morale teologica, certo, in un caso, e morale laica, coscienza sociale, nell'altro, le quali consentono un controllo sui fini e sugli effetti dell'atto compiuto – indagine tipica di ogni giudizio etico – con l'obiettivo di sanzionare il danno ingiusto, che è ingiusto non perché il fatto sia contrario alla regola, ma perché lo sono *il suo scopo e i suoi effetti*, così come pensati e voluti dal suo autore[191].

**Il paradosso dell'abuso del diritto**

L'abuso è dunque una questione etica ma è diventato, nel mezzo del XIX secolo, un problema giuridico, e tuttavia così definito risultava, per il Diritto stesso, di impossibile accettazione. Nel forte clima giuspositivistico dell'epoca, infatti, vi ostava la

189 O' SULLIVAN R., p. 68, trad. del RESCIGNO, p. 42 nota 41.

190 Ci si riferisce all'esperienza socialista, su cui v. *infra*, par. 2.

191 Si legga, in proposito, CASS. di Firenze, 13 dicembre 1877, con nota di SCIALOJA V. [3], c. 491: "Sebbene l'art. 533 Codice civ. […] autorizzi il proprietario di un muro ad alzarlo, questa sua disposizione deve essere coordinata coi principi di onestà naturale, che limitano l'esercizio della proprietà. Bene sta che il campo di questo esercizio si estenda quanto quello dell'interesse, che il proprietario di un fondo possa usarne senza curare il danno che ne derivi al vicino, perché *qui utitur jure suo nemini injiuram facit*. Ma se nel fare questo egli non avesse altro fine che di nuocere senza alcun suo pro, *si hoc animo fecit ut tibi noceat*, allora interviene la legge a moderare l'eccesso e l'abuso, a rendere impotente la malizia e la emulazione, concedendo al danneggiato l'azione del dolo, *doli actionem*, per impedire o far demolire l'opera".

paradossale conciliazione dell'*ingiustizia nel lecito*, laddove il lecito coincideva con il *factum secundum ius*, principio formale ma necessario per assicurare la certezza dei rapporti giuridici, e l'ingiusto era un *ingiusto morale*, un'*immoralità*[192]. L'ingiustizia finiva, in tal modo, per essere rinvenuta non nella norma giuridica, perché ciò non sarebbe stato dogmaticamente possibile[193], ma in quella etica[194], facendo sorgere il problema della conciliazione della giustizia di Dio – o del popolo, quale latore della coscienza sociale – con la liceità formale, statuale, giuridica, dando prevalenza alla prima e inserendola a mo' di correttivo nella seconda, con l'effetto però non di una eterointegrazione – tra l'altro di dubbio valore e utilità – ma di uno schiacciamento del Diritto, di una sostituzione caso per caso con la morale prescelta, ritenuta più idonea a fungere da parametro di valutazione dell'agire umano rispetto all'ordinamento giuridico. È questo un punto che è passato a volte inosservato nelle diverse trattazioni sul tema ma che, una volta scoperto, ha generato i diversi e ben noti tentativi di ricostruzione dell'istituto in chiave esclusivamente giuridica[195].

**Il diritto quale "strumento" dell'abuso**

Peraltro, la struttura dell'abuso del diritto, così come viene a delinearsi ai suoi albori, è quella di un istituto che presuppone il diritto ma non lo fa suo, se ne serve ma

192 Sul punto SAVATIER R, p. 53.

193 Il dizionario del giuspositivista non conosce i termini "giustizia" e "ingiustizia" (parole ben note, invece, al giusnaturalista), ma solo quelli "lecito" e "illecito".

194 RIPERT G., p. 179, parla di atto "*contraire au droit*" perché "*il n'y a pas de droit contre la morale*" (non esiste un diritto contrario alla morale, trad. nostra), e parimenti DABIN J., p. 295. Più vicino a noi il ROTONDI "maturo", v. *supra*, nota a inizio paragrafo, ove la convinzione di un giudizio morale di un modo d'essere giuridico traspare come doverosa e quasi scontata. Il problema della fonte della giustizia viene tralasciato soprattutto dagli autori di ideologia socialista, poiché per essi il diritto non poteva che essere indirizzato al bene e al benessere comune. Sul punto v. *infra*, par. 2.

195 PLANIOL M., p. 270: "tout acte abusif […] est illicite" e ciò per identità di struttura (*contra* GIORGIANNI V., p. 80). La dottrina favorevole all'introduzione del divieto di abuso del diritto, infatti, cerca quasi sempre di ricostruire il fenomeno in termini necessariamente giuridici, facendo riferimento ora alla buona fede, ora alla funzione sociale dei diritti, ad essi ritenuta immanente, ora all'interesse insito nella norma, ora al valore ad essa sotteso. Al di là della relatività e dell'assoggettamento al tempo e agli umori di tali riferimenti (v. SCIALOJA V. [4], p. 128: "Noi riteniamo, con più recenti autori, che della buona fede non si possa dare una definizione giuridica") essi rappresentano senza dubbio concetti indeterminati, che vengono impiantati a mo' di postulato nei modelli interpretativi di riferimento. Così, ogni soluzione viene presentata quasi come ovvia solo perché agganciata a termini giuridici. Sul punto si tornerà *infra*, cap. III, par. 2, motivando adeguatamente le scelte dei parametri del giudizio di abusività.

non se ne appropria, lo sfrutta per abbandonarlo subito dopo. Esso, per esistere, aveva necessariamente bisogno di un "potere" – potere di fare, potere di non fare, potere di dare e di non dare, insomma potere come possibilità, come *poter d'agire o non agire* – e aveva bisogno del suo esercizio[196], senza il quale non si avrebbe avuto la base fattuale da sanzionare, e aveva, infine, la necessità di sfociare in una responsabilità[197].

Il primo elemento, l'esistenza di un diritto, è quello che ci consente di chiarire che il richiamo ad esso, come ad ogni altra forma lecita dell'agire[198], non è per l'abuso *essenziale*, ma meramente *strumentale*. Quando si passa da una visione profondamente giusnaturalista a una esclusivamente giuspositivista, si elimina quasi ogni

196 Secondo VIETTI M.-TASCA G., invece, il secondo elemento è scisso nella "possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate" e nella "circostanza che l'esercizio concreto del diritto, anche se formalmente rispettoso della cornice legale attributiva di quel diritto, si sia svolto secondo modalità censurabili, perché deprecabili ed abnormi rispetto ad un certo criterio di valutazione, giuridico o extragiuridico". La posizione va criticata perché mischia uno dei presupposti dell'abuso, l'esercizio del diritto, con la sua sostanza, ovvero la violazione di un principio giuridico (mai extragiuridico). È tuttavia interessante la specificazione che il diritto debba poter essere esercitato in più modi, anche se – per quanto puntiglioso potrà mai essere il Legislatore – si dubita che riuscirebbe mai a consentire uno o pochi usi sempre e comunque leciti di un diritto.
Ne pare invece convinto il PINO G. [2], p. 19: "Si pensi a diritti attribuiti da regole del seguente tenore: «l'imprenditore ha il diritto di collocare i dipendenti in cassa integrazione, sulla base del loro ordine di anzianità», «il diritto di recesso da un rapporto giuridico a tempo indeterminato può essere esercitato con un preavviso di sessanta giorni o in presenza di giusta causa», «il creditore ha il diritto di esigere gli interessi nella misura del 2% annuo». In simili casi, il legislatore ha predeterminato sia a chi spetta un certo beneficio (una posizione di vantaggio garantita dall'ordinamento), sia le modalità tramite le quali il titolare del diritto potrà assicurarsi quel beneficio (l'esercizio del diritto) […] se l'imprenditore non tiene conto dell'anzianità ai fini del collocamento dei dipendenti in cassa integrazione, o se la parte di un rapporto giuridico a tempo indeterminato recede senza un preavviso di sessanta giorni o in assenza di giusta causa, o infine se il creditore esige un interesse superiore al 2%, allora non si ha abuso del diritto, ma una condotta illecita *tout court*".
Il ragionamento è corretto, ma pretende di negare lo spazio per l'abuso sostenendo che la violazione della regola costituirebbe un illecito. Ma, c'è da dire, così cadrebbe l'intera ammissibilità dell'abuso: se bastasse un illecito a escluderlo e, cioè, se bastasse un limite di qualsiasi genere a un diritto per renderlo non abusabile, nessun diritto lo sarebbe mai, perché nessun diritto è illimitato. L'errore, qui, sta nel ritenere esaurita l'antigiuridicità nel comportamento contrario alla norma (illecito), mentre esso potrebbe essere antigiuridico anche rispettandola (abuso), come vedremo meglio *infra*, par. 3, e soprattutto cap. III, par. 1.
197 SACCO R. [2], p. 5: "Non c'è abuso di diritto dove non c'è offesa della vittima, ingiustizia, e volontà o almeno colpa dell'agente". L'A., tuttavia, è nettamente contrario alla figura dell'abuso del diritto, giudicato istituto inutile, e infatti prosegue immediatamente: "Non c'è ordinamento che non consenta di colpire qualsiasi offesa, allorché lo stato soggettivo dell'offensore meriti una sanzione: e ciò, senza bisogno di inserire nel sillogismo la menzione dell'abuso del diritto".
198 V. *supra*, Parte I, cap. I, par. 1.

contaminazione tra il Morale e il Giuridico[199], scindendo il giusto dal lecito e ripudiando il primo, concludendosi così quel confusionario Medioevo che ricordava in un suo scritto lo SCIALOJA[200], e aprendosi la strada alla liceità basata sul *formale* più che sull'effettuale, e cioè sul rispetto della norma attributiva del diritto più che sulle conseguenze del suo esercizio.

Tale visione radicale ripudiava qualunque contaminazione con il divino e con l'etica, e mirava a garantire il pieno rispetto delle prerogative individuali[201]: il diritto come laica garanzia di libertà, e libertà come libertà assoluta[202], dallo Stato e nello Stato. Ne discendeva che il suo esercizio, pur incontrando limiti naturali nei diritti altrui pari ordinati, nonché in quegli interessi superiori quali classicamente rinvenuti nel rispetto dell'ordine pubblico o nel buon costume, non poteva esser limitato al di fuori del dettato legislativo, perché questo era espressione della volontà sovrana, e solamente essa poteva imporre limiti o scioglierli.

**Il contenuto morale dell'abuso**

L'abuso, pertanto, una volta agganciatosi all'esistenza di un diritto, ne condizionava l'esercizio, agendo però non sul piano della liceità formale – intangibile se non dall'Autorità – ma su quello della liceità sostanziale, non focalizzandosi l'attenzione sulla possibilità d'agire – che rimaneva scontata in forza del primo presupposto, perché senza diritto non vi sarebbe stato abuso – quanto sui suoi effetti: è il concetto di *licere* che viene a mutare, passando da attributo giuridico ad attributo morale, divenendo esercizio lecito non quello rispettoso del Diritto, ma rispettoso del Diritto quale *presupposto* di liceità, e della morale comune quale *sostanza* della liceità, cosicché un giudizio in apparenza giuridico finì per diventare extragiuridico, e più

199 Permarranno richiami più o meno espliciti all'interno delle formule della buona fede, del buon costume, del buon padre di famiglia: si noti il ricorrere dell'aggettivo "buono".

200 V. *supra*, par. 3. Il riferimento è a SCIALOJA V. [1], p. 431.

201 Con una normativa spiccatamente favorevole alla classe borghese, V. *infra*, par. 2

202 Come ricorda il RESCIGNO, p. 14, è il RIPERT G., p. 221, ad affermare che "bisogna essere logici, o riconoscere l'assolutezza del diritto, o negare l'esistenza di quel diritto": *tertium non datur*. Sarà il PLANIOL, a rompere la tradizione, parlando per la prima volta di relatività dei diritti, seguito da JOSSERAND.

precisamente etico. Il lecito tornava a coincidere con il giusto, contro il giuspositivismo, a favore di una rinascita giusnaturalista.

**Il danno abusivo quale danno non riparabile**

Una volta giunti a queste conclusioni, andava da sé che l'atto abusivo dovesse necessariamente creare un danno ma, si badi bene, tale danno appariva all'interprete formalmente giusto o, per usare altri termini, si trattava di danno giuridicamente non riparabile[203].

Uno degli elementi rilevanti per l'abuso del diritto era infatti la possibilità di veder nascere un obbligo risarcitorio a carico di un soggetto in favore di altro soggetto, in conseguenza dell'uso, diciamo così, "errato" di un diritto: in assenza, non si poteva avere abuso, ma solo irrilevanza giuridica, e quindi rilevanza esclusivamente morale.

**L'uomo quale unico soggetto destinatario dell'abuso**

In altre parole, se non vi era un danno o un pericolo di danno, danno giusto ma moralmente ingiusto, non si poteva parlare di abuso del diritto, perché non si poneva alcun problema morale: l'assenza di pregiudizio, anche potenziale, rendeva il fatto non sanzionabile[204] e parimenti il danno non provocato a un uomo, ma ad esempio a una cosa o a un animale, non generava un abuso, ma al più un illecito[205].

---

203 Quasi ogni esercizio di un diritto crea un danno ad altri: così nel caso dei diritti di credito, che depauperano il debitore, quello di proprietà, che può pregiudicare il godimento dei beni dei vicini, e l'esercizio di un'azione, che può portare alla condanna del convenuto. Tali danni, o meglio, pregiudizi (v. *infra*, cap. III, par. 2), sono tuttavia ritenuti nel nostro ordinamento giusti, o comunque non ingiusti. Solo il danno ingiusto, infatti, fa dell'autore un responsabile, obbligandolo al risarcimento quale sanzione per lui e soddisfazione per il danneggiato. Sul punto si tornerà in seguito, a proposito dell'illecito (v. *infra*, par. 4).

204 Una testimonianza legislativa moderna di tale impostazione risiede nell'art. 1321 del código civil uruguayano "*El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte*". V. anche MESSINA M., p. 168 e RESTIVO C., p. 240, secondo cui "è persino ovvio che una fattispecie abusiva rileva concretamente solo se e nella misura in cui la condotta incide sulla sfera di interesse di un altro soggetto. Se non c'è lesione di un interesse terzo, non c'è neanche ragione di rilevare l'abusività della condotta (per quanto, da un punto di vista puramente teorico, potrebbe darsi una condotta abusiva che non leda alcun interesse)" e conclude efficacemente: "Il problema dell'abuso non si pone sull'isola deserta abitata solo da Robinson Crusoe".

205 Così nel caso di incendio di cosa propria, sanzionato dal nostro art. 423 co. 2 c.p., laddove il danneggiante e il danneggiato coincidono, ovvero il caso di danno cagionato ad animali, punito oggi dall'art. 544-*ter* c.p. In entrambi i casi la condotta non è diretta verso altri esseri umani, ma rimane chiusa nella sfera giuridica dell'agente in un caso, ed è rivolta a esseri viventi privi giuridicamente di diritti nonché di quelle caratteristiche biologiche frutto dell'evoluzione tali da consentir loro di andare oltre l'istinto, nell'altro.

**L'abuso del diritto quale giudizio etico non giuridico**

È, dunque, nel rapporto *persona-persona*, e solamente in questo, che l'abuso del diritto poteva perpetrarsi, perché esso, in quanto giudizio etico, presupponeva necessariamente la capacità di comprensione e di possesso di una morale, che è propria solo dell'essere umano: nel momento in cui l'*agere licere* toccava o anche solo guardava da lontano la sfera giuridica altrui, lì vi era spazio per un possibile giudizio di abuso del diritto; solo nell'ambito della relazione *persona-persona*, e quindi nell'ambito dell'esercizio di un diritto verso altri, si poneva la tematica dell'abuso (e tale è rimasto fino ai giorni nostri), il cui giudizio *giuridico* di sussistenza – ovvero il giudizio di abusività del comportamento – si risolveva nella verifica dell'esistenza degli elementi presupposti dell'abuso stesso, e cioè la titolarità di un diritto (poiché, in assenza di esso, nulla vi era

---

La questione della necessità della nascita di un rapporto risarcitorio era già stata esposta, *illo tempore*, dal SAVATIER, p. 52, il quale, come ricorda il GIORGIANNI, p. 77, in nota, "deduce che in riferimento ai diritti «dont la nature propre ne permet nullement de nuire à autrui» ["la cui stessa natura non consente di nuocere agli altri", trad. nostra] non ha senso parlare di abuso. Così, ad es., del diritto di proprietà è assurdo pensare che possa mai darsi un abuso, perché si tratterebbe di un diritto «qui s'exerce sur une chose, et qui n'a pas de pointe tournée contre autrui. Elle s'influe donc pas sur la responsabilité du propriétaire envers des tiers» ["che si esercita su una cosa, e che non può rivolgersi contro gli altri. Essa, dunque, non influisce sulla responsabilità del proprietario verso i terzi", trad. nostra]". L'errore in cui cade l'A. è quello di ritenere che lo spazio per l'abuso del diritto sia limitato ai diritti naturalmente rivolti verso altri, e cioè a quei diritti che postulano un rapporto giuridico *persona-persona* per il loro esercizio, quali i diritti di credito (correttamente critici BUSNELLI F. D.-NAVARRETTA E.). Ma se in tal caso sicuramente vi è spazio per l'abuso, in quello della proprietà, così come si avranno esercizi ad effetti limitati nella sfera giuridica del proprietario – per esempio nel caso di incendio di cosa propria – così potranno aversi casi di comportamenti pericolosi o lesivi della sfera giuridica altrui, come tali potenzialmente abusivi. Lo stesso atto emulativo, d'altronde, riguarda la proprietà e proprio l'esercizio abusivo di tal diritto – mediante atti nati col solo scopo di nuocere o recare molestia ad altri – si concretizza nella creazione di un rapporto *persona-persona* in termini di danneggiante-danneggiato, e cioè di responsabilità. La figura dell'abuso del diritto, infatti, non va considerata in relazione al tipo di diritto – che può essere, come detto, qualunque (v. *supra*, parte I, cap. I) – ma in relazione al suo esercizio concreto, all'*agere* del titolare in determinate condizioni, che può appunto costituire uso in certe circostanze e abuso in altre. Non esiste, a priori, un diritto non abusabile, perché non esiste un diritto il cui esercizio sia sempre e comunque lecito, e questo perché, come si è dato conto, ad ogni posizione giuridica soggettiva attiva ne corrisponde un'altra che la limita, cosicché anche il diritto di proprietà, storicamente inteso come assoluto e illimitabile, pur nella sua dimensione di potere sulla cosa, e quindi fondante un rapporto *persona-res* e non *persona-persona*, trova un suo contraltare in un'altra posizione giuridica, rinvenibile ad esempio nel diritto di proprietà altrui. La relazione potere-cosa, infatti, esaurisce il contenuto del diritto di proprietà, ma il suo esercizio può ben generare una situazione di rapporto persona-persona, di causa abusiva.

Sull'abuso del diritto quale violazione di regola morale si veda pure DABIN J., p. 295, cit. da GIORGIANNI, p. 92, per il quale la morale è da individuarsi nella coscienza sociale.

di abusato), il suo esercizio formalmente corretto e la nascita di una relazione *persona-persona* in cui sussistevano tutti gli elementi tipici della responsabilità tranne il danno ingiusto, che era infatti *giuridicamente giusto* in quanto conseguenza di una conformità dell'esercizio del diritto alle norme che lo disciplinavano e al contempo *moralmente ingiusto*, e questa immoralità prevaleva schiacciando, come si diceva, il Diritto e sostituendosi ad esso. La Morale finiva col fondare un giudizio di responsabilità, passandosi da una valutazione giuridica a una etica, ovvero alla verifica dei suoi effetti come contrari o conformi a determinate regole di riferimento estranee al Diritto: riassumendo, una volta realizzate le condizioni per la sua esistenza, e cioè una volta ravvisati gli estremi dell'esistenza di un diritto, del suo esercizio – lecito – che produceva conseguenze *ingiuste* nella sfera giuridica altrui, si è creato il terreno per una valutazione morale dei fini e degli effetti, e cioè si è creato lo spazio per un giudizio etico non-giuridico.

L'abuso del diritto è allora, alle origini, un istituto scialojanamente "medievale", che aveva come fondamento logico una norma morale la quale, per esser fatta valere, doveva necessariamente passare attraverso un istituto giuridico positivo, e cioè il diritto soggettivo, pena la sua inutilizzabilità: se l'agire umano era giudicato, per la dottrina del giuspositivismo, solo in base alla regola giuridica, null'altro la morale poteva fare se non servirsi di essa per riprendere il proprio ruolo di fondamento di giustizia, e in tal senso il richiamo al diritto è da definirsi, lo si ripete, *strumentale*, perché *scopo ultimo del divieto di abuso del diritto non era quello di correggere l'ordinamento ma di sostituirlo*, e tale scopo non poteva realizzare se non inserendosi sinuosamente in esso attraverso il richiamo all'etica della condotta.

Così, a fronte di un *agere* che non è, al contrario di quello che spesso si è pensato, apparentemente lecito, ma *effettivamente lecito* in quanto *agere secundum legem* (v. *infra*, cap. III, par. 1), conforme al diritto oggettivo, indipendentemente dall'istituto di cui il soggetto si avvale – diritto, potestà, ecc. – e il cui uso corrisponde all'*agere* stesso e cioè

alla forma lecita dell'agire, come già abbiamo visto (v. *supra*, parte I, cap. I, par. 6), si sposta l'attenzione dalla norma giuridica attributiva del diritto alla norma morale sanzionante gli effetti iniqui, proteggendo il soggetto leso e concedendogli la riparazione per il torto subito.

Il comportamento così realizzato, pertanto, non veniva ritenuto illecito, come sarebbe stato corretto se si fosse trattato di un fatto antigiuridico, ma, appunto, abusivo; e tale qualificazione, opposta al lecito e all'illecito, costrinse i giuristi a uscire dal proprio campo e a spingersi in pericolose zone franche dove essi non sapevano come orientarsi, perché in effetti non esistevano punti di riferimento: la Morale, così scritta e qualunque essa sia, infatti, non è che una chimera, laddove le nostre società contemporanee, e così quelle prima di noi, conoscevano e conoscono più morali, un pluralismo morale dovuto a convinzioni religiose, ad appartenenze etniche e a gruppi sociali tra loro eterogenei, e finanche a esperienze di vita personali che fanno, di ciascuno di noi, un latore di moralità convinta e in perenne formazione, unica nel suo genere ma incapace di divenire morale universale. Con l'abuso del diritto non si è cercato – ed è questo un equivoco pericoloso – di *redimere* il Diritto, di *umanizzarlo*, o di *salvarlo* – seppur forse poteva esser questa l'intenzione originale – bensì di *sostituirlo*, nei casi in cui non era ritenuto sufficiente, producendo giudizi ove la regola d'illiceità era data dalla coscienza e non dal Normatore, e cioè era una regola che si dava per esistente nell'animo, conosciuta e violata, e che qualificava il fatto come illecito, ma per non dire che quest'illecito era un illecito morale si usò il termine abuso, e se ne fece la sua fortuna: quando si cominciò a parlare di abuso del diritto, infatti, si elise l'attributo, e quindi non abuso del diritto ma *abuso morale del diritto* si sarebbe dovuto dire, con buona pace di ogni sua possibile ammissibilità giuridica. Pochi, in passato, hanno saputo resistere alla tentazione di ripudiare una simile impostazione e per quanto,

forse, sarebbe stato possibile decidere diversamente, nessun rimprovero di tal genere può esser mosso alla storica assoluzione di Mr. Pickles[206].

Come si traduceva, allora, tale impostazione nell'ambito del giudizio sul caso concreto? Nell'elaborazione originaria dell'abuso del diritto, abbiamo visto, si parte dal presupposto che l'*agere licere* debba essere anche un *agere iuste*, ove la giustizia è definita dal parametro di riferimento morale e l'abuso costituisce il frutto di un giudizio di raffronto tra quest'ultimo e il diritto oggettivo: non più, dunque, giudizio di positiva rispondenza del fatto alla fattispecie, come si è detto a suo tempo (v. parte I, cap. I, par. 9), ma giudizio di positiva rispondenza del fatto con il *sentimento del fatto*, e laddove tale coincidenza non si riscontrava vi era abuso, e non uso, del diritto.

Per tale via, secondo i suoi sostenitori, "il diritto legale si apre sulla moralità, che viene ad arearlo, ad umanizzarlo, ed altresì ad individualizzarlo in ciò che ha di troppo astratto e di troppo tecnico. In una parola, la teoria dell'abuso rappresenta il correttivo della moralità, che la legalità postula"[207].

L'abuso in campo giuridico nasce, dunque, e si sviluppa come correttivo del diritto oggettivo, in un periodo storico di netta decadenza del giusnaturalismo che, anche per il tramite dell'abuso, viene recuperato con l'innovativa funzione di aggiustare, forse pure di redimere, il diritto così come concepito dal "freddo" e

206 La vicenda di Mr. Pickles è per i giuristi anglosassoni il *leading case* dell'abuso del diritto. La controversia *Major of Bradford v. Pickles*, decisa il 29 luglio 1895, riguardava il comportamento di Mr. Pickles, il quale fece crollare il pozzo costruito sul suo fondo al fine di bloccare il corso d'acqua che serviva la cittadina di Bradford, in modo da costringere i suoi abitanti a comprare i diritti di sfruttamento dell'acqua da lui stesso. La Corte assolse il convenuto sulla base del fatto che "if it was a lawful act, however ill the motive might be, he had a right to do it" (Lord Halsubury L. C. *opinion*), e che "it is the act, not the motive for the act, that must be regarded. If the act, apart from motive, gives rise merely to damage without legal injury, the motive, however reprehensible it may be, will not supply that element", cosicché "he may be churlish, selfish, and grasping. His conduct may seem shocking to a moral philosopher. But where is the malice? Mr. Pickles has no spite against the people of Bradford" (Lord Macnaghten opinion). Per un recente studio sull'abuso del diritto nell'età Vittoriana si veda TAGGART M., il quale dedica buona parte del volume all'analisi del caso. La vicenda è, ovviamente, citata da ogni autore che si è occupato dell'argomento in ambito anglosassone: si vedano, in particolare, GUTTERIDGE H. C., NAPIER B. W., DI ROBILANT A., e il commento italiano di MONATERI P. G. [1], p. 105. Il testo della sentenza può essere letto sul sito http://www.uniset.ca/other/cs5/1895AC587.html.

207 DABIN, J. p. 295, trad. di RESCIGNO P. [1], p. 37.

"insensibile" positivismo giuridico imperante all'epoca, riavvicinando per tal via la parola sovrana alla coscienza del popolo, coscienza a sua volta laica, ovvero fervente religiosa: così, laddove si richiamava la coscienza comune e la funzione sociale dei diritti, lì l'abuso faceva da interprete del sentimento del popolo, e i giudici da sua *vox*[208]; laddove, invece, la morale era quella teologica, lì l'abuso diveniva peccato e la sanzione penitenza, con il peccatore costretto a subire tanto la punizione divina quanto, per doverosa conseguenza, quella umana.

**Abuso e morale teologica**

Non stupisce, dunque, se l'abuso – l'abuso, non lo specifico abuso del diritto – è un frutto morale, e più precisamente di quel campo della morale che è la morale teologica. Anzi, lo stesso concetto di abuso è di molto antecedente la nascita dell'abuso del diritto, di cui costituisce un tentativo di trasposizione, e risiede proprio nella visione religiosa dominante nelle singole comunità – ciascuna fede riconosce il disvalore della condotta abusiva – in cui la commistione del giuridico e del metafisico non pone nemmeno il diverso problema dell'abuso del diritto, che si risolve pacificamente nel peccato e quindi nella doppia sanzione umana e divina[209].

**L'impossibilità di un giudizio giuridico sull'abuso morale**

La conseguenza di tali impostazioni, che è poi il motivo dominante del loro necessario rifiuto, è che si riduce l'abuso a un problema intimistico, fatto di imperscrutabili moti interiori, che pur sposandosi bene con le dottrine religiose – Dio è onnisciente e ha libero accesso alla nostra coscienza – mal si conciliano con l'accertamento giudiziale, in cui il giudice sarebbe inquisitore dell'animo, ma non leggendo nella coscienza altrui al pari di Dio – "*The heart of man is impenetrable*!"[210] – non potrebbe far altro che leggere nella propria, e decidere di conseguenza: il giudizio del fatto altrui diventa un giudizio riflettente l'animo proprio e il processo diverrebbe,

208 Così il popolo, per il tramite dei giudici, condannava chi si poneva contro di esso.

209 Sull'argomento v. FATHY M., in relazione all'abuso nella religione islamica, commentato da RESCIGNO P. [1], p. 40, nota 40.

210 MAYRAND A., p. 996.

insomma, un problema di indagine di "foro interno"[211], che non trova alcun riscontro nel Diritto statuale al contrario di quello religioso e che, tra l'altro, appare di difficilissima, se non impossibile, applicazione[212].

La prova, infatti, dei moti dell'animo, può veramente (e ironicamente) definirsi *diabolica*, poiché esso, salvo casi di eclatante manifestazione di cattiveria o di bontà, è umanamente insondabile[213]. In ambito processuale, pertanto, si finirebbe con l'esasperare il giudizio, non condannando l'abusante per mancanza di prove – laddove il giudice si ispiri alla necessità di un accertamento oggettivo dell'intenzione – ovvero condannandolo in base a presunzioni o convinzioni sue proprie, pur prive di adeguati riscontri fattuali. È questo il limite dei giudizi che si vuole fondati sull'esclusivo elemento soggettivo, laddove la carica psicologica dolosa è accertata solo in rarissimi casi, e cioè quando "*l'intention de nuire était claire et évidente*"[214].

211 Nel senso cattolico del termine quale *giurisdizione sulla coscienza* (cfr. il canone 130 del *Codex iuris canonicis* del 1983, nonché il canone 196 del precedente *Codex* del 1917). Più specificamente, la giurisdizione della Chiesa cattolica "si distingue in g. di fòro interno e g. di fòro esterno secondo che si eserciti esclusivamente nell'àmbito delle coscienze oppure nella sfera dei rapporti sociali" (Enc. Treccani, voce "Giurisdizione"). Lo stesso ordinamento della Chiesa cattolica prevede un organo *ad hoc* per la giurisdizione su questioni di foro interno, la *Paenitentiaria Apostolica* (in italiano "Penitenzieria apostolica". Per il Suo ambito di giurisdizione cfr. la Costituzione Apostolica P*astor Bonus* di Giovanni Paolo II, datata 28 giugno 1988, cinque anni dopo la riforma del diritto canonico).

212 Sul ruolo dell'interpretazione e della discrezionalità giudiziale v. *infra*, par. 4, e cap. III, par. 2.

213 Può forse così giustificarsi la scelta dell'art. 2 B co. 2 del codice civile svizzero: "Il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge", il quale decide di non punire ogni abuso del diritto ma solo quello *manifesto*. Per una critica positiva a tal scelta si legga MÜLLER ERZBACH R., p. 89.

214 BAUDOUIN L., p. 1278. Due esempi del genere, cui conseguirono le relative condanne, sono il celebre caso francese Coquerel υ Clément-Bayard, del 1915, e quello quasi identico Québec Air-Rimouski Ltée v Gagnon. Il proprietario di un terreno eresse una palizzata alta 16 metri con delle punte in cima per impedire l'atterraggio di palloni aerostatici dell'impresa operante sul fondo vicino, al fine di obbligarla ad acquistare il proprio fondo. Per tale fatto i convenuti furono condannati per aver usato il diritto di proprietà per fini diversi da quello per cui esso era stato concesso. Per una breve analisi del caso francese v. CONVERSO A., p. 1314 e ss.

## 2. L'ABUSO QUALE STRUMENTO ECONOMICO: INTERESSE E SOCIALITÀ NEL DIRITTO

Abbiamo visto finora come l'abuso sia un problema morale ma, come è stato autorevolmente messo in evidenza, l'abuso del diritto è anche un problema storico[215], perfino uno strumento tecnologico del potere politico[216], ed è anche un problema ideologico che poggia su una base, come visto, di facile condivisione etica ma di difficile trasposizione giuridica. E in forza di ciò, esso è stato ed è anche un problema economico[217] o, per meglio dire, è un problema giuridico dai notevolissimi risvolti economici, e poiché l'economia – oggi forse più del passato – è potere, e la Storia non è che un avvicendarsi di storie di potere, ci pare opportuno svolgere alcune considerazioni sull'influenza reciproca che vi è stata, a un certo punto della Storia, tra l'evoluzione economica e l'abuso del diritto.

**Il diritto soggettivo quale libertà assoluta**

Nel periodo della sua elaborazione scientifica l'esercizio del diritto era scontatamente ritenuto lecito: lecito perché formalizzato in una norma, a sua volta espressione di una volontà legislativa che, in quanto detentrice del potere, in quanto autorità, richiedeva obbedienza[218]. Il diritto quale poter d'agire, quale forza protetta e concessa dall'ordinamento, rappresentava l'area di illimitata liceità[219] in cui ciascun essere umano poteva e doveva muoversi, nell'ambito di una convivenza sociale ove

215 RESCIGNO P., p. 27 e ss.

216 MESSINNETTI D., p. 4

217 Oltre al RESCIGNO P., vedi pure MORELLI M. R., p. 1703. PIRAINO F., p. 85, correttamente afferma che "La postulata contraddizione si scioglie articolando il discorso su due livelli: ora legge e morale o legge ed economia ora, con uno sguardo tutto interno al sistema giuridico, regole e principi o stretto diritto e diritto vero". A quest'ultimo livello va la nostra preferenza, ma non è ritenuto corretto prescindere dall'analisi morale ed economica dell'istituto.

218 Ecco perché il giuspositivismo produrrà il frutto della norma quale imperativo anziché come giudizio ipotetico. Si legga, in proposito AUSTIN J. Per un approfondimento del problema della concezione della norma si legga *infra*, par. 3.

219 Come ricorda il RESCIGNO P., p. 14, è di RIPERT G., p. 221, l'affermazione secondo cui "bisogna essere logici, o riconoscere l'assolutezza del diritto, o negare l'esistenza di quel diritto". Sarà il PLANIOL M., p. 370, a introdurre il concetto di relatività dei diritti.

regnavano le prerogative individuali che, in quanto tali, non potevano essere violate: la c.d. assolutezza del diritto.

**Dal lecito secondo il diritto naturale al lecito secondo il diritto positivo**

È in questo clima di ottimismo individuale, determinato all'origine da un giusnaturalistico sentimento di trasformare in realtà il principio razionale e divino dell'uguaglianza degli uomini, e successivamente connotato dalla volontà di favorire e consolidare il potere e le ricchezze della giovane classe borghese[220], che si viene a creare lo spazio per nuove iniquità: laddove crolla, infatti, più o meno coscientemente, l'ideale che ciascuno possa soddisfare le proprie aspirazioni grazie alle possibilità e garanzie offerte dall'ordinamento, messo in crisi dalla dura realtà di certe situazioni, a volte assolutamente degradanti, di ingiustizia sociale, determinate dall'esercizio del diritto e che il Diritto stesso, tuttavia, non preveniva, ritenendole certamente lecite in quanto conseguenza di un lecito agire e, al più, immorali, lì si pone la premessa per una rivoluzione che porterà alla ridefinizione in chiave sociale dell'intero diritto oggettivo e, quindi, anche dell'abuso del diritto.

A fronte, infatti, di una visione doverosamente morale del comportamento umano, frutto delle elaborazioni giusnaturaliste più elevate, nel XIX secolo si viene a sostituire al *giusto* secondo Dio, o secondo Ragione[221], il *lecito* secondo il Diritto (positivo), imposto dall'Autorità e da cui ogni valutazione morale viene espunta rendendolo *avalorativo* e *avalutativo*[222], ma appunto *solo* lecito: la norma non è più, quindi, giusta, ma legittima (perché promanata dal sovrano), e il comportamento

220 In proposito ricorda il GIORGIANNI, p. 96, in nota, l'invettiva del MORIN contro la legislazione e l'ideologia politica dell'epoca. Egli affermò, infatti, che "il codice civile napoleonico fa dell'individuo […] un sovrano, titolare di diritti senza limiti, e gravato dalle sole obbligazioni ch'egli vuol dare a se medesimo […] E insomma, lo Stato impone bensì delle leggi agli individui, ma la sua autorità viene conciliata con la sovranità dell'individuo. Grazie alla concezione del contratto sociale, le volontà individuali sono la fonte unica, e del potere politico, e delle regole che governano le relazioni private degli uomini tra loro: il che vuol dire astensione dello Stato da ogni intervento nel dominio economico. Ma ciò fa sì che il regime dell'eguaglianza giuridica finisca col presentarsi solo apparentemente come garanzia per tutti: sostanzialmente, invece, diviene un regime che, non occupandosi dei deboli, ma abbandonandoli al dominio e allo sfruttamento dei forti, finisce col garantire unicamente i privilegi dei forti".

221 V. *supra*, parte I, cap. I, par. 3.

222 Per tutti, WEBER M.

diviene esclusivamente lecito, e non anche giusto, in quanto a essa conforme, con l'effetto di rendere l'autore del fatto lecito irresponsabile giuridicamente, qualunque sia il danno da esso provocato. Si viene, insomma, a distinguere nettamente tra Diritto e Morale, chiamando a rispondere l'agire umano di fronte a due Tribunali, quello di Dio per i peccati e quello dell'Uomo per gli illeciti, senza alcuna commistione di sorta: si "disumanizza", se così si vuol dire, il Diritto, che è ora solo *ius positum*, e assicura la liceità e la pacifica convivenza attraverso il suo rigoroso rispetto.

**Diritti assoluti e liberismo**

Nell'ambito di questa esperienza che fu il giuspositivismo, l'area dell'*agere licere* apparve pressoché illimitata, in funzione del progressivo formarsi della classe industriale e in conseguenza della straordinaria crescita dei processi produttivi e, quindi, della semplificazione e moltiplicazione degli scambi di beni e servizi, diventando il luogo di scontri sociali all'insegna della formale liceità dei comportamenti. Tali scontri, sfocianti in vere e proprie rivolte, condurranno all'evoluzione dei sistemi giuridici verso la realizzazione del benessere sociale e non solo individuale, quello che poi verrà chiamato *Welfare State*, e cioè uno Stato non più orientato a favorire esclusivamente il singolo ma la società, stemperando le disuguaglianze nell'ottica della realizzazione sostanziale del principio di uguaglianza: uno Stato che sacrifica la libertà assoluta e illimitata in favore di situazioni sociali svantaggiate e così degradate da necessitare un intervento protettivo da un lato, e interventista dall'altro, laddove, prima, l'attenzione sociale verso il prossimo meno fortunato era affidato alla bontà altrui, a una sussidiarietà di stampo religioso[223] affidata

223 Recentemente ripresa dal papa emerito Benedetto XVI nella famosa enciclica *Carithas in veritate*, cpv. 56: "La sussidiarietà è prima di tutto un aiuto alla persona, attraverso l'autonomia dei corpi intermedi. Tale aiuto viene offerto quando la persona e i soggetti sociali non riescono a fare da sé e implica sempre finalità emancipatrici, perché favorisce la libertà e la partecipazione in quanto assunzione di responsabilità. La sussidiarietà rispetta la dignità della persona, nella quale vede un soggetto sempre capace di dare qualcosa agli altri. Riconoscendo nella reciprocità l'intima costituzione dell'essere umano, la sussidiarietà è l'antidoto più efficace contro ogni forma di assistenzialismo paternalista. Essa può dar conto sia della molteplice articolazione dei piani e quindi della pluralità dei soggetti, sia di un loro coordinamento. Si tratta quindi di un principio particolarmente adatto a governare la globalizzazione e a orientarla verso un vero sviluppo umano". Per una ricostruzione del principio anche in chiave giuridica si veda, di recente, MOSCARINI A., p. 14 e ss.

all'opera delle pie donne, di ceto medio-alto e quindi borghesi, le quali in tal modo supplivano alle carenze statuali e trovavano i primi spazi di una moderna operatività che, fino ad allora, era stata a esse proibita.

Tuttavia, ed è questa una precisazione fondamentale, sarebbe errato pensare a un binomio liberismo-giuspositivismo, giacché la più evidente esperienza di evoluzione normativa da un forte individualismo a un progressivo stemperamento in forme di intervento statale anche a fini sociali fu quella degli Stati Uniti.

**Incompatibilità tra abuso del diritto e giuspositivismo**

Ma, rimanendo ancora per un momento in ambito giuspositivistico, occorre sottolineare che esso poneva le basi di un assoluto rigetto della figura dell'abuso del diritto. Tale rifiuto, tuttavia, non aveva la sua fonte in una negazione della categoria ma nella sua incompatibilità logica con il sistema. Era un problema di coerenza, di salvezza dell'ordinamento – tant'è che non si rifiuta come concetto ma come istituto – e la cui rilevanza veniva esclusa per ragioni di opportunità: l'abuso esisteva ma non conveniva ammetterlo, perché la sua ammissione avrebbe comportato improprie e, soprattutto, imprevedibili compressioni della sfera di assoluta libertà di cui l'individuo godeva, strumentali alla realizzazione del borghese capitalista nel libero mercato, e soprattutto avrebbe consentito indebite valutazioni da parte dello Stato in qualità di giudice: compito, questo, cui Esso poteva attendere solamente attraverso il potere legislativo.

Tale rifiuto era dunque ideologico, legato a una fortissima tradizione secondo cui il diritto era lo strumento di difesa del singolo verso tutti, compreso lo Stato[224], ma che condurrà, progressivamente e col suo declino, a una trasformazione stessa del concetto di abuso. Questo subirà, infatti, un'evoluzione che lo poterà a riempirsi di un nuovo contenuto.

Per comprenderla meglio, tuttavia, occorre brevemente aprire una parentesi sulla figura dell'abuso del diritto nella Gran Bretagna, per poi passare a quello americano dove l'ideologia liberista fece la sua miglior fortuna.

224 RESCIGNO P., p. 26 e ss.

**Abuso del diritto e *nuisance***

Nell'esperienza anglosassone, l'abuso del diritto era ben conosciuto, seppur sotto l'egida della "*nuisance*"[225]. La vastità dei casi, e la plurisecolare età dell'istituto, che ancora oggi costituisce uno dei pilastri della responsabilità nel diritto anglosassone, rende possibile affermare che la *nuisance* abbia egregiamente svolto il suo lavoro, sia per la sua duttilità di utilizzo da parte dei giudici, sia perché non vi era il problema, tutto dell'Europa continentale, di dover ricondurre alla stretta lettera della legge l'ampia parola del giudice[226].

Nell'età dell'industrializzazione, l'istituto venne usato per favorire la neonata classe industriale – la borghesia industriale, contrapposta a quella latifondista – laddove poneva nuovi problemi di immissioni di fumo, scarichi, rumori e qualunque altro comportamento che causasse *nuisance* – dal latino *nocumentum* – ai proprietari dei fondi vicini, principalmente agricoltori[227]: problema che vide inizialmente vincitori i primi, salvo poi osservare come le Corti americane risolsero in senso favorevole ai secondi le numerose cause in materia, finendo addirittura per far prevalere l'interesse all'amenità e all'ambiente salubre su quello economico industriale[228].

**Abuso del diritto e concorrenza sleale**

Nel mentre, si andavano a creare nei rapporti intercorrenti tra gli stessi borghesi industriali ben esemplificati casi di *scorrettezza competitiva*[229] che, in termini giuridici, corrispondevano al comportamento denotato da liceità formale ma lesivo, al contempo, di un interesse altrui economicamente rilevante: quello che per l'Europa sarebbe

225 GAMBARO A., p. 6. La "*nuisance*" può essere definita come il corrispondente inglese dell'emulazione, data la sua classica definizione nel caso Bamford v. Turnely: "any continuous activity or state of affairs causing a substantial and unreasonable interference with a [claimant's] land or his use or enjoyment of that land". Per la rilevanza della *nuisance* quale istituto "sostitutivo" dell'abuso del diritto, si leggano le osservazioni di GUTTERIDGE H. C., p. 30. Sul punto v. pure GESTRI M., p. 47, note 130 e 131.

226 Sulla mancata "dualità" delle fonti nei sistemi anglosassoni, v. GAMBARO A., p. 6.

227 BRENNER J.

228 PONTIN B.

229 RESCIGNO P. [1], p. 57: "Il problema dell'abuso nasce nella società liberale, come avemmo modo di avvertire, proprio con riguardo a talune forme di esercizio delle libertà individuali e delle libertà corporative, riconosciute nel sistema. Si pensi alla concorrenza sleale, all'abuso della personalità giuridica, alla pratica del *closed shop*".

diventato un esempio di abuso del diritto[230], nasce in America come conflitto di interessi e diviene strumento di sanzione dei rapporti economici imprenditoriali, al fine di consentire un libero mercato fatto di concorrenza leale e non sleale, in una logica competitiva di *fair play*[231], con la differenza fondamentale, però, che negli Stati Uniti questi fenomeni ricevettero una espressa consacrazione in un divieto legislativo e, pertanto, non sarebbe corretto parlarvi a riguardo se non definendoli, secondo i termini a noi familiari, dei veri e propri *illeciti*.

**Lo *Sherman Antitrust Act***

Esempio lampante è, in proposito, lo *Sherman Antitrust Act* del 2 luglio 1891, la prima legge americana regolatrice della concorrenza, la quale all'art. 1 prevedeva che "*every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal*". La disposizione si poneva in forma molto generica, e risultava così potenzialmente idonea a rendere illegale ogni tipo di contratto, in quanto ciascuno naturalmente restrittivo del commercio, in un modo o in un altro[232]: il compito di delimitarne la portata fu affidato, così, ai giudici e, in ultima istanza, alla *Supreme Court*, la quale statuì che "*The Anti-Trust Act of July 2, 1890, c. 647, 26 Stat. 209, should be construed in the light of reason; and, as so construed, it prohibits all contracts and combination which amount to an unreasonable or undue restraint of trade in interstate commerce*"[233]. La sanzione delle pratiche commerciali scorrette aveva, pertanto, come ragione sottesa lo sfavore dell'ordinamento nei confronti delle grandi società e, cioè, di quelle aggregazioni sociali con fine di lucro.

230 Con riferimento all'abuso del diritto in Germania, rileva il LEVI G., p. 7 come sia "interessante osservare che nella evoluzione del sistema capitalistico, ed, anzi, in una società industriale l'«idea» di cui ai §§ 242 e 826 si ritrova nell'ambito della concorrenza ai fini della repressione dei mezzi sleali, tant'è vero che il § 826 viene collegato al § 1 della legge sulla concorrenza sleale del 1969".

231 LEVI G., p. 2 e ss., spec. p. 16.

232 LEMLY MARK A.- LESLIE CRISTOPHER R., p. 1212.

233 Standard Oil Co. of N.J. v. United States. Il termine "*unreasonable*" può essere agevolmente tradotto come irragionevole, mentre il concetto di "*undue*" è quanto mai polivalente: esso può significare eccessivo, illecito, indebito, ma anche ingiusto, ingiustificato, inopportuno.

Se, infatti, la premessa del liberismo era l'individualismo più sfrenato, la "società atomizzata di individui isolati"[234], questa non poteva che condannare l'aggregazione sociale finalizzata allo schiacciamento dell'imprenditoria individuale, in quanto annientatrice della concorrenza e, per l'effetto, del libero mercato. Va quindi riconsiderata l'idea – spesso data per scontata – che il liberismo, e in particolare il capitalismo, accolga con favore le cc.dd. "*big companies*". Al contrario esso le rifugge, in quanto demolitrici della concorrenza perché tendenti al monopolio di fatto, che è l'esatto opposto della libera concorrenza, così come rifugge, seppur sappia essere un fenomeno irrefrenabile, la posizione dominante, e può al più ammettere tali figure se anche a fronte di esse il mercato rimanga comunque conteso, con altre società di pari forza o anche inferiori, in un moto economico perpetuo che garantisca il funzionamento dello stesso. Non a caso lo *Sherman Act* fu approvato dal *Senate* con 51 voti favorevoli su 52, mentre la *House of Representatives* lo accolse all'unanimità.

**Abuso e illecito nelle pratiche commerciali scorrette**

Tale fenomeno che sarà, per la nostra esperienza giuridica, un abuso e non un illecito, svolge pertanto il ruolo di completare la protezione del sistema liberista sanzionando pratiche commerciali altrimenti sfuggenti alle maglie della Legge: ed è, questo, l'ulteriore aspetto che differenzia l'istituto dal suo omonimo predecessore, giacché mentre in origine l'abuso del diritto era quel che si chiamava, e cioè abuso (seppur morale), nell'area geografica di economia liberista esso si trasforma e diviene vero e proprio *illecito*, formalizzato in una norma giuridica e il cui contenuto non è l'immoralità, ma l'*irragionevolezza*, la *non giustificazione* (economica, non etica) di certe pratiche, quale per esempio l'abbassamento eccessivo dei prezzi al fine di espungere dal mercato concorrenti minori (c.d. pratica dei prezzi predatori).

Quando tali fenomeni troveranno una risposta giuridica in Europa, da un punto di vista contenutistico si realizzerà un cambio il quale, trovando terreno fecondo nella teoria del diritto soggettivo come interesse[235] vedrà l'abuso sussistente nel momento in

234 RESCIGNO G. U., p. 82.

235 V. *supra*, parte I, cap. I, par. 3, parte finale.

cui si ravviserà nell'esercizio di un diritto un sacrificio sproporzionato (abnorme) della sfera giuridica altrui, o addirittura inutile (privo di legittimo interesse o di giusta causa), se non irragionevole[236]. Di qui il passo è stato breve, nella nostra esperienza giuridica, per riconoscere al giudice un potere di fondamento dell'esercizio del diritto nei settori dei contratti, legati al concetto di *causa* e *motivo*, e in ambito giuslavoristico, ove la "positivizzazione" del divieto di abuso è stata principalmente ricondotta nell'alveo della giusta causa di licenziamento. Di questi argomenti, tuttavia, ce ne occuperemo meglio in seguito (v. *infra*, cap. III).

**Una legislazione "individualista"**

Nel frattempo, volgendo lo sguardo alla seconda esperienza cui accennavamo in precedenza, vediamo come se da una parte viene portata all'estremo l'importanza dell'individuo nel mondo, concedendogli vaste aree di libertà e generando una vera e propria epopea dell'individualismo, con l'esaltazione del singolo e delle sue capacità relazionali e affaristiche, si accentua d'altra parte la lotta tra individui, che vede nel suo centro il borghese capitalista: il c.d. *self-made man* si pone solo di fronte al mondo e di null'altro ha bisogno, se non di avere a disposizione una normativa che gli consenta di mettersi alla prova e realizzarsi pienamente[237], e finché egli vi si mantiene all'interno nulla può essergli contestato ma, con il propagarsi delle proteste della classe sociale più bassa, il proletariato, e con l'agguerrirsi della concorrenza in un libero mercato privo di intervento statale, egli si trova a dover fronteggiare da un lato le pressioni di una classe in continua crescita, posta in condizioni spesso di puro degrado, e dall'altra a dover resistere di fronte ad attacchi spietati da parte dei suoi concorrenti.

---

236 PINO G., il quale tuttavia conclude per l'accoglimento di un interesse astratto, non concreto, del singolo, così potendosi recuperare la funzione sociale del diritto nell'ottica di una maggior certezza di applicazione della formula da parte del giudice.

237 "Il potere economico ha bisogno soprattutto di libertà (garantita dal diritto), piuttosto che di potere giuridico. Le regole sulla proprietà, sui contratti, sulla giurisdizione, e così via, sono essenziali al potere economico per poter agire senza paura di essere contrastato e vanificato dalla ribellione e dalla prevaricazione di altri […] Il potere giuridico in altre parole è la *conditio sine qua non* (la condizione senza la quale non, e cioè il contesto la cui presenza è necessaria), ma non la *conditio per quam* (la condizione a causa della quale, e cioè la ragione specifica che produce il risultato) il potere economico ha successo e insuccesso" (RESCIGNO G. U., p. 5).

Così, se da un lato un temperamento sul secondo fronte arriva da una legislazione "amica", atta a proteggere gli interessi economici lì dove la scorrettezza non è sanzione morale, ma vera sanzione civile – giacché punisce il danno patrimoniale di chi lo subisce – dall'altro l'individualismo liberista subisce un poderoso freno per il tramite dell'avvento del socialismo, dove l'attenzione del Diritto si sposta dall'individuo alla società.

**Abuso del diritto e ideologia socialista**

La dottrina dell'abuso trova dunque un'altra vita e un'altra nozione nell'ambito dell'ideologia socialista, nell'ottica di una realizzazione di interessi identificati con il bene sociale: non più dunque, ricerca della felicità e cura dei bisogni individuali, ma tutela e salvaguardia del benessere comune.

Tale benessere, secondo questa corrente di pensiero, era da identificarsi nella soddisfazione dei bisogni del popolo, in quanto bisogni collettivi, contrapposti al bisogno del singolo che come tale è egoistico: un egoismo che porta, inevitabilmente, all'utilizzo degli strumenti giuridici finalizzati al soddisfacimento dei propri interessi, incurante dei pregiudizi – anche gravi – che esso crea al prossimo e, per l'effetto, alla comunità.

**Abuso del diritto quale atto antisociale**

Da qui la costruzione teorica di una *coscienza sociale*, quale espressione di una morale comune slegata da fondamenti religiosi, e che si sostituisce a quella prettamente cristiana: la visione della realtà come finalisticamente orientata al bisogno collettivo trasforma l'abuso del diritto, che non è più violazione delle leggi divine o razionali coperta da un genuino rispetto del Diritto, né sanzione necessitata a tutela di interessi economici, bensì *un atto mal indirizzato*, un comportamento insoddisfacente il bisogno collettivo, che pur ponendosi come lecito agli occhi della norma realizza il bisogno individuale in contrasto con quello sociale: è, in sostanza, atto antisociale, *antisocialità del diritto*[238].

238 Paradigmatico il caso greco, il cui art. 281 del codice civile recita: "l'esercizio di un diritto è vietato, se eccede manifestamente i limiti imposti dalla buona fede o dal buon costume o dalla finalità socioeconomica di tale diritto". Esso venne in rilievo, tra l'altro, in occasione di diverse questioni

Raggiunta questa concezione, il fenomeno antisociale dell'abuso gode di particolare fortuna nelle varie esperienze giuridiche socialiste, subendo codificazioni variamente formulate ma comunque simili, giacché viene avvertito il bisogno di formalizzare in una norma scritta dal potente valore ideologico una delle espressione più forti dell'intera neonata dottrina[239].

Il controllo dei fini dell'attività privata si configura, infatti, come strumento essenziale e fondamentale per garantire il bene comune, poiché in tal modo viene attuato un controllo giudiziale capace di sanzionare l'autore a fronte di un danno patito dal singolo ma, idealmente, dall'intera comunità: di questa socialità nel diritto non rimase intoccato neppure il Legislatore del '42[240].

---

pregiudiziali proposte da una Corte ellenica di fronte alla Corte di Giustizia Europea (cause C-441/93, PAFITIS e a., commentata da NIZZO C., C-367/96, KEFALAS e C-373/97, DIAMANTIS, su cui v. meglio *infra*, par. 6).

239 Con riferimento al Sudamerica si legga il lavoro di SPOTA A. G., il quale riporta diverse esperienze di codificazione espressa e quello, recentissimo, di CONVERSO A., p. 1317: l'art. 5 del *decreto-ley* brasiliano n. 4657 del 4 settembre 1942, secondo cui il giudice, nell'applicazione del diritto, deve tener conto dei fini sociali e del bene comune da esso perseguiti; il codice civile peruviano, che nell'art. II del titolo preliminare prevede che "la ley no ampara el abuso del derecho", e pari formula riporta il código civil boliviano all'art. 107; il codice civile venezuelano, ove si legge all'art. 1185 co. 2 che "debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho", disposizione ispirata dal progetto di codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti del 1927; l'art. 16 del código civil messicano, del pari, vieta di esercitare le proprie attività e di disporre dei propri beni con pregiudizio per la collettività. A queste esperienze fanno eccezione il Cile, l'Uruguay, il Paraguay ed El Salvador, i quali sanzionano l'abuso del diritto in via interpretativa attraverso il riferimento alla buona fede, come accade nell'esperienza francese e italiana, seppure in quello francese si rinvengano ipotesi tipiche di abuso (sul punto MONATERI P.G. [1], p. 90). Diverso il caso dell'Argentina, ove esiste un divieto espresso, stabilendo l'art. 1071 del codice civile che "la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal, al que contraría los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

In Polonia, l'art. 5 del codice civile del 1964 stabiliva che non si poteva avere un uso del proprio diritto in contrasto con lo scopo socio-economico dello stesso o con i principi della convivenza sociale della Repubblica Popolare Polacca (per un commento v. OHANOWICZ A.).

L'esperienza ungherese, come testimonia EÖRSI G., è in linea con le precedenti. L'art. 2 del codice civile stabilisce infatti che il codice assicura sia ai cittadini che alle loro organizzazioni il libero esercizio dei diritti a essi spettanti, in accordo con la loro funzione sociale.

240 Si legga FERRI G. B., p. 56, il quale cita la Relazione al codice civile, n. 6: "Non vi è diritto che non sia attribuito al singolo con finalità sociale, e la tutela che la legge appresta all'interesse del singolo non è tutela dell'interesse egoistico, ma è tutela diretta o indiretta dell'interesse nazionale". Sul punto anche COSTANZA M.

L'abuso del diritto secondo la dottrina socialista, che è quindi null'altro che l'uso del diritto contro i fini sociali per i quali esso è stato concesso, si pone in linea di continuità con le origini dell'istituto – abuso quale violazione morale.

**Coscienza sociale e interessi economici**

Tuttavia, mentre nel primo caso il riferimento all'elemento extragiuridico era la Morale qui, pur permanendo un richiamo alla coscienza sociale quale morale comune, avviene una commistione di questa con l'interesse – anch'esso sociale – che può essere anche di natura economica, e che condiziona parimenti l'esercizio delle prerogative individuali.

Il diritto è, insomma, non più contaminato solo da elementi etici, ma anche da elementi economici, laddove l'arricchimento del singolo è visto come un atto potenzialmente pericoloso in base all'osservazione che esso consegue al depauperamento altrui, e tale depauperamento può essere tollerato quale sacrificio necessario solo ed esclusivamente se non reca danno alla collettività o se, in caso, l'arricchisce.

In netto contrasto con l'ideologia liberista, quindi, il Diritto socialista appoggia un'economia radicalmente diversa, ove la tendenza è a statalizzare, a collettivizzare proprietà e attività piuttosto che a lasciarle ai privati, nel disegno convinto di una miglior realizzazione degli interessi quando sono tutti gli interessati, appunto, a disporre dei mezzi di produzione e del capitale. Dal punto di vista giuridico, e quindi anche per ciò che attiene l'abuso del diritto, tale visione comportò uno sfavore verso il proprietario – che fino ad allora era stato invece colui che più di ogni altro aveva goduto di ampio margine di uso e non uso del proprio diritto – e si creò una formula giuridica di convenienza che consentisse ai giudici di salvaguardare, nel tempo e caso per caso, l'interesse sociale.

**Esempi di uso antisociale del diritto**

Così accadeva che di fronte a un trasferimento oneroso non formale di beni immobili, la successiva richiesta di rilascio dello stesso, anche ad anni di distanza e pure dietro offerta di restituzione del prezzo allora pagato, era da considerarsi abusiva, pur

non essendosi perfezionato, per il Diritto, alcuna compravendita, e ciò per l'antisocialità della richiesta[241].

Si applicava l'istituto pure a fronte della richiesta di una divisione ereditaria ove l'asse era costituito da un piccolo terreno e la casa sopra edificata, quando il solo fondo non poteva dividersi senza dividere anche la casa, privando alcuni eredi dell'abitazione[242] e, sempre in materia ereditaria, era considerata contraria ai principi di convivenza sociale la richiesta dell'erede di ottenere il pagamento della legittima da parte del genitore (diritto concesso dall'ordinamento), quando il primo fosse sufficientemente dotato di risorse per vivere mentre il secondo sarebbe stato rovinato da un pagamento del genere[243].

**Irrilevanza dell'elemento soggettivo**

L'analisi dei casi appena citati fa venire in luce un elemento particolarmente importante – e che avremo modo di approfondire in seguito (v. *infra*, cap. III, par. 3) – e cioè la non rilevanza, quanto meno nell'esperienza socialista – dell'elemento soggettivo ai fini della configurazione di un abuso del diritto[244].

**Esempi di abusi inammissibili**

Tuttavia, a fronte di tali casi in cui, forse, il giurista italiano trova qualche affinità con la propria personale idea di abuso del diritto, la giurisprudenza dei Paesi socialisti ne ha conosciuti anche altri che, al contrario, nessuno dei nostri studiosi definirebbe mai abusivi, essendo riconducibili ad altre fattispecie o, addirittura, a giudizi di liceità.

Così, attraverso il richiamo alla funzione sociale dei diritti, si è ritenuta abusiva la richiesta del proprietario di rimuovere dal suo terreno la costruzione di pubblica utilità

241 OHANOWICZ A., p. 310: "Il contratto per il passaggio della proprietà di un immobile esigeva, pena la nullità invalidità, la forma notarile, mentre le parti, specialmente nei paesi, lo contraevano molto spesso semplicemente per iscritto o persino oralmente. Dal punto di vista formale un tale contratto era invalido nullo e non serviva da base per l'acquisto del diritto di proprietà, che restava al vecchio proprietario. Spesso dopo alcuni anni, quello stesso proprietario o persino il suo erede, si ricordava della proprietà e richiedeva la consegna dell'immobile offrendo la restituzione del prezzo d'acquisto con denaro per lo più svalutato. Il tribunale riconosceva questo tipo di richiesta come contraria ai principi della convivenza sociale e rifiutava di sentenziare la consegna dell'immobile".

242 ID, p. 311

243 ID., *ibidem*

244 SPOTA A. G. [2], p. 307 "Ni la culpa ni el dolo son requisitos necesarios – *sine qua non* – para que promedie un acto abusivo".

illegittimamente edificata, e ciò perché "è per lo più nell'interesse pubblico conservare un simile edificio"[245]; del pari, è stato ritenuto abusivo lo sfratto di una farmacia qualora non fosse stato possibile, nelle vicinanze, trovare un altro locale adeguato e disponibile dove condurla[246].

La dottrina socialista, allora, seppur mossa da un chiaro intento ammirevole, quale la tutela dell'individuo come parte della società, e non come atomo della stessa, tuttavia non ha fornito risposte sempre soddisfacenti all'esigenza di giustizia che richiede, per la sua attuazione, l'abuso del diritto[247], che nelle esperienze socialiste si sarebbe forse potuto chiamare abuso di interesse legittimo (v. *supra*, parte I, cap. I, par. 8). Anzi, data la visione culturale dell'epoca, i cc.dd. Paesi occidentali hanno rigettato l'intero sistema – economico e giuridico – preferendo quello liberista seppur, ciascuno, con i propri correttivi e aggiustamenti. Ma al di là delle connotazioni ideologiche, politiche, e degli interessi economici che, come noto, fanno e disfano la storia di una Nazione, ciò che *giuridicamente* si opponeva all'accoglimento di un abuso del diritto quale uso antisociale del medesimo era l'estrema vaghezza del parametro, che avrebbe consegnato la libertà del singolo nelle mani dell'arbitrio del giudice.

245 OHANOWICZ A., p. 311

246 ID., *ibidem*.

247 In proposito ci trova concorde il MANCINI T., p. 6, quando scrive che "ogni altro criterio il quale intervenga in sede applicativa, quale, ad esempio, quello della *Sozialadäquanz* (adeguatezza sociale), nato nel diritto penale e penetrato ora in altri settori dell'ordinamento ed in special modo nel diritto del lavoro, in base al quale il soggetto può vedere degradato, al momento della concreta cognizione da parte del giudice, il diritto a situazione indirettamente protetta, nell'ipotesi che il rispetto del diritto sia di ostacolo al raggiungimento delle finalità della comunità, deve essere nettamente respinto, giacché il suo accoglimento potrebbe costituire un pericoloso attentato alla sfera giuridica soggettiva del lavoratore in particolare, e del privato in generale".

## 3. L'ABUSO QUALE "DOPPIONE" DELL'ILLECITO: LA PERICOLOSA DUPLICAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ

**L'abuso e l'illecito**

Si è detto finora ciò che l'abuso, e l'abuso del diritto, sono stati per la dottrina che alla loro analisi si è dedicata. Una rapida lettura delle diverse tesi poste a fondamento o rigetto dell'istituto pone tuttavia all'attenzione dello studioso il rapporto, naturalmente riscontrato, tra quest'ultimo e la categoria sovrana dell'antigiuridicità: l'illecito.

L'accostamento della due figure nasce dalla somiglianza che l'interprete, senza sforzo alcuno, coglie nell'esaminare, ma finanche nell'immaginare, un esercizio abusivo di un diritto: in entrambi, infatti, troviamo un fatto umano, un danno ingiusto da questo causato, un conseguente obbligo di risarcire il danno[248]. È, dunque, di palese evidenza come abuso e illecito sembrino presentare, all'apparenza, una struttura identica.

**L'abuso quale termine opposto all'illecito**

Tuttavia, un'obiezione tradizionalmente mossa a questa premessa è che non può farsi coincidere l'abuso con l'illecito, pena l'inutilità dell'istituto[249]: se infatti così fosse, non vi sarebbe motivo di dibattito, poiché – si dice – basterebbe rifarsi alle norme sull'illecito per scongiurare il rischio di decisioni giudiziali arbitrarie che l'abuso pare paventare, calmandosi così i timori della dottrina più agguerrita.

Al contrario, distinguere tra abuso e illecito salva l'istituto dall'annichilimento ma, così facendo, si finisce con l'affrontare i ben noti problemi del definire cosa sia l'abuso e in cosa esso si differenzi dalla generale categoria dell'illecito giacché, come detto, a una prima analisi i due istituti sembrano assolutamente identici.

---

248 In questa sede si esaminerà, ovviamente, il rapporto tra abuso e illecito in relazione ai comportamenti umani (atti giuridici e fatti compiuti dall'Uomo), lasciando da parte quella categoria degli illeciti per fatti naturali, i quali infatti prescindono dall'agire umano. Sul punto, classicamente, v. BARASSI L. [2], p. 663 e ss.

249 GIORGIANNI V., p. 132 e ss. e SACCO R. [2], p. 31. Entrambi concordano sull'inutilità dell'abuso quale duplicato dell'illecito, ma mentre il primo ne sostiene veementemente l'autonomia, l'altro ne rimarca la natura di "inutile doppione".

Stante *l'impasse* di difficilissima soluzione – non esiste infatti, come vedremo, una nozione sufficientemente condivisa di abuso del diritto – occorre prendere le mosse dal più consolidato dei due istituti.

**La bivalenza dell'illecito**

L'illecito, quale termine tecnico-giuridico, è bivalente. Da una parte esso rappresenta la categoria sovrana dell'antigiuridicità: è, cioè, la *forma* – costruita nella teoria generale – rinvenibile in ogni ipotesi in cui l'ordinamento vieta un atto o un fatto. In tal senso esso è *sostantivo*, fulcro di una serie di classificazione ben note: illecito civile, penale o amministrativo; illecito contrattuale o extracontrattuale; illecito tipico o atipico, e così via.

Ma, d'altra parte, esso è anche *attributo* dell'atto o fatto vietato, qualificante i medesimi come contrari all'ordinamento: l'atto illecito è individuato tradizionalmente nell'atto contrario alle norme che lo disciplinano, mentre il fatto è tale quando, più semplicemente, è vietato dalla Legge.

Sul primo significato, il Legislatore italiano non si pronuncia: non esiste, infatti, una nozione positiva di illecito, la quale è lasciata alla penna di dottrina e giurisprudenza. Al contrario, il Diritto contiene numerose ipotesi di atto o fatto illecito, dando significato all'attributo attraverso previsioni normative espresse: la teoria dell'illecito nasce proprio da questa caratteristica, elaborandosi la definizione secondo un ragionamento induttivo che va dal particolare – ipotesi d'illiceità – al generale – nozione di illecito.

**Le proposte definizioni dell'illecito**

Vi è quindi chi parla di "qualsiasi fatto o atto, al quale l'ordine giuridico ricolleghi una conseguenza diretta a riparare ovvero a reprimere gli effetti nascenti da tale fatto o atto"[250], chi di "violazione di un comando o di un divieto"[251] o di "violazione di qualsiasi regola di condotta"[252], chi lo definisce come "fatto o comportamento *contra*

250 CRIFÒ G., p. 154.
251 TRIMARCHI P. [1], p. 90.
252 ID., p. 91.

*legem*, perché compiuto in violazione di diritti o di interessi comunque protetti"[253], chi invece riconduce ogni illecito civile direttamente all'art. 2043 c.c. affermando che "è civilmente illecito *qualunque* fatto che cagiona un danno ingiusto"[254], senza dimenticare il pensiero di chi ha ritenuto che "quando, poi, la conseguenza giuridica in termini di obbligo non si realizza – quando, insomma, nella situazione data il comportamento si difformi dall'obbligo prescritto –, la norma qualifica come illecito il comportamento in cui tale conseguenza non si realizza, e vi si connette un comportamento sanzionatorio obbligatorio"[255].

Il punto fondamentale dell'analisi dell'illecito, da cui poi deriva la diversità delle numerose posizioni, risiede nella concezione dell'ordinamento cui la singola dottrina fa riferimento, più o meno esplicitamente, nel ricostruire l'istituto.

**La norma quale imperativo categorico**

L'elaborazione più datata di illecito, infatti, inteso quale mera difformità dalla norma, presuppone una concezione della stessa quale imperativo categorico[256] accompagnato da una effettiva forza sanzionatoria[257], cosicché ogni difformità dal tipo codificato è per ciò solo *contra ius*, ovvero illecita, e va repressa con l'uso della *vis* statale: se la norma è dover essere, si dice, ogni fatto non conforme al comando non può che essere vietato, e come tale costituire un illecito da reprimere.

**La norma quale giudizio ipotetico**

Al contrario, la concezione della norma quale giudizio ipotetico[258] consente una perimetrazione più precisa dell'illecito, che non è più meramente difformità del fatto dalla fattispecie, bensì difformità del fatto dalla fattispecie espressamente vietata, la quale è tale perché consiste in un giudizio ipotetico normativo in cui se è (o non è) posto

253 DI MAJO A. [1], p. 5.

254 GAZZONI F., p. 709, in linea tra l'altro con le posizioni di BIANCA C. M. [2], p. 531 e di ALPA G. [1], p. 68.

255 GIORGIANNI V., p. 133. *Ibidem*, l'A. parla anche di difformità da uno specifico obbligo normativo.

256 Tale concezione ebbe fortuna nel XIX secolo, e fa capo a JOHN AUSTIN. In particolare si legga AUSTIN J., p. 90, in cui l'A. esplicitamente afferma: "*Every law or rule (taken with the largest signification which can be given to the term properly) is a command*".

257 Se mi si ordina di fare qualcosa con la minaccia di un male, mi si rivolge un comando – spiega AUSTIN J. [1], p. 91 – ma "*if you cannot or will not harm me in case I comply not with your wish, the expression of your wish is not a command, although you utter your wish in imperative phrase*".

258 Su cui v. *supra*, parte I, cap. I, par. 3. Per un raffronto tra le due teorie si legga BOBBIO N. [1].

in essere un dato comportamento, il soggetto responsabile[259] verrà chiamato a riparare il danno con il risarcimento dello stesso, in quanto danno ingiusto. L'*iter* logico a fondamento della scelta legislativa di divieto è, pertanto, incentrato sul giudizio che viene dato sul danno.

**Lo schema tripartito dell'illecito**

Questo, per fondare l'illecito, deve essere ritenuto dal Legislatore *ingiusto* e, come tale, fondare l'obbligo di reintegrazione, pena l'irragionevolezza della previsione normativa. Ne deriva che il risarcimento è conseguenza obbligata del danno, mentre quest'ultimo è da una parte presupposto della stessa e dall'altra conseguenza del fatto, che in forza di tal riprovevole effetto viene qualificato illecito: si realizza, così, lo schema tripartito fatto-danno ingiusto-risarcimento dove il fatto è illecito (*attributo*) perché produce un danno ingiusto e questi due, uniti alla conseguenza reintegratoria, insieme formano l'illecito (*sostantivo*).

Tale ricostruzione, tuttavia, dà luogo ad alcune perplessità, per la difficoltà di individuare esattamente le conseguenze dell'illecito e, come vedremo, a volte anche il danno.

**Il comportamento *sine iure* e *contra ius***

Ordinariamente, infatti, si ritiene essere doverosa conseguenza civile il risarcimento, in forma generica o specifica, dovuta per aver provocato un danno ingiusto. Di quest'ultimo si dà, poi, la definizione di danno conseguente a un comportamento *sine iure* e *contra ius*.

**Illiceità, nullità e annullabilità**

La dottrina ha poi ritenuto di dover escludere dal novero degli illeciti le figure della nullità e dell'annullabilità: esse, si dice, non sarebbero conseguenze ricollegabili a un illecito, ma mere invalidità, come tali estranee all'istituto[260].

**Primo problema: gli illeciti per fatto altrui**

In qualsiasi caso, se l'affinità del risarcimento alla "sanzione pecuniaria" può indurre a considerare il primo una vera e propria *sanzione civile*[261] (seppur

259 Si ritiene utile ricordare che non necessariamente il soggetto responsabile coincide con l'autore del comportamento vietato: si pensi all'art. 2047 c.c. Sul punto v. *infra*.

260 SCOGNAMIGLIO R., p. 173.

261 Di questa affinità (e locuzione) sembra darne atto il Legislatore del 2000 che, con legge 388 – c.d. finanziaria per il 2001 – prevede esplicitamente all'art. 116 co. 8 che i soggetti che non adempiono, in tutto

impropriamente), ne consegue che ogni risarcimento presuppone un comportamento illecito, e che insieme questi compongono l'illecito civile, fatto di comportamento, danno ingiusto e obbligo risarcitorio. Tuttavia, tale ricostruzione è messa in crisi dall'analisi di alcune ipotesi legislative specifiche.

In primo luogo, rimarrebbero fuori dal novero degli illeciti tutte quelle fattispecie in cui il soggetto tenuto al risarcimento non è l'autore del comportamento sanzionato[262], sulla base del fatto che egli risponderebbe in forza non della paternità del fatto (e quindi a prescindere sia dall'elemento soggettivo che da quello oggettivo), ma di elementi diversi, quali il legame con la persona (artt. 2047-48-49 c.c.), con l'animale (art. 2050 c.c.) o con la cosa (art. 2051 c.c.). Tali considerazioni ci sembrano esatte, poiché non si tratterebbe in tal caso di illecito quale comportamento vietato – la norma si rivolge agli uomini e non certo agli animali, alle cose e a chi, pur essendo umano, per suoi limiti è incapace di comprenderla – ma di allocazione di responsabilità per fatto altrui. Né varrebbe dire, come forse qualcuno potrebbe pensare, che si sanzioni l'obbligo di vigilanza che grava sui custodi e responsabili dei medesimi, giacché un conto è la violazione di tale obbligo, un conto è l'obbligo risarcitorio derivante non da fatto proprio, come sopra esemplificato.

**Secondo problema: gli illeciti senza danno**

In secondo luogo, parrebbero esclusi gli *illeciti senza danno*, ricondotti ordinariamente ai casi di *pericolo*, ove il fatto difetta appunto di lesione e, conseguentemente, dell'obbligo di risarcimento: si avrebbe cioè, un illecito monco, ad esempio, nell'art. 833 c.c.[263], in cui sono gli atti che non hanno altro scopo di nuocere o recare molestia ad altri a essere vietati, e non solo gli atti che tale scopo abbiano effettivamente realizzato. Qui l'assenza del danno, che può anche non ricorrere, è evidente, e la fondatezza di una pretesa risarcitoria, in presenza di meri atti prodromici

o in parte, agli obblighi previdenziali e assistenziali, sono tenuti "al pagamento di una sanzione civile" da determinarsi annualmente.

262 SCOGNAMIGLIO R., p. 172.

263 V. *supra*, parte I, cap. I, par. 3, ma soprattutto par. 6.

alla molestia o al nocumento, è da rifiutarsi, stante appunto l'assenza sia dell'una che dell'altro: la sanzione potrà consistere, al più, in un'inibitoria.

**L'illecito uso del cognome**

Altra ipotesi di assenza di danno è, parimenti, quella riconducibile all'art. 7 c.c. in combinato disposto con l'art. 5 l. 898/70: sul punto si è anche pronunciata significativamente la Suprema Corte[264], secondo la quale "in caso di violazione da parte della moglie divorziata del divieto di uso del cognome del marito (art. 5, comma secondo, legge 1 dicembre 1970 n. 898, nel testo sostituito dall'art. 9 legge 6 marzo 1987 n. 74) quest'ultimo può, ai sensi dell'art. 7 cod. civ., chiedere la cessazione del fatto lesivo ed altresì agire per il risarcimento del danno. Tuttavia, mentre per l'inibitoria è sufficiente che l'attore dimostri, oltre all'uso illegittimo del proprio nome, la possibilità che da ciò gli derivi pregiudizio – il quale può essere, quindi, *meramente potenziale ovvero di ordine soltanto morale* [corsivo nostro] – ai fini dell'azione risarcitoria, devono sussistere i requisiti soggettivi ed oggettivi dell'illecito aquiliano, *ex* artt. 2043 ss. cod. civ., sicché non solo è necessaria l'esistenza di un pregiudizio effettivo, ma questo, se non ha carattere patrimoniale, è risarcibile, ai sensi dell'art. 2059 cod. civ., soltanto ove nella condotta dell'indebito utilizzatore sia configurabile un illecito penalmente sanzionato". Per gli illeciti di pericolo, quindi, la tutela risiederebbe nella sola azione inibitoria concessa al potenziale danneggiato[265].

**Terzo problema: gli illeciti senza sanzione**

Vi sono, infine, ipotesi di illecito senza sanzione (*rectius*, obbligo di risarcimento) dove, a fronte dell'esistenza di un divieto e di un danno ingiusto provocato, l'ordinamento non prevede alcuna misura afflittiva.

**Un illecito tributario senza sanzione: l'irregolare autoliquidazione delle imposte sugli atti telematici**

Sebbene rare, tali ipotesi sono rinvenibili, ad esempio, nell'ambito del diritto costituzionale, laddove l'art. 4 co. 1 del d.P.R. 361/57, come riformato dalla l. 270/05, stabilisce che "il voto è un dovere civico", ma non ricollega alcuna conseguenza al suo

264 CASS. 8081/94.

265 Tipici casi quelli di denuncia di nuova opera e di danno temuto.

inadempimento[266]; e in quello tributario, come noto costellato di miriadi di sanzioni, nell'art. 3-*ter* del d.lgs. 463/97 il quale, con riferimento al controllo delle imposte di registro, ipotecaria, catastale e di bollo sugli atti registrati in via telematica, stabilisce che "gli uffici controllano la regolarità dell'autoliquidazione e del versamento delle imposte e qualora, sulla base degli elementi desumibili dall'atto, risulti dovuta una maggiore imposta, notificano, anche per via telematica, entro il termine di sessanta giorni dalla presentazione del modello unico informatico, apposito avviso di liquidazione per l'integrazione dell'imposta versata", con ciò lasciando del tutto impunito l'errato od omesso adempimento dell'obbligo tributario: una distrazione legislativa che può comportare, com'è ovvio, la tendenza a una *volontaria* dimenticanza o erroneità nella liquidazione, giacché in caso di successivo controllo l'autore dell'indebito "sconto" dovrà versare, al più, quanto già doveva, senza alcun aggravio.

A fronte di tali considerazioni, il giurista non può far altro che riconsiderare la nozione d'illecito come sopra delineata, e verificare se effettivamente esso richieda, quali elementi costitutivi, il danno e il conseguente obbligo risarcitorio.

**La *ratio* della previsione d'illiceità**

La scelta di vietare un determinato comportamento all'interno dell'area d'influenza dell'ordinamento, infatti, è una valutazione che il Legislatore compie, indubbiamente, in funzione di protezione di diritti o di valori o di interessi giuridicamente rilevanti, i quali verrebbero altrimenti ingiustamente limitati (e cioè violati) dal comportamento altrui, producendone una lesione. L'illecito assurge così a scudo e garanzia di valori, diritti o interessi di volta in volta considerati e salvaguardati mediante la previsione di un divieto o di un obbligo espresso di comportamento: il rispetto di tale norma verrebbe poi assicurato mediante la previsione di una o più conseguenze pregiudizievoli tra cui spicca, appunto, l'obbligo di risarcimento.

266 Si potrebbe discutere, invero, sull'esistenza in tale ipotesi anche di un danno, e, ancor prima, sull'idoneità di tale formula a costituire un vero e proprio obbligo giuridico, sembrando più un'esortazione all'elettore.

Se tale è l'illecito nella quasi totalità dei casi, tuttavia non possono non prendersi in considerazione le sopra esaminate ipotesi in cui una fattispecie vietata rimane priva di conseguenze e quelli in cui, invece, non si produce alcun danno.

**Critica alla tripartizione della struttura dell'illecito**

Ci pare possibile affermare, allora, che l'illecito non è una combinazione di fatto, danno e risarcimento, ma è più semplicemente la realizzazione di un fatto vietato, che trova la sua ragion d'essere nella protezione accordata dall'ordinamento a determinati interessi per scelte legislative variamente motivate, e che può risolversi sia nel divieto di un comportamento dannoso, sia nell'obbligo di tenere un certo comportamento doveroso, sia nel divieto di un comportamento *potenzialmente* dannoso, caso, quest'ultimo, in cui l'illecito assume funzione non ripristinatoria – perché danno non v'è – ma di prevenzione del danno medesimo, con conseguente tutela inibitoria.

**Distinzione tra illecito e responsabilità**

Pertanto, se le fattispecie vietate producano o meno un danno e siano o meno soggette a reintegrazione, è questione che non attiene all'argomento dell'illecito ma a quello della responsabilità – quale scelta di allocazione del rischio tramite l'obbligo di risarcimento – distinta e separata, seppur affiancata, all'illecito.

Dev'essere quindi rivista la precedente schematica tripartizione che abbiamo riportato, fatto-danno ingiusto-risarcimento, e ridefinirla in tal modo: l'illecito nasce, o dovrebbe nascere, nella mente del Legislatore come fatto che produce conseguenze negative che non sempre, seppur spesso, coincidono con un danno ingiusto, potendo esso rimanere potenziale – un rischio più che una certezza – ma comunque doverosamente da ricollegare a misure inibitorie e ripristinatorie, pena l'avverarsi di conseguenze, parimenti ingiuste e ben peggiori, quali lo sprezzo del divieto, il suo moltiplicarsi nella realtà quotidiana e il suo consolidarsi nella coscienza sociale come fatto lecito.

Come si coniugano, allora, queste considerazioni con quanto sopra affermato? Nel caso degli illeciti di danno con previsione di obbligo di risarcimento, essa trova piena conferma, e parimenti accade per gli illeciti di pericolo. Per quanto attiene agli

illeciti privi del terzo elemento, invece, riteniamo che la sua mancata previsione non possa che condurre alla conclusione che l'omissione sia una svista, un errore, un *lapsus* del Legislatore, bisognoso di correzione, il quale comunque non pregiudica la qualificazione del fatto come illecito, che rimane tale anche in sua assenza.

**La corretta definizione di illecito**

L'illiceità di un comportamento, infatti, non dipende né può dipendere dalla previsione o meno di un obbligo risarcitorio, perché un fatto illecito è tale perché antigiuridico, fonte di danni ingiusti, e quindi in quanto vietato. Il cosiddetto disvalore sociale del comportamento, che porta poi al giudizio di illiceità da parte del Legislatore formalizzato in una norma di divieto, è insito nella fattispecie stessa e rimane indifferente alla conseguenza: di questa essa rimane, pertanto, solo il presupposto, è la sua ragione giustificatrice – non si sanziona e non si accorda tutela ad alcuno se non vi è ingiustizia – ma non contribuisce a formarlo, rimanendo sul piano della logica conseguenza. Se un fatto è "sbagliato" per il diritto – e quindi è illecito – merita di essere sanzionato e il danneggiato di essere risarcito, ma il giudizio sull'ingiustizia del danno, anche potenziale, e quindi di illiceità del fatto, è già esaurito nella formulazione del divieto, così che l'assenza di obbligo di risarcimento non produce altro effetto che quello di svilire la categoria, non di annullarla[267]. Ne discende, dunque, che l'illecito non è altro che *la violazione della norma formulata in termini di obbligo o di divieto di un*

267 Un illecito senza sanzione è inutile, per non dire sconveniente, perché in sua assenza si è portati a violare il divieto nella coscienza dell'impunità. In tali casi, come detto, l'illecito è *inutile*, ma non scompare, perdendo utilità ma non esistenza.
Una ulteriore distinzione è quella tra conseguenza con funzione sanzionatoria e conseguenza con funzione redistributiva: la prima è rappresentata dall'obbligo di risarcimento per fatto illecito, mentre la seconda si riscontrerebbe nell'obbligo di risarcimento per "fatto lecito consentito" (Sul punto v. TRIMARCHI P. [1], p. 91-92). Queste sarebbero ipotesi non di divieto di fatto illecito, il quale rimane prevenibile, ma di responsabilità per danno inevitabile da fatto lecito, a fronte del quale vi sarebbe una riallocazione del rischio consentito – consentito in quanto conseguenza di attività lecita – su chi ne può sopportare maggiormente i costi. Sul punto v. pure BUSNELLI F. D., p. 4, secondo cui "gli artt. 2049-2054 c. c. (con l'eccezione, secondo taluno, dell'art. 2050) si ispirerebbero al criterio uniforme di addossare la responsabilità a colui che viene reputato il più idoneo a scegliere, in sede di controllo del rischio connesso con una certa situazione o attività non contingente, tra i costi di un eventuale danno e i costi necessari per prevenirlo" (con ciò ritenendo l'A. prevenibile anche il danno da fatto lecito).

*comportamento umano*: nozione questa, di fondamentale importanza per il corretto inquadramento dell'istituto dell'abuso.

Riprendendo ora quanto detto precedentemente, sia le posizioni contrarie che quelle favorevoli all'istituto dell'abuso hanno sempre ritenuto di dover distinguere tra questo e l'illecito: dove c'è l'uno non c'è l'altro pena, altrimenti, l'annichilimento del primo.

**Il rapporto tra l'abuso e l'illecito**

Se l'illecito è, pertanto, violazione di un obbligo o di un divieto imposto da una norma – legale o convenzionale – e l'abuso non può coincidervi pur consistendo anch'esso in una violazione di ordine giuridico, come pure si è tentato di sostenere attraverso il richiamo alla buona fede, all'interesse, allo scopo dell'autore, alla proporzionalità o alla ragionevolezza nell'esercizio del diritto – produttrice anche solo potenziale di un danno ingiusto doverosamente da risarcire – *a contrario* l'unica differenza che pare ammissibile è l'estraneità di quest'ultimo a ogni positivizzazione, risolvendosi l'abuso nella violazione di un divieto non codificato: ne deriverebbe, cioè, che il discrimine tra i due istituti debba rinvenirsi, per forza di cose, nella presenza o meno di una norma che preveda il fatto e lo vieti espressamente, ottenendosi un illecito nel primo caso e un abuso nel secondo[268].

**L'abuso quale divieto necessariamente non positivizzato**

Tale conclusione, di per sé pure logica, si staglia contro tutte quelle istanze dottrinali tese a introdurre nel nostro ordinamento una clausola antiabuso, giacché proprio tale fenomeno ne decreterebbe la morte, facendolo risorgere nella nuova, ma classica, forma dell'illecito. Se così è, se si vuol continuare a parlare di abuso, esso non può che rimanere al di fuori di ogni intervento legislativo.

**Prima critica: l'illiceità non esaurirebbe l'antigiuridicità**

Tale conclusione apre, tuttavia, diversi fronti problematici: dovrebbe intanto ammettersi, in modo quanto mai rivoluzionario, che l'illiceità non esaurisca l'antigiuridicità – intesa quale contrarietà al Diritto – cosicché un atto o un fatto

268 GIORGIANNI V., p. 133.

antigiuridico potrebbe non essere un illecito, ma un abuso[269]: verrebbe a cadere, dunque, la tradizionale bipartizione lecito/illecito in favore di una contrapposizione tra lecito da una parte e illecito/abuso dall'altra, a loro volta termini opponenti.

**Seconda critica: il silenzio sulle conseguenze dell'abuso**

Si porrebbe, poi, il problema di cogliere le conseguenze di questa ipotesi, giacché se le naturali conseguenze dell'illecito sono l'inibizione del fatto e la riparazione del danno cagionato, nulla dice il Legislatore in tema di conseguenze dell'abuso, seppur potrebbe[270]. Tuttavia, non si può negare che l'intera dottrina dell'abuso giustifica il suo accoglimento sulla considerazione dell'ingiustizia del danno provocato in modo apparentemente lecito, mirando a garantire tutela risarcitoria al danneggiato.

D'altronde abuso e illecito, in quanto identificanti aree diverse ma simili di antigiuridicità, non possono che condurre entrambi a una riparazione, dovendosi così logicamente concludere che la differenza tra i due istituti non risiede sul piano delle conseguenze, assolutamente identiche, ma sul piano strutturale, oggettivo. Cosa distingue, allora, l'illecito dall'abuso?

**Terza critica: il mutamento dell'istituto all'avverarsi della positivizzazione**

Se, infatti, questo non può esser quello, e tuttavia entrambi, come visto, rappresentano comportamenti che procurano o vi è il pericolo che procurino un danno, e tale danno è considerato ingiusto e viene accompagnato da conseguenze risarcitorie, non rimane altro che concludere che l'unico *discrimen* tra le due figure sia, per forza di cose, proprio la mancata positivizzazione del primo e il suo avvenire nel secondo.

Tuttavia, dire che il discrimine tra i due istituti risieda nell'esistenza o meno di una norma che vieti un certo comportamento, significherebbe dire che un fatto abusivo, per il solo fatto di esser previsto dalla Legge, non sia più un abuso ma un illecito: e cioè, in modo ancor più esplicito, si dovrebbe ammettere che un istituto, *per il solo fatto di*

269 Sul problematico rapporto tra illiceità e antigiuridicità si legga SCOGNAMIGLIO R., p. 165 e ss., ove l'autore conclude contro l'identità degli istituti. Tale posizione è criticata da ALBANESE B., p. 50 e ss.

270 Se si volesse aderire a questa tesi, occorre fare attenzione a non confondere la necessitata non positivizzazione dell'abuso con la possibilità di positivizzarne le conseguenze: una norma che imponesse l'obbligo di risarcimento del danno per ogni abuso perpetrato non inficerebbe, infatti, la validità della posizione, giacché un conto è il divieto, un conto è la sanzione, come abbiamo avuto modo di chiarire nelle righe precedenti.

*essere formalizzato in una norma*, muti in altro istituto, come dire che un contratto atipico, per il solo fatto di diventar tipico, non sia più un contratto ma sia qualcos'altro. Tale conclusione, si converrà, è inaccettabile.

La positivizzazione di un istituto, infatti, non può mutarne la natura, perché essa non modifica i suoi elementi costitutivi ma li recepisce, li formalizza in un testo cogente: è, cioè, un'attività recettiva, non modificativa, di un qualcosa che nasce come fatto giuridicamente rilevante, ma appunto solo fatto, non già diritto, completo dei suoi elementi costitutivi senza bisogno di una formulazione positiva. L'istituto dell'abuso preesiste alla norma scritta, e come tale non è pensabile di ritenerlo distinto dall'illecito in base a tale criterio.

**L'apparente paradosso dell'esperienza spagnola**

Ma vi è di più: l'esperienza spagnola insegna – in modo quanto mai paradigmatico e apparentemente paradossale – che a fronte di una norma quale quella dell'art. 7 co. 2 del *còdigo civil*, secondo cui "la legge non protegge l'abuso del diritto o l'esercizio antisociale dello stesso. Qualsiasi atto od omissione che, per l'intenzione del suo autore, per il suo oggetto o per le circostanze di realizzazione, superi manifestamente i limiti normali di esercizio di un diritto, con danno per i terzi, darà luogo al relativo risarcimento e all'adozione di misure giudiziali o amministrative che impediscano la continuazione dell'abuso", si conclude che l'abuso del diritto è un *illecito atipico*[271]. Vi è però da dire, pena un gravissimo errore, che il paradosso è falso: un conto, infatti, è la positivizzazione quale recepimento in norma scritta di un istituto, un conto è la sua tipicità, intesa quale descrizione circoscritta di elementi fattuali atti a ricondurre alla norma fattispecie determinate: lo stesso art. 2043 del codice civile italiano è illecito atipico, seppur positivizzato.

**Quarta critica: la coincidenza dell'abuso con l'illecito**

Insistere, infine, sulla validità del criterio dell'assenza di norma scritta significherebbe ammettere, *coeteris paribus*, che l'abuso positivizzato è un illecito, e quindi implicitamente ammettere che *l'abuso e l'illecito abbiano i medesimi elementi*

271 In tal senso, ATIENZA M.-RUIZ MANERO J., p. 26.

**Le ragion**
**"fuga da**
**"**

*strutturali*! Se, infatti, la differenza sta nell'assenza o presenza di una norma, significa che solo per ciò si distinguerebbero, fermi tutti gli altri elementi (*coeteris paribus*, appunto). Abuso e illecito, dunque, coinciderebbero, giungendosi a conclusione paradossalmente opposta a quella che detta teoria intendeva giustificare!

In realtà, la tendenza alla fuga dalla norma, che ha pericolosamente deviato numerosa dottrina, trova la sua ragione nella necessità di eludere l'ordinamento concepito secondo i dettami del giuspositivismo, per trovare nuovi criteri valutativi dell'agire umano diversi dall'illiceità quale contrarietà alla regola giuridica: una fuga che ha posto le basi della rottura della concezione avalorativa del Diritto ma che, tuttavia, lascia intatta la frattura senza sanarla. Cercare, infatti, *fuori dall'ordinamento* un rimedio da far valere *nell'ordinamento* impone o di cambiarlo per intero, come avvenne nei Paesi socialisti, oppure di rigettare recisamente l'istituto: e non a caso sono state proprio queste le esperienze che si sono manifestate all'interno dei singoli Stati.

**Il corretto inquadramento dell'istituto: dall'abuso all'illecito abusivo**

Se, dunque, la soluzione al problema dell'abuso del diritto va ricercata nel Diritto, e non altrove, riteniamo, per le ragioni che andremo a spiegare nel prosieguo, che pur essendo errata nelle premesse, la tesi sopra riportata sia esatta nelle conseguenze: si vuol dire, cioè, che l'abuso, in realtà, non è contrapposto all'illecito, né è diverso da esso, ma *è un illecito*, un tipo particolare di illecito, con caratteri suoi propri che lo fanno assurgere a categoria autonoma[272]: esso non è mera qualificazione di comodo, come vedremo e come pure è stato sostenuto[273], ma ritaglia un proprio spazio all'interno della generale categoria dell'illecito, ponendosi con esso in un rapporto di specialità.

Non serve, infatti, cercare un'altra forma di antigiuridicità oltre quella già elaborata, perché in effetti ciò che non è lecito è per forza di cose illecito o, in altri termini, ciò che è contrario al Diritto non può che chiamarsi illecito. Se poi si vuol chiamare abuso l'abuso *morale* del diritto, è certo possibile farlo, ma si lasci l'istituto

272 Conforme a tale impostazione ATIENZA M.-RUIZ MANERO J., p. 12.
273 SACCO R. [2].

nelle mani della Morale, non certo dell'ordinamento giuridico: la tutela normativa agisce in funzione di una violazione normativa, e finché il parametro violato non è una norma, ma altro, rimane extranormativo, e nulla si può pretendere se non una sanzione, appunto, extragiuridica.

Se così è, se dunque l'abuso del diritto, scientificamente ricostruito, non può che essere giuridico, la locuzione corretta da adottare per descrivere i fenomeni che cadono sotto la sua egida non è quella inflazionata di abuso, seppur essa mantenga una certa convenienza d'uso, ma di *illecito abusivo*, quale *species* di tal *genus*, con caratteri suoi propri e una sua precisa autonomia teorica (v. *infra*, cap. III).

## 4. L'ABUSO DEL DIRITTO QUALE PROBLEMA INTERPRETATIVO: DISCREZIONALITÀ E ARBITRIO NELL'ATTIVITÀ DECISORIA

"Una volta Oliver Wendell Holmes[274], mentre andava in carrozza alla Corte Suprema di cui era giudice associato, dette un passaggio al giovane Learned Hand[275]. Questi scese alla propria destinazione e, salutando la carrozza che ripartiva, urlò allegramente «Fa' giustizia, giudice!». Holmes fermò la vettura, fece invertire la marcia al conducente, e tornò indietro verso il sorpreso Hand. «Non è quello il mio lavoro!»

274 Enc. Treccani, voce "Holmes, Oliver Wendell": "Giurista statunitense (Boston 1841 - Washington 1935), figlio di Oliver; dapprima avvocato a Boston, poi prof. all'univ. di Harvard. Nel 1882 iniziò la carriera giudiziaria, giungendo alla Corte suprema degli Stati Uniti (1902). Tra le sue opere: The common law (1881); Speeches (1891, 1913); Collected legal papers (1920); e l'ed. del trattato di diritto americano di J. Kent, Commentaries (1873)". A lui si deve l'ideazione del "*clear and present danger test*"nel celeberrimo caso Schenck v. United States del 1919.

275 Enc. Britannica, voce "Learned Hand": "Learned Hand, in full Billings Learned Hand (born Jan. 27, 1872, Albany, N.Y., U.S.—died Aug. 18, 1961, New York City), American jurist whose tough and sometimes profound mind, philosophical skepticism, and faith in the United States were employed throughout a record tenure as a federal judge (52 years, from April 10, 1909, until his death). Although he was never a justice of the Supreme Court, he is generally considered to have been a greater judge than all but a few of those who have sat on the highest U.S. court".

disse, sporgendosi dal finestrino. Poi la carrozza girò e ripartì, portando Holmes al suo lavoro: presumibilmente, quello di non fare giustizia".

Con questa breve parabola – ci perdonerà il lettore, se non la chiamiamo aneddoto – inizia un interessante saggio di un noto filosofo del diritto americano[276]. Riprendendo, oggi, quanto accaduto più di un secolo fa, possiamo dire che il problema dell'abuso del diritto è stato da sempre un problema di errata comunicazione tra chi parlava seduto in vettura e chi, da quella vettura, aveva ricevuto solo un passaggio, prendendo poi la propria strada (del tutto autorevole, si aggiunge).

**Abuso e incertezza del diritto**

Quando si è voluto scongiurare l'ammissibilità dell'abuso del diritto, infatti, la prima cosa che si è fatta è stato puntare il dito contro l'incertezza giuridica che esso avrebbe creato per il tramite di una neo-lecita arbitrarietà decisionale[277]. Sono, questi, i timori di giuristi "alla Wendell Holmes", prettamente giuspositivisti – anche se egli non era giuspositivista – il cui compito infatti, per sua bocca, non era quello di fare giustizia ma di applicare il Diritto: per essi non esisteva il giusto e l'ingiusto, e quindi l'uso e l'abuso, ma solo il lecito e l'illecito.

**L'abuso quale strumento di composizione della frattura tra Diritto e Coscienza**

L'abuso del diritto viene anche visto, positivamente, come un istituto polifunzionale estremamente proficuo. Le sue radici moral-religiose, o più genericamente etiche, lo rendono uno strumento perfetto per il riallineamento tra volontà legislativa e coscienza sociale, laddove gli scarti tra l'uno e l'altra corrispondono a una pericolosa frattura: lì dove, infatti, l'individuo avverte il Diritto come nemico della propria coscienza, perché gli impone un comportamento immorale o perché gliene vieta uno per lui doveroso o, quanto meno, non iniquo, o ancora perché non sanziona comportamenti immorali altrui o dai riprovevoli effetti – quali quelli

276 DWORKIN R., p. 4.

277 Per tutti, RIPERT G., p. 364. *Contra*, OHANOWICZ A., p. 312: "I timori che una simile clausola [il divieto di abuso, n.d.s.] potesse violare la sicurezza giuridica e cancellare il principio <<*qui iure suo utitur neminem ledit*>> si sono dimostrati sterili poiché il Tribunale Supremo [polacco, n.d.s.] applica l'art. 5 cod. civ. più che prudentemente e soltanto in quei casi in cui il modo di agire del titolare del diritto chiaramente viola i principi della convivenza sociale, noti e riconosciuti da tutti". L'A., tuttavia, ha il pensiero evidentemente contaminato da una fortissima passione ideologica, che traspare prepotentemente dalle sue parole.

abusivi – egli sarà più portato a non adempiere l'obbligo, o a violare il divieto o a farsi giustizia da sé, perché non vede nell'ordinamento cui sottostà la giustizia che egli, come parte della società, sente di aver diritto di ottenere.

Sono queste le motivazioni – ideologiche, certo – che hanno spinto i giuristi "alla Learned Hand" a muovere guerra al formalismo giuridico, sostenendo l'istituto dell'abuso del diritto pur consci delle gravi incertezze applicative che esso avrebbe comportato, eppure motivati da uno spirito, forse anche ingenuo, di giustizia che il giuspositivismo non poteva incarnare: la frattura tra mancata sanzione giuridica e coscienza dell'iniquità del fatto sarebbe stata per tal via efficacemente sanata.

In questo senso, l'istituto avrebbe egregiamente incarnato quello *spirito correttivo* del Diritto tanto agognato, giacché mirava a punire tutto ciò che, sfuggendo all'illecito, rimaneva da sanzionare, completando la protezione normativa del singolo anche sotto il profilo morale che, ad opera del giuspositivismo, si era staccata da quello giuridico[278].

**La funzione evolutiva dell'abuso del diritto**

L'attuazione pratica dell'istituto, poi, sia esso identificato con la violazione della regola morale, o dell'interesse sociale, o del valore insito nella norma giuridica, ha però messo a nudo un ulteriore profilo di importanza dell'abuso del diritto, la sua funzione evolutiva[279].

L'abuso del diritto, lì dove se ne discute, scatena forze modificatrici che interessano l'intero ordinamento, spronando il Legislatore a far coincidere il lecito col

278 V. *supra*, par. 2. Sul punto BRECCIA U., p. 64, il quale parla di "tentativo di rendere meno stridente il conflitto fra il diritto, nelle sue utilizzazioni strumentali, e una generale istanza di moralità".

279 Esprime molto bene il pensiero ROTONDI M., p. XII "nei diritti fondati su regole precostituite – legge o precedenti – se <<*non omne quod licet honestum est*>>, - o paradossalmente se <<*summum jus*>> può essere <<*summa injuria*>> – accade che quello che non appare più <<*honestum*>> finisce per essere dichiarato illecito per opera del giudice, e – magari, in un secondo tempo – dello stesso intervento del legislatore". Conforme è il pensiero di BRECCIA U., p. 16: "Il controllo dell'abuso del diritto – o del fenomeno che vi corrisponda (comunque lo si voglia intendere) – non ha dunque bisogno di consacrazioni testuali in termini di principio; ha già certamente avuto, inoltre, e non si può escludere che possa ancora avere, ambizioni ben maggiori (segnalare regole migliori o più efficienti; riproporre la ricorrente quanto vaga aspirazione a conseguire risultati più conformi a postulati di coscienza o di equità)".
Esempio di tale funzione evolutiva è dato dalla netta presa di posizione della Corte di Cassazione, sul finire degli anni '80, in merito allo svolgimento abusivo del rapporto fideiussorio in presenza di clausola *omnibus*, poi recepita dalla novella legislativa del 1992 (ci si riferisce a CASS. 3.362/89, in Foro it., 1989, parte I, c. 2750, con note di PARDOLESI R., c. 2750, DI MAJO A. [2], c. 2753, MARICONDA V., c. 2760).

giusto e l'illecito con l'ingiusto, tranquillizzando per certi versi quella dottrina più ferocemente attaccata alla norma[280]: l'abuso che viene codificato diventa un illecito, e assicura certezza del Diritto e giustizia al suo interno[281]. E, tuttavia, prima di arrivare a questa ideale fase finale, dove si sedano le liti dottrinali sul "se" in attesa che sopraggiungano quelle sul "come", vi è un passaggio intermedio che non può essere tralasciato, e che anzi costituisce il cuore pulsante dell'intero istituto: vi è la sua applicazione.

**I sanzionatori dell'abuso: il giudice e il funzionario tributario**

L'abuso del diritto, nella sua prassi odierna, non ha che due sanzionatori: da una parte vi è la figura storica del giudice, il terzo e imparziale, indipendente decisore e solutore delle controversie altrui. Dall'altro, in tempi più recenti, il funzionario – più precisamente, il funzionario tributario – non terzo ma solo imparziale, dipendente e non indipendente, non solutore ma creatore di controversie, il quale istruisce la pratica, la esamina e valuta (non giudica) se il soggetto passivo d'imposta ha posto in essere "gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti"[282] e che, in caso di esito positivo, ne disconoscerà i vantaggi tributari chiedendo il pagamento di quanto dovuto[283].

---

280 Si veda l'opinione dell'Avvocato Generale TESAURO, punto 17 delle conclusioni presentate nel caso *Kefalas*, CGCE, C-367/96, il quale rileva come "il rischio di incontrare una lacuna nel sistema – cui in definitiva il principio dell'abuso intende ovviare, al pari di tutte le norme c.d. di chiusura – sia molto minore o del tutto assente in un sistema giuridico quale quello comunitario, in cui l'opera interpretativa del giudice e la prassi in genere riescono più facilmente ed immediatamente ad adeguare il sistema alle esigenze del corpo sociale".

281 SACCO R. [2].

282 Art. 37-*bis* co. 1 d.P.R. 600/73.

283 Come vedremo nel prosieguo, specialmente cap. III, par. 2, e cap. IV, la *valutazione* del funzionario e il *giudizio* del giudice non sono ancorati a parametri che è possibile definire del tutto oggettivi. Nell'intimo di ogni norma risiede infatti un'ideologia (CASSESE S., p. 413) e nella sua applicazione il giudice, o il funzionario, compiono inevitabilmente una scelta ideologica. Con ciò non si vuol dire, ed è bene fugare subito certi timori, che l'ideologia personale debba guidare il pensiero dell'applicatore: di ideologia si deve parlare, certo, ma solo di ideologia politica, nel senso di ideologia della "*polis*" o, più precisamente, della società. Non è, infatti, la credenza del singolo che conta – anche se ornatamente motivata – quanto la scelta ideologica consacrata nella *communitas*: "il giudizio giuridico diventa poco distinguibile dal giudizio politico. Il giudice, ed il funzionario, attuatori del diritto incarnato nella legge, conservano di se stessi l'antica immagine: marciano avanti guardandosi indietro, si servono di antiche configurazioni del

**La positivizzazione tributaria del divieto di abuso del diritto**

Poiché nel diritto italiano vige il principio di legalità dell'attività amministrativa, che trova la sua fonte nella Costituzione, agli artt. 23[284], 42 co. 3[285], 97 co. 1[286] e nell'art. 1 co. 1 della l. 241/90 sul procedimento amministrativo[287], il quale introduce anche il rispetto dei principi dell'ordinamento comunitario così come già aveva fatto il novellato art. 117 co. 1 Cost., il Legislatore italiano ha dovuto introdurre una disposizione *ad hoc* per consentire di sanzionare tutti quei comportamenti che, con fortunato attributo, sono stati definiti elusivi, in contrapposizione a quelli evasivi: una dicotomia che ricorda tanto la distinzione tra abuso e illecito.

Eppure, nonostante la presenza di una norma esplicita, posta nel rispetto del principio di legalità cui la Costituzione tiene particolarmente, l'abuso del diritto ha finito per sollevare più problemi e questioni di quanto non abbia fatto il suo omologo di

---

loro ruolo mentre, nei fatti, giocano di già i nuovi ruoli" (LEONARDI F.-AMATO V., cit. da CASSESE S., p. 416, nota 28). La tendenza a fare da giudici-legislatori è presente da decenni, possiamo dire da secoli, nella giurisprudenza di tutto il mondo, quale naturale evoluzione del ruolo del giudice da utopica bocca della legge a interprete discrezionale della norma, spesso più formalizzata nei velati *obiter dicta* che in decise prese di posizioni spiazzanti (v. ad es. TROISI B., p. 279 e ss., che ne tratta a proposito della giurisprudenza della Corte Costituzionale, la cui composizione tra l'altro è indissolubilmente legata a una valutazione politica e, quindi, ideologica, dell'interprete, ancor prima dell'interpretazione, nonché il fondamentale lavoro di CASSESE S., spec. p. 420, secondo cui "la prova migliore della necessità di una considerazione più ampia, ideologica, della sentenza del giudice, è data dall'uso frequente, da parte dei giudici italiani, di quei *dicta* che, ininfluenti per la *ratio decidendi*, rappresentano invece il segno delle preferenze, degli orientamenti, della «politica» del giudice").

E infatti ciò che spesso viene lasciato fuori dal problema, ma occorre invece sottolineare, è che il giudice, prima di applicare, deve interpretare, ma non si può chiedergli di interpretare meccanicamente, e cioè di applicare senza interpretare – sul punto è fondamentale il lavoro di ROSCOE POUND N., p. 605 e ss. – perché altrimenti non servirebbe nemmeno il giudice, basterebbe un *computer* e pochi algoritmi per consegnare la giustizia nelle mani della matematica… se di giustizia potesse parlarsi. D'altronde, valgano sopra tutti l'esempio normativo dell'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea – ricalcante l'art. 17 della CEDU – che pone al centro del divieto dell'abuso l'interpretazione, e l'esempio della giurisprudenza sia comunitaria che amministrativa italiana, le quali condizionano e hanno condizionato notevolmente la pratica delle norme, contribuendo spesso a riempirle di nuovi significati.

284 "Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge".

285 "La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale".

286 "I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione".

287 "L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai princìpi dell'ordinamento comunitario".

diritto civile. E quindi, ciò che si pensava in precedenza, che l'abuso contribuisse a migliorare la legislazione, ad allinearla al giusto, sedando le dispute dottrinarie, è forse a conti fatti una conclusione errata.

Ma allora dov'è l'errore? Perché un abuso cristallizzato, un abuso codificato quale quello rappresentato dall'art. 37-*bis* suscita accese polemiche più, forse, di quanto fece la Seconda Sezione della Suprema Corte nel 1960, scatenando la violenta reazione di uno dei più illustri giuristi dell'epoca, il quale per poco non diede degli stupidi agli avvocati e ai supremi giudici[288]?

**Il ruolo del giudice nella sanzione dell'abuso**

La risposta al quesito verrà data più avanti (v. *infra*, parte III, cap. IV), quando tratteremo delle peculiarità dell'abuso nel diritto tributario. Per il momento, continuiamo a occupiamoci della figura del giudice, e in particolare del giudice civile. Egli infatti, è il primo e il più importante decisore di casi di preteso abuso del diritto.

Abbiamo detto prima che tra l'ammissione dell'istituto nell'ordinamento e la sua eventuale cristallizzazione in norma vi è un passaggio intermedio che è costituito dall'intervento giurisprudenziale. Anzi, talvolta è proprio la giurisprudenza, anticipando la dottrina, a introdurre nuovi istituti, lasciando poi ad essa il compito di valutare se tale invenzione sia frutto di ragionamento abile o deviato. Di chiunque sia stata l'idea dell'abuso del diritto, viene comunque in rilievo l'importanza fondamentale della prassi giudiziaria, giacché è ad essa, si ritiene, più che ai libri, che si deve la diffusione e fortuna dell'istituto.

**I rischi di un giudizio di abusività**

Il giudice che si trovi davanti un caso di abuso del diritto ha davanti a sé una strada fatta di un sottilissimo filo di seta: servono innate doti di equilibrismo giuridico per percorrerlo fino in fondo, e basta una piccola distrazione per cadere nel vuoto normativo.

288 Ci si riferisce a CASS. 3040/60, con nota di SCIALOJA V. [2], il quale, ricordando una battuta di una commedia di Angelo Musco, commenta così la sentenza: "Come sono stupide – diceva alla fine il villano – le persone intelligenti!".

In altri termini, parlare di abuso è oggi per il giudice un atto rischioso: e questo sia se l'uso dell'istituto gli è stato suggerito dalle parti, sia se l'idea sia nata nella sua mente. E ciò costituisce, di solito, un deterrente all'applicazione del medesimo nel caso concreto, cercando il magistrato altre e più sicure vie per non veder riformata o cassata la propria decisione.

Per altro verso, il ricorso all'abuso è rischioso perché non si sa bene cosa sia. Come abbiamo accennato precedentemente, e come vedremo diligentemente nel prosieguo, il problema è trovare una definizione che valga per la generalità dei casi: l'abuso è illecito, ma solo per alcuni, è immoralità ma anche contrasto di interessi, è antisocialità ma pure irragionevolezza, è abnormità oppure eccesso, è deviazione dallo scopo ma pure violazione di valori[289]. In questo coacervo di definizioni, tutte apparentemente valide se calate nel contesto di riferimento, al giudice non rimane che prenderne una a caso o quella che più si avvicina alla sua coscienza, ovvero cercare sentieri più battuti, e di solito è la seconda soluzione a essere scelta.

**Utilità o inutilità di una clausola antiabuso?**

Tale fenomeno è accentuato nel campo del diritto civile, dove sembra non esistere una clausola generale di divieto di abuso del diritto[290]: ma forse, anche se vi fosse, la questione rimarrebbe pressoché inalterata, perché dire semplicemente "è vietato l'abuso del diritto"[291] vuol dire tutto e quindi nulla, e non ridurrebbe il disorientamento del giudice.

Di contro, formule come "è vietato l'esercizio abnorme del diritto", "l'esercizio sproporzionato del diritto costituisce illecito", "è deviato dallo scopo, e quindi abusivo, l'atto con cui il titolare di un diritto realizza un interesse diverso da quello per cui il diritto gli è stato attribuito" *et similia*, fornirebbero al giudice una bussola che gli consentirebbe di eliminare tutta una serie di vicoli ciechi per focalizzarsi solo su quanto gli è imposto dalla Legge.

289 Basti pensare alle parole di BIGLIAZZI GERI L., p. 174

290 Tale affermazione è parzialmente errata, come vedremo *infra*, cap. III, par. 3.

291 Art. 25.3 della Costituzione greca: "L'esercizio abusivo di un diritto non è permesso".

Ma, come ogni formula buona a orientare, essa escluderebbe tutte le altre direzioni. Se, infatti, l'intenzione del Legislatore fosse quella di sanzionare – in ipotesi – l'uso abnorme, eccessivo, sproporzionato, ne deriverebbe l'automatica esclusione di ogni rilevanza giuridica dell'abuso quale violazione di principi morali o di valori sottesi alla norma attributiva del diritto. E ciò perché, si ragionerebbe, se il Legislatore ha delimitato scientemente il campo, scegliendo la via dell'uso sproporzionato – come la Corte di Giustizia Europea – non vi sarebbe spazio per un giudizio di tipo morale, o per un'indagine sui valori, e finanche per una ricerca dello scopo del diritto abusato, ma il magistrato sarebbe costretto a rimanere nell'ambito molto più delimitato della sproporzione: egli sarebbe, allora, giudice degli interessi, e null'altro potrebbe fare se non una valutazione comparativa dei medesimi, in base a criteri più o meno oggettivi.

**Le naturali difficoltà applicative di una clausola anti-abuso**

Ma quand'anche vi fosse una formula legislativa atta a dare le coordinate giuridiche necessarie, essa potrebbe non essere di così facile ed esatta applicazione. Come aveva modo di constatare un'illustre dottrina straniera, peraltro con esperienza di giudice del supremo consesso[292], "il linguaggio di una legge si rivela a volte ambiguo, vago, oscuro e polisemico. Espressioni quali «ragionevole», «negligente», «buona fede», «veicolo», ed infinite altre abbondano nei testi di legge. Tutte presentano molteplici significati; ne deriva che il contenuto della norma giuridica non sempre si presta ad un'unica possibilità interpretativa"[293], e subito dopo afferma: "I principi sono regole comportamentali basate sui valori etici quali la lealtà, la giustizia e la morale ed assolvono a varie funzioni nel diritto […] Un'illustrazione di questa situazione è data dalla Sezione 30 del diritto contrattuale israeliano (Parte generale), 1973, che stabilisce che un contratto immorale è da considerarsi invalido. Un altro esempio è offerto dalla Sezione 31 della medesima legge (parte generale) che autorizza la corte ad esimere una parte dall'obbligo di restituzione in un contratto illegale, «se risulti giusto farlo». Queste

292 BARAK A., p. 50.

293 Sul problema del linguaggio v. pure Rescigno P. [2], p. 37. Conformi all'idea appaiono anche ATIENZA M.-RUIZ MANERO J.

due regole recano insiti due principi (moralità e giustizia). Gli esempi sono numerosissimi in tutti i testi di legge. Alla formulazione dei principi, tuttavia, non si accompagna una specifica elencazione delle fattispecie cui si applicano; essi costruiscono invece il punto di partenza nel processo di valutazione e ponderazione che compete al giudice"[294].

**La molteplicità contenutistica dell'abuso**

Nel leggere queste parole, sentiamo riecheggiare in esse il verbo antico dell'abuso del diritto. Effettuando una ricognizione delle varie posizioni proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza delle diverse parti del mondo, troviamo – come più volte abbiamo avuto modo di dire – un coacervo di nozioni: si passa dall'immoralità all'antisocialità, al criterio dello scopo a quello del valore, dall'interesse alla sproporzione. Essi sono i frutti di tentativi volti a trasporre in ambito giuridico una questione morale, come detto, alla continua ricerca di una verità giuridica oggettivamente e universalmente valida, ma che per la natura stessa del fenomeno, e per la polivalenza dei termini che vi ineriscono, è in grado di riempirsi di più contenuti ugualmente validi.

Così l'immoralità del diritto può essere tale per una coscienza religiosa (di qualunque professione di fede) o laica (di qualunque classe sociale sia predominante all'interno della società). Se poi volessimo parlare di scopo potremmo rifarci alle ideologie del liberismo e del socialismo, così come abbiamo avuto modo di esaminarle precedentemente (v. *supra*, par. 2). Quando si parla di ragionevolezza, ci si riferisce a una diversità di significati tutti egualmente validi nel loro specifico settore[295], eppure tutti necessitanti una giustificazione caso per caso, quasi come non esistesse una ragionevolezza, ma solo una ragionevolezza nel caso concreto.

Proseguendo, dire uso abnorme potrebbe significare uso eccessivo, ma anche uso sproporzionato: nel primo caso forse non vi sarebbe bisogno di scomodare l'abuso,

294 BARAK A., p. 53.
295 RESTIVO C., p. 250, in particolare nota 216.

potendo il giudice prevenire le critiche parlando semplicemente di illecito[296], ma quando si passa dall'eccesso alla sproporzione, si aprono le porte della comparazione – anche qui caso per caso – degli interessi contrapposti, quello soddisfatto e quello sacrificato.

**L'abuso quale problema interpretativo**

Più si approfondisce il discorso, insomma, più sembra che la questione dell'abuso non sia tanto un problema nozionistico quanto un problema interpretativo. È stata criticata la visione immorale dell'abuso, perché il Diritto non si occuperebbe di etica ma solo di liceità: eppure siamo convinti che ognuno dei nostri lettori avrebbe avuto l'anima un po' più quieta se il caso di Mr. Pickles si fosse concluso con la sua condanna (v. *supra*, par. 1). Il problema del giurista dell'epoca era quello di coniugare il sentimento con la ragione, e ciò fece la dottrina dell'Europa continentale cercando di ricorrere a strumenti ed espedienti linguistici il più possibile scientifici.

Così la teoria dell'antisocialità, della sproporzione, dell'abnormità, dell'irragionevolezza e dell'assenza di legittimo interesse, della deviazione dallo scopo e della violazione del valore sotteso al diritto: tutte queste teorie hanno cercato, nel tempo, di cristallizzare l'abuso morale in concetti giuridici, a volte indeterminati e anche vaghi, ma sempre formalmente giuridici e, quindi, salvifici sia della struttura dell'ordinamento così come scientificamente costruito, che della propria coscienza, acquietata dalla protezione che l'abuso del diritto, affiancato all'illecito, avrebbe garantito.

**Il giudice quale necessario definitore dell'abuso**

Che poi tale protezione sarebbe stata affidata al giudice era cosa ovvia e scontata: non era possibile predeterminare a priori ogni sequenza possibile di abuso, giacché l'eredità medievale del diritto ne forniva esempi dei più vari[297], e l'unico modo per consentirne la sanzione era fornire al giudice uno strumento flessibile che si potesse riempire di contenuto antigiuridico ogni qual volta il caso l'avesse richiesto: irragionevolezza, sproporzione, valori, interessi, tutti concetti indeterminati ma

296 SACCO R. [2]. Per la distinzione tra eccesso e abuso v. *infra*, cap. III, par. 1.
297 Per una rassegna, SCIALOJA V. [1]. V. pure *supra*, par. 1.

determinabili in via interpretativa non sono altro, nella teoria dell'abuso, che *significanti di discrezionalità*: i significati sono rimessi all'interpretazione giudiziale, perché il loro contenuto non può che formarsi nell'esame del singolo caso concreto.

**Discrezionalità e arbitrio nell'attività decisoria**

Si apre qui il discorso, pertanto, della discrezionalità o, per meglio dire, dell'arbitrarietà del giudizio. Se, infatti, di discrezionalità di parlasse, non vi sarebbe alcun problema, così come non si avverte (tanto) il rischio di arbitrio per la positivizzazione della regola della buona fede. Nel momento, tuttavia, in cui un soggetto esterno al rapporto viene ad ottenere il potere, e la legittimità d'esercizio di quel potere, di valutare se l'assetto di interessi è ragionevole, se lo scopo perseguito sia meritevole o meno, se la condotta è morale o immorale, se l'esercizio di un diritto sia abnorme, eccessivo, sproporzionato o normale, ordinario, bilanciato e dunque lecito, si apre la giungla dell'arbitrarietà: l'interprete, nel nostro caso il giudice, non è più tale, perché l'interprete ha qualcosa da interpretare, che non può che essere la norma. Nel momento in cui si slega l'attività giurisprudenziale dalla regola scritta (anzi, meglio sarebbe dire "scritta e circoscritta" perché, come abbiamo visto, a nulla servirebbe dire "è vietato l'abuso del diritto"), il giudice non si trova più di fronte una strada più o meno lastricata, ma una distesa senza confini, in cui perde inevitabilmente l'orientamento e in cui ogni via non è né giusta né errata perché non esiste un parametro che tale la qualifichi. E così è l'arbitrio, ovvero il porre il decisore di fronte a una scelta senza fornirgli gli strumenti per compierla: egli ne troverà di propri, qualunque essi siano, e saranno per lui giusti perché scelti, e non scelti perché giusti[298].

298 Sono calzanti, in tal senso, le parole di MENGONI L., p. 17: "Il giudice deve disporre di un catalogo di tipi normali di comportamento e di *standards* valutativi socialmente accettati, che gli forniscano linee direttive, criteri orientativi per la ricerca della decisione". V. pure di recente, sul tema del ruolo del giudice, VELLUZZI V., p. 24: "È possibile individuare tre temi ricorrenti nella giurisprudenza che usa il sintagma clausola generale, ossia: *a)* le clausole generali sono norme o parti di norme elastiche, indeterminate; *b)* ciò comporta la necessità di una loro integrazione da parte del giudice per poterne determinare il significato; *c)* tale integrazione (a volte denominata "concretizzazione") è un giudizio di valore che può essere compiuto sulla base di svariati criteri (in certune occasioni denominati "standard")".

**Il falso dogma della certezza del diritto**

Allora, non vale tanto dire che l'abuso mina la certezza del diritto, perché è l'abuso abbandonato a se stesso, l'abuso senza criteri valutativi, l'abuso senza un contenuto ben individuato che la inficia: occorre quindi domandarsi quali debbano essere i suoi elementi costitutivi e il suo proprio contenuto, nella cornice del nostro quadro ordinamentale, per potersi parlare di un istituto giuridico veramente ammissibile. E tale operazione non può essere bloccata per un sopraffacente inutile sentimento di terrore nei confronti di una presunta aleatorietà giudiziale, giacché, nelle parole di un Maestro, deve cedere "il dogma della certezza del diritto, e non perché non si vuole certezza del diritto, ma perché non si vuole una certezza formalistica e farisaica, che diventa strumento di abuso e di approfondimento, ma piuttosto si vuole certezza di rapporti giuridici giusti" [299] e "cede anche il dogma della « santità » del contratto, e non perché non sia importante il tenere fede alla parola data, ma perché si vuole che l'impegno contrattuale sia onestamente assunto e onestamente eseguito"[300].

299 BIANCA C. M. [1], p. 215.
300 ID. p. 216.

# CAPITOLO III

# L'ILLECITO ABUSIVO

SOMMARIO: 1. L'ELEMENTO OGGETTIVO DELL'ILLECITO ABUSIVO: L'ESERCIZIO LECITO – 2. (SEGUE): LA CONDOTTA ILLECITA – 3. IL GIUDIZIO SULL'ABUSIVITÀ DELLA CONDOTTA: FORME E LIMITI DEL SINDACATO GIURISDIZIONALE – 4. L'ELEMENTO SOGGETTIVO DELL'ILLECITO ABUSIVO: IL DOLO SPECIFICO DI DANNO E DI VANTAGGIO – 5. LA DEFINIZIONE DI ILLECITO ABUSIVO

## 1. L'ELEMENTO OGGETTIVO DELL'ILLECITO ABUSIVO: L'ESERCIZIO LECITO

Chiarite le spinte morali e ideologiche che stanno alla base della dottrina dell'abuso, si spiega l'esigenza imprescindibile di agganciarne il divieto a disposizioni normative ben, seppur variamente, individuate, principalmente convergenti sulla buona fede, nell'affannosa ricerca di una riconduzione a sistema che implichi discrezionalità decisoria innovativa ma non travolgente, rivoluzionaria in forma mite, dalla casistica indeterminata ma determinabile, certa nella sua naturale incertezza[301].

301 "La riconduzione di tutti i ricordati riferimenti normativi ad una regola unitaria e generale di comportamento secondo buona fede non ha tuttavia favorito il consolidarsi di una nozione di buona fede univoca e determinata nei contenuti. Tanto che nella dottrina e nella giurisprudenza in tema di buona fede, e persino nei manuali istituzionali, non si rinviene una vera e propria nozione di buona fede. Molto spesso gli intenti definitori della buona fede si risolvono nella indicazione di sinonimi: «correttezza e lealtà»; «rispetto della parola data, protezione degli affidamenti suscitati»; «comportamento onesto»; «fedeltà ad un accordo concluso» e «impegno all'adempimento delle altrui aspettative»; «solidarietà»; «cooperazione»" (BESSONE M.-D'ANGELO A., p. 2).
Afferma giustamente a proposito della buona fede CATTANEO G., p. 640, che "i confini della regola sono tutt'altro che precisi, com'è naturale del resto, dal momento che non si stratta qui di definire un concetto dogmatico, ma di indicare una direttiva tendenziale per l'applicazione di una clausola generale". Ma in tal senso depone pressoché tutta la dottrina italiana. È stata così rilevata la "impossibilità di una definizione precisa ed aprioristica del contenuto normativo delle regole della correttezza e della buona fede" (NATOLI U. [1], p. 28). Si è detto che

**Criteri normativi e criterio di condotta**

Quando si parla di abuso, infatti, ci si riferisce a un comportamento apparentemente lecito ma, di fatto, illecito perché produttore, anche potenziale, di danni ingiusti. Partendo da questa affermazione, che non trova discordi, si pretende di giustificarne la sanzione attraverso una varietà di criteri che si focalizzano o sulla norma – così i criteri dell'interesse[302], del valore[303], dello scopo[304] e finanche della funzione[305], ovvero sul tipo, sul modo, sulle circostanze e sugli effetti dell'esercizio (in una parola, sulla *condotta*): anticipiamo già che la nostra preferenza va a questa seconda posizione – sebbene la prima non venga del tutto abbandonata, come vedremo – e riteniamo doveroso dare fin da adesso un chiarimento essenziale, prima di procedere oltre nella trattazione.

**L'esercizio lecito quale primo elemento oggettivo costitutivo dell'abuso**

Il processo logico che porta a qualificare abusiva o meno la condotta di un soggetto titolare di un diritto non può concentrarsi sull'*esercizio* – inteso sia quale "uso" che come "non uso"[306] – del diritto medesimo, perché l'elemento che caratterizza questo tipo d'illecito e gli attribuisce così dignità di categoria autonoma è proprio la *conformità*

302 PINO G. [1][2], RESTIVO C.

303 GIORGIANNI V.

304 PORCHEROT E., MESSINETTI D., CASS. 2.014/75, in Giust. civ., 1975, fasc. 11, parte I, p. 1704, con nota di MORELLI M. R.: "Si incorre in violazione di tale normativa [buona fede, n.d.A.], in caso di abuso del diritto, e cioè di alterazione funzionale di esso, come quando si esorbiti dalle finalità per le quali il diritto è concesso".

305 ROMANO SALVATORE [1], p. 169, il quale tuttavia riconduce alla violazione della funzione attribuita all'atto dalla norma anche l'ipotesi di "condotta contraria alla buona fede o comunque lesiva della buona fede altrui" poiché "in sostanza, il regime degli atti in questione, nella forma della mancanza di tutela, implica impedimento a conseguire o a conservare i vantaggi ottenuti – e i diritti connessi – mediante atti di per sé strutturalmente idonei; questi atti però appaiono inficiati da un concorso di circostanze soggettive che ne alterano o violano in una o in un'altra direzione quella normativa di correttezza che è regola privata di cui però l'ordinamento statuale fa espresso richiamo nella sua disciplina dei rapporti dell'autonomia privata".

306 In proposito si richiama sempre come esempio l'istituto germanico della *Verwirkung*, che però non è mero "non uso" del diritto ma viene in rilievo nel caso in cui "se qualcuno attende così a lungo a far valere il proprio diritto che a causa del suo comportamento anteriore si origini nella controparte il legittimo affidamento che il diritto non sarà più esercitato, l'esercizio di questo diritto può essere paralizzato dall'eccezione di abuso. In altri termini la *Verwirkung* è una sorta di decadenza pretoria fondata sul fatto che il creditore ha tardato troppo, anche se nei termini della prescrizione legale, a far valere le proprie pretese, ingenerando nel debitore la convinzione di potersi considerare di fatto liberato" (LEVI G., p. 15). La *Verwirkung* è allora un abuso bifasico, giacché richiede dapprima un non uso prolungato e, prima della perdita del diritto o della possibilità di esercitarlo, il suo esercizio, a distanza di un lasso di tempo consistente.

del fatto alla fattispecie: per dirla in altri termini, a nulla serve vedere, ed è una vera e propria perdita di tempo, se l'esercizio del diritto è in effetti un esercizio *contrario* alle norme che lo regolano, perché esso non può che essere *pienamente rispondente* a esse, pena l'inqualificabilità del fatto come abusivo.

**Il *venire contra factum proprium* e la *Verwirkung***

Ciò è tanto più evidente nelle ipotesi del c.d. *venire contra factum proprium*[307] – categoria di comportamenti qualificati classicamente abusivi – consistenti nel "comportamento anteriore di una parte, che, sebbene lecito, appare incompatibile con l'esercizio successivo di una situazione soggettiva o, comunque, con l'applicazione di una norma o clausola in suo favore"[308] e dove il comportamento anteriore, è bene precisarlo, può consistere tanto in un'azione quanto in un'omissione, realizzandosi in tale ultimo caso la classica struttura bifasica – non uso e poi (ab)uso – della *Verwirkung*[309] (in it., lett., *decadenza*), ove il prolungato mancato uso del diritto abbia generato nella controparte una legittima aspettativa che esso non verrà più esercitato, seppur ancora né prescritto o decaduto, richiedendosene al titolare una tempestività d'esercizio che ricorda quasi l'antica formula matrimoniale del parli adesso oppure taccia per sempre[310].

**Il discrimine della liceità dell'esercizio del diritto: l'esempio dell'eccesso dell'usufruttuario**

In presenza di una difformità tra esercizio di un diritto e norma disciplinante quell'esercizio, dunque, *non serve e sarebbe del tutto errato* scomodare l'istituto dell'abuso, ma si dovranno chiamare in causa altri, diversi ma più pertinenti, illeciti,

307 Si vedano, per la giurisprudenza comunitaria, i casi C-110/99, EMSLAND-STÄRKE, e C-373/97, DIAMANTIS. Per l'analisi delle sentenze che hanno deciso le cause si rinvia al successivo par. 4.

308 CATTANEO G., p. 641.

309 Si legga, anche in questo caso la sentenza resa dalla CGE per la causa C-373/97, DIAMANTIS, commentata *infra*, par. 4.

310 Per l'analisi dell'istituto si legga PATTI S. [2], p. 722 e ss., secondo cui l'esigenza della *Verwirkung* "si avvertì in occasione del crollo del marco, che spinse all'abbandono del principio del valore nominale dei debiti pecuniari e all'ammissione della valutazione giurisprudenziale dei crediti (*freie Aufwertung*). Al creditore venne così concessa la possibilità di agire per la rivalutazione del credito ma, tenendo conto dell'esigenza del debitore di conoscere nel più breve tempo possibile l'entità della prestazione da eseguire, la giurisprudenza considerò decaduto dal diritto di rivalutazione chi fosse rimasto così a lungo inattivo da creare nel debitore la convinzione che il diritto non sarebbe stato più esercitato". Per la giurisprudenza, si legga il punto 44 della sentenza della Corte di Giustizia Europea, C-373/97, DIAMANTIS, da noi commentato *infra*, par. 6, relativo sia a un'ipotesi di *venire contra factum proprium*, sia di *Verwirkung*.

precontrattuali, contrattuali o extracontrattuali: così, ad esempio, l'usufruttuario che *ecceda* i limiti del proprio diritto non commette abuso, seppur la lettera dell'art. 1015 c.c. faccia intendere diversamente, ma una diversa fattispecie, ad esempio la vendita di cosa altrui, commettendo un eccesso di diritto, perché il comportamento ivi descritto non risponde alla fattispecie descritta dal Legislatore in ordine al contenuto, e quindi alle prerogative, del diritto medesimo, ma appunto eccede, va oltre, supera i confini legali del tipo giuridico[311], quantomeno nei casi previsti dall'elencazione esemplificativa contenuta nel primo comma dell'art. 1015 c.c.: l'alienazione dei beni, il deterioramento e il perimento per mancanza di ordinarie riparazioni sono, infatti, comportamenti contrari al diritto di usufrutto nel suo contenuto, e pertanto non si può parlare di abuso – che è, in tal caso, cosa scorretta – bensì al più di illecito *sic et simpliciter*[312], e così pure nel caso dell'usufruttuario che esegua, o acconsenta all'esecuzione, di opere che mutino la destinazione economica del bene su cui cade il diritto stesso, per il quale si dovrà concludere con un giudizio positivo di illiceità *non abusiva*, per contrarietà del comportamento al contenuto del diritto medesimo, così come stabilito espressamente dall'art. 981 co. 1 c.c.[313]. Del pari, è da ritenersi *non abusivo*, ma comunque illecito, il comportamento dell'usufruttuario di azienda agricola che non sostituisca gli alberi fruttiferi che periscono o quelli divelti o spezzati per accidente, e ciò per la diretta violazione dell'art. 991 c.c., afferendo la disposizione alla conservazione del bene, quale limite *contenutistico* del diritto.

**I casi di abuso di usufrutto di partecipazioni sociali…**

Non sono mancate, tuttavia, occasioni giurisprudenziali per qualificare correttamente abusivi taluni comportamenti dell'usufruttuario – in forza, dunque, di un lecito esercizio del diritto come ci siamo premurati di specificare precedentemente –

311 BUSNELLI F. D.-NAVARRETTA E., p. 181, i quali in modo assolutamente corretto affermano che la distinzione dell'abuso "dall'eccesso dal diritto non si colloca sul crinale che separa la dimensione normativa da quella etica e sociale, ma si identifica piuttosto con la separazione tra differenti tipologie di norme e di giudizi ad essa correlati".

312 VIARO S., p. 18

313 Lo qualifica invece abusivo CASS. SS. UU., 1.571/95. Sul problema dell'abuso dell'usufruttuario v., di recente, ANGRISANI A., pubblicato su www.comparazionedirittocivile.it. e LAMANUZZI A.

quali, ad esempio, il caso in cui si accerti la volontà dell'usufruttuario di quote societarie di esercitare i relativi poteri al fine di danneggiare i nudi proprietari (del pari quando a compiere l'abuso sia il creditore garantito da pegno su quote, abusando del diritto di garanzia e contro cui è proponibile domanda di sequestro *ex* art. 2793 c.c.[314]), votando a favore dello scioglimento anticipato della società[315] ovvero paralizzandone l'attività attraverso il rifiuto di votare[316]: prerogative, queste, che spettano indubbiamente al titolare del diritto in parola e che non possono subire, sotto questo stretto profilo d'esercizio, alcuna censura, rientrando il comportamento a pieno titolo nel contenuto del diritto concesso all'usufruttuario.

**… e di abuso di usufrutto di azienda**

Allo stesso modo sarebbe poi da ritenersi abusiva la condotta dell'usufruttuario di azienda che venda la merce a un prezzo illogicamente elevato, e ciò per evidente irragionevolezza della scelta, al fine di danneggiare il nudo proprietario o anche per favorire un concorrente[317].

**Distinzione tra eccesso e abuso: limiti interni ed esterni al diritto**

Ne consegue la necessità di distinguere, come correttamente ha fatto una parte della dottrina, tra abuso ed eccesso di diritto[318]. La differenza tra i due, infatti, risiede proprio nella diversità dell'elemento oggettivo, che nel primo caso vede un esercizio del diritto *conforme* alle proprie norme regolatrici, mentre nel secondo esso è difforme, poiché in contrasto con i limiti intrinseci del diritto, essendosi appunto *ecceduto* nel suo uso. L'eccesso di diritto allora, altro non è che un illecito *tout court*, caratterizzato da un esercizio *ex se* estraneo ai *limiti contenutistici* del diritto e che, per ciò solo, genera o può generare danni ingiusti risarcibili: nelle parole di attenta dottrina, "l'eccesso dal diritto

314 TRIB. BOLOGNA ord. 6 dicembre 2000.

315 TRIB. MARSALA, ord. 21 luglio 2005, su reclamo avverso ordinanza resa *ex* art. 700 c.p.c. dal TRIB. MARSALA, 7 giugno 2005, commentata da NARDELLI M., p. 412. Qui invero potrebbe discutersi se si possa trattare di un abuso o meno, considerato che se da un parte l'esercizio di voto è lecito, dall'altro lo scioglimento del vincolo contrattuale societario farebbe venir meno le quote stesse su cui cade il diritto parziario, cosicché si verserebbe nell'ipotesi d'illiceità non abusiva della distruzione volontaria del bene.

316 TRIB. BOLOGNA, ord. 12 luglio 2001, TRIB. SALUZZO, ord. 28 giugno 2000.

317 Si pensi pure al caso in cui il soggetto non sia soltanto usufruttuario dell'azienda, ma anche titolare di altra attività concorrente o socio dell'ente che la svolga.

318 NATOLI U. [1], p. 37, ROMANO SALVATORE [1], p. 168, punto 1); SANTORO-.PASSARELLI F., pp. 76-77, invece, ripudia la categoria dell'abuso facendola confluire in quella dell'eccesso.

implica un superamento di limiti, più o meno generali, ma comunque determinati in astratto e *a priori*. L'abuso del diritto coinvolge, viceversa, una tipologia di regole che permettono una valutazione giudiziale *a posteriori*"[319].

**I binomi *limiti astratti-limiti concreti* ed *eccesso-abuso del diritto***

Va però segnalato che non sempre alla distinzione tra limiti astratti determinati a priori e limiti concreti rinvenibili a posteriori corrisponde quella tra eccesso e abuso del diritto: così nel caso di previsione dell'importo massimo garantito *ex* art. 1938 c.c., e ancor di più nel disposto dell'art. 49 co. 1 secondo periodo del d.lgs. 231/07 (per entrambi v. *infra* nel prosieguo, spec. par. 3), laddove prevede un limite astratto e predeterminato alla circolazione dell'uso del contante per evitare l'elusione normativa mediante pagamenti frazionati[320], si dovrà correttamente parlare non di eccesso, bensì di abuso, sebbene i limiti non pongano dubbi in ordine alla loro natura astratta e predeterminata, sottratta come tale a un sindacato giudiziale *ex post*. Ci sembra dunque più corretto affermare che mentre l'eccesso di diritto implica il superamento di limiti interni al diritto, afferenti il suo contenuto, l'abuso del diritto si attua nel rispetto dei limiti contenutistici interni e contemporaneamente nella violazione di limiti esterni al diritto stesso, consistenti nelle regole di condotta che all'esercizio del medesimo attengono, e ciò indipendentemente se detti limiti siano astratti e predeterminati ovvero concreti e rilevabili solo in via differita.

**Liceità d'esercizio del diritto: gli atti emulativi**

Ne consegue dunque l'inutilità di ricercare l'abuso nell'esercizio del diritto il quale non è *apparentemente* lecito, come è stato da sempre erroneamente sostenuto, ma

319 L'affermazione merita due precisazioni. Vero è che il giudizio abusivo è un giudizio necessariamente *ex post*, perché la valutazione della *condotta* (v. *infra*, nel presente paragrafo) è fatta in base a parametri che si riempiono di contenuto in base alle ideologie e ai sentimenti del tempo del giudizio. Ciò non toglie, tuttavia, che la prassi giurisprudenziale sia in materia ricchissima e, pur non consentendone la certezza, quantomeno di fronte a taluni atteggiamenti impone al titolare del diritto di porsi il dubbio se, eventualmente, la sua condotta potrà essere ritenuta o meno abusiva: si pensi ai ben noti casi del *venire contra factum proprium*, dell'assenza di utilità per l'agente, della manifesta sproporzione tra pregiudizio che si potrebbe arrecare e vantaggio che si intende conseguire.

320 Art. 49 - Limitazioni all'uso del contante e dei titoli al portatore. 1. E' vietato il trasferimento di denaro contante o di libretti di deposito bancari o postali al portatore o di titoli al portatore in euro o in valuta estera, effettuato a qualsiasi titolo tra soggetti diversi, quando il valore oggetto di trasferimento, è complessivamente pari o superiore a 1.000 euro. Il trasferimento è vietato anche quando è effettuato con più pagamenti inferiori alla soglia che appaiono artificiosamente frazionati.

*assolutamente e veramente lecito*[321], perché chi sostituisce una siepe divisoria che dona amenità al terreno con un muro di cemento per tutelare maggiormente la propria *privacy* e impedire ai vicini la *inspectio* nel proprio fondo, rovinando loro la veduta[322], ovvero chi fa lo stesso costruendo diverse baracche[323] sul proprio terreno o collocando piante ad alto fusto sul proprio terrazzo[324], chi realizzi su strada privata un marciapiede più alto del normale ostacolando il passaggio di automezzi dell'impresa edile confinante[325] o chi installa sul muro di recinzione di un fabbricato comune un contenitore di metallo dall'aspetto di una telecamera puntata sul balcone del vicino[326] pone in essere, dal punto di vista meramente oggettivo, un lecito, legittimo e legale esercizio del proprio diritto dominicale, che non può essere giudicato diversamente.

**L'art. 840 co. 2 c.c. quale *species* di atto (abusivo) emulativo**

In conseguenza deve pure ritenersi abuso, e non eccesso, il comportamento vietato dall'art. 840 co. 2 c.c.[327], nonostante autorevolissimi pareri contrari[328]: tornando a quanto dicemmo a suo tempo (v. *supra*, parte I, cap. I, par. 3) l'interesse rimane estraneo al contenuto della proprietà e in generale delle situazioni giuridiche soggettive – ad eccezione delle potestà (v. *supra*, parte I, cap. I, par. 5) – servendo da elemento costitutivo dell'illecito, quale limite esterno al diritto, e non da elemento costitutivo negativo della liceità del comportamento, quale limite interno. In altri termini, l'art. 840 co. 2 prevede una fattispecie illecita, ma non per questo intacca il contenuto della

321 SCHLESINGER P., p. 460, il quale scrive che "l'abuso non arresta il diritto (o il potere), che quindi conserva integrale legittimità, sebbene, in via eccezionale, un potere giudiziario ne possa cancellare, in forza di un'*aequitas*, la sua operatività". Tuttavia, *ibidem*, egli afferma pure che "a me non pare che «abuso del diritto» (o del potere) e «buona fede» vadano costruite come figure interdipendenti […] a mio avviso si tratta invece di nozioni da tenere ben distinte, anche se, ovviamente, sussistono tra loro generiche comunanze, ispirazioni morali apparentate". Appaiono così errate le qualificazione di abusività emergenti talvolta dalla giurisprudenza della *Curia* Europea, in particolare in C-206/94, PALETTA II, C-63/99, GLOSZCZUK, C-235/99, KONDOVA.

322 CASS. 3598/12.

323 TRIB. L'AQUILA, n. 236 del 22 ottobre 2009.

324 TRIB. NAPOLI, 20 febbraio 1997, in Giur. merito, 1998, fasc. 1, parte I, p. 33 e in Danno e resp., 1997, p. 615 e ss., con nota di BRUNETTI E.

325 TRIB. BOLOGNA, n.190 del 24 gennaio 2008.

326 CASS. 5421/01.

327 "Il proprietario del suolo non può opporsi ad attività di terzi che si svolgano a tale profondità nel sottosuolo o a tale altezza nello spazio sovrastante, che egli non abbia interesse ad escluderle".

328 CARRARO L., p. 795, BUSNELLI F. D.-NAVARRETTA E., p. 194.

proprietà, che rimane quello fissato dall'art. 832 c.c., i cui limiti, necessariamente, rimangono estranei al contenuto stesso, tracciandone i confini esterni e non interni, pena altrimenti la conclusione che ogni norma limitativa del diritto di proprietà per ciò solo ne intaccherebbe il contenuto. Il diritto di proprietà è infatti "diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo" – contenuto del diritto, che ne traccia i confini interni – "entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico"[329] – norme di divieto, che ne tracciano il perimetro esterno.

È chiaro, dunque, che l'art. 840 co. 2 c.c. prevede un illecito abusivo perché l'opposizione del proprietario non è *ex se* illecita, ma diviene tale solo quando è carente di un interesse (sulla falsariga dell'art. 833 c.c., e c'è da chiedersi se non sarebbe bastata tale previsione per sanzionare questi comportamenti), e cioè quando l'opposizione è *irragionevole*, per assenza di un vantaggio nonostante il pregiudizio altrui: ci sembra dunque più corretto ritenere l'art. 840 co. 2 un illecito abusivo, più in particolare una previsione speciale rientrante nel *genus* degli atti emulativi[330].

## 2. (SEGUE): LA CONDOTTA ILLECITA

Scartata l'utilità di concentrarsi sull'illiceità nell'esercizio del diritto – che, anzi, caratterizza l'abuso del diritto proprio in quanto esso rimane, a tutti gli effetti, lecito – il discrimine tra uso e abuso deve essere allora ricercato altrove, e non può essere individuato se non partendo dall'ambito del generale dovere di solidarietà sociale - di

329 Art. 832 c.c. Previsione, quest'ultima citata, oggi forse superflua, ma necessaria nel clima culturale dell'epoca, giacché ogni posizione giuridica deve pacificamente rispettare i limiti e i doveri imposti dall'ordinamento giuridico, a prescindere da un'espressa previsione in tal senso.

330 Dire infatti che è emulativo l'atto che non abbia altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri significa dire, con parole diverse ma di significato identico, che il proprietario da quell'atto non consegue alcuna utilità e, quindi, che non vi sia altro interesse a compierlo se non quello di nuocere o recare molestia ad altri. In tal senso, d'altronde, è orientata pure la giurisprudenza sul tema.

cui al nostro attuale art. 2 della Costituzione – declinato principalmente – ma non solo, come vedremo a breve – nella buona fede civilistica.

**La correlazione di giudizio tra esercizio e conseguenze**

Tuttavia, tale indagine è stata per lungo tempo impedita dalla imperante concezione giuspositivista dell'epoca: finché, infatti, non si è scisso il comportamento dalle conseguenze e, cioè, l'esercizio del diritto dalle conseguenze di tale esercizio, la giustizia del danno è stata fatta derivare logicamente dalla liceità del momento fattuale (l'esercizio del diritto, appunto), cosicché un fatto lecito non poteva che avere conseguenze lecite: ragione questa, di ripudio dell'istituto dell'abuso.

**La necessaria scissione tra esercizio e conseguenze**

L'ammissibilità della categoria risiede, infatti, proprio in tale scissione, che fonda due diversi giudizi, quello sulla liceità *dell'esercizio* – uso o non uso – e quello sulla liceità del *pregiudizio* (non del danno)[331], il quale non è più considerato, o meglio, presunto *juris et de jure* lecito (e cioè giusto) perché conseguenza di un atto o un fatto lecito (anch'esso, come tale, giusto), ma richiede una valutazione *ad hoc* che non si limiti al raffronto tra quanto posto in essere e quanto consentano le norme che regolano il diritto esercitato, ma si spinga a considerare l'atto o il fatto conforme o meno ai doveri di solidarietà sociale imposti dall'art. 2 della Costituzione[332].

Analisi, questa, che oggi l'interprete deve compiere con riferimento a qualunque ipotesi di comportamento umano – non potendo certo limitarsene l'applicazione al campo dell'abuso – ma che nello specifico tema qui trattato trova una sua classica collocazione nel raffronto tra quanto posto in essere in conformità al contenuto del

331 Si vuole qui andare contro corrente, poiché a nostro avviso una cosa è il danno, una cosa il pregiudizio, e non si dovrebbe parlare più, con riferimento all'illiceità, di "danno ingiusto" – perché esso, ontologicamente, è un qualcosa di negativo – ma solo di danno (lapalissianamente ingiusto). Il termine assiologicamente neutro più idoneo appare, per noi, quello di pregiudizio, che ben può essere giustificato dall'ordinamento e quindi essere anche giusto – lecito – oltre che ingiusto – danno – sebbene allo stato attuale non si possa obiettare molto, data la ricorrente lettera legislativa che ancora parla di danni ingiusti, ad esempio nell'art. 2043 c.c. L'uso del termine "pregiudizio" risulta comunque per noi più funzionale quando si debba discutere della *ragionevolezza* della condotta posta in essere dal titolare del diritto: sul punto v. *infra*, nel presente paragrafo.

332 V. *supra*, Premessa, nota 2.

diritto esercitato e il canone di buona fede, quale declinazione civilistica del menzionato dovere di solidarietà.

**L'illecito abusivo e la clausola di buona fede**

Lo sforzo ricostruttivo in chiave giuridica del fenomeno abusivo, infatti, si è necessariamente orientato alla ricerca di una norma, di un principio, di una disposizione che consentisse di dare patente giuridica a un illecito morale, riavvicinando i due ordinamenti regolatori della nostra vita di relazione al fine di realizzarne l'utopia della coincidenza.

Tale sforzo è finito per giungere alla conclusione, nelle esperienze statali a noi più vicine, che fondamento normativo dell'istituto dell'abuso è il principio di buona fede, quale clausola generale in grado di imporre il rispetto dell'etica nella condotta altrui[333]: storicamente, poi, non è mancato pure chi ha (con)fuso il concetto di buona fede con altri, come l'equità[334] e la diligenza[335], sostanzialmente inglobandosi le seconde

333 La buona fede, infatti, afferma CATTANEO G., p. 618 da un lato "si rivela tipicamente come una norma «in bianco», che autorizza decisioni non fondate su precisi testi di legge o sulla volontà privata, ma ispirate a criteri etici o giuridici non codificati. Dall'altro, è anche certo però che la buona fede presenta storicamente un legame con certi particolari valori, specie in relazione alle esigenze del traffico negoziale, i quali la differenziano da altri «concetti-valvola», simili ad essa sotto il primo aspetto (equità, buon costume, e simili)". Per una rassegna delle tesi dottrinali sul punto, v. ID., p. 619 e ss.

334 In proposito si legga LEVI G., p. 7, il quale riporta la dottrina tedesca sull'abuso del diritto fondata sul "principio di buona fede e principio di equità che, storicamente, si sono identificati" e GIORGIANNI V., p. 60, il quale cita MARKOVITCH M., p. 29, secondo cui l'abuso del diritto tendeva a "assouplir la rigidité des formules légales par l'intervention des principes généraux […] de l'équité". Distingue invece correttamente GAZZONI F., p. 795, secondo cui "la complessa operazione integrativa condotta *ope iudicis* non può avere infatti come presupposto se non l'opera di specificazione in concreto del richiamo all'equità, che pertanto attiene al profilo regolamentare ed obiettivo, mentre la buona fede attiene a quello attuativo e comportamentale; la prima si rivolge alla regola come tale, la seconda invece ai soggetti che tale regola hanno concorso in maniera esclusiva o, in ogni caso, determinante a porre in essere". Sul punto è critica anche BIGLIAZZI GERI L [2], p. 186, secondo cui l'equità, a differenza della buona fede "non costituisce, infatti, una clausola generale, ma interviene nei soli casi previsti e, anche in essi, sovente in subordine rispetto ad altri criteri (emblematico, ma non unico, il caso dell'art. 1374); né si traduce in un giudizio di tipo qualitativo, bensì quantitativo e, non di rado, unilaterale, come nei casi in cui uno solo è l'interesse del quale si deve tenere conto (es., art. 1384); né vale, sempre e comunque, a temperare i rigori di un'applicazione formalistica del diritto, ma, talora, proprio a far rispettare l'applicazione di certi principi formali (nel qual senso, basterebbe pensare alle ipotesi di cui agli artt. 1450, in rel. artt. 1447, 1448 e 1467, 3° co. e, in rel. a questo, art. 1468)" e BIANCA C. M. [1], p. 206, nota 4: "Al riguardo occorre osservare che la contrarietà del contratto alla buona fede non deve essere confusa con la contrarietà al principio di equità, quale principio di contemperamento degli interessi delle parti che ne delimita diritti e doveri (mentre la buona fede impone un impegno di solidarietà che va oltre, e che impegna ciascuna

nella prima, o viceversa[336], e chi l'ha invece riempita di un contenuto ancora più ampio e generico, considerandola espressione – meglio dire trasposizione – codicistica dei generali doveri di solidarietà imposti dall'art. 2 della Costituzione, in particolare della correttezza, cosicché essa diverrebbe per l'effetto applicabile all'intera galassia dei rapporti tra privati[337]. Tali orientamenti, seppur autorevoli, ci sembrano tuttavia meritevoli di approfondimento, nei limiti in cui pretendono di fondare l'istituto su tali principi.

**La buona fede quale contenitore di ideologie: il *buono* nel Diritto**

Il successo della clausola di buona fede quale dovere di condotta fondante il divieto di abuso del diritto trova ragione nella sua natura di *contenitore di ideologie* – al pari di altri concetti quali la diligenza del *buon* padre di famiglia, il *buon* costume, i rapporti di *buon* vicinato, che sono qualificati, non a caso, *buoni* – in cui, inevitabilmente, la Morale si mischia con il Diritto o, per meglio dire, all'etica viene consentito di diventare dover essere giuridico.

**La buona fede: principio morale o giuridico?**

Nella buona fede, infatti, l'interprete agevolmente è tentato di ricomprendervi tutto ciò in cui crede: i valori della coscienza, qualunque essi siano, trovano spazio operativo nelle sedi giudiziali, cui attraverso un richiamo formale a un articolo del

---

parte a tener conto dell'interesse dell'altra pur se si tratta di un interesse che non trova specifica tutela nel contratto o in altri diritti)".

V. pure, di recente, CASS. SS. UU., 23726/07: "Se, infatti, si è pervenuti, in questa prospettiva, ad affermare che il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo o integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi (cfr., in particolare, nn. 3775/94 e 10511/99 citt.), a maggior ragione deve ora riconoscersi che un siffatto originario equilibrio del rapporto obbligatorio, in coerenza a quel principio, debba essere mantenuto fermo in ogni successiva fase, anche giudiziale, dello stesso (cfr. Sez. 3^ n. 13345/06) e non possa quindi essere alterato, ad iniziativa del creditore, in danno del debitore.

335 CASS. 89/66. *Contra* si leggano CASS. 3.185/03, in Giust. civ., 2004, fasc. 11, parte I, p. 2832, GAZZONI F., p. 797, secondo cui "la buona fede è dunque criterio di controllo dell'attività di relazione tra i contraenti e quindi anche del creditore, specie alla luce del principio costituzionale di solidarietà, distinguendosi così dalla diligenza che è criterio per valutare il comportamento del solo debitore in sede di adempimento" e BESSONE M.-D'ANGELO A., p. 2: "Nella giurisprudenza un certo abuso della definizione per sinonimi conduce a volte al richiamo contestuale di nozioni e concetti tra loro non omogenei: così «diligenza» e «solidarietà», «diligenza» e «correttezza»".

336 Ne dà conto, tra gli altri, CATTANEO G., p. 623, nota 35.

337 RODOTÀ S. [2], p. 172 e ss. In giurisprudenza si v. CASS. 2014/75, in Giust. civ., 1975, fasc. 11, parte I, p. 1700, con nota di ROSELLI M. R.

codice si vorrebbe consentire una valutazione del fatto altrui formalmente giuridica, ma sostanzialmente etica, considerando che correttezza, lealtà, probità, sono significanti che non trovano origine nel mondo delle idee giuridiche ma in quello diverso della Morale.

A loro volta, poi, tali concetti, su cui si basa il nostro intero universo di relazioni sociali, e cioè la nostra vita, sono frutto di ulteriori giudizi morali, in cui il diritto non ha voce in capitolo ma può solo recepirne passivamente il contenuto.

Ne deriva, insomma, un fine strumentale della buona fede per arrivare a un giudizio morale di condotta, quasi come se non si possa parlare di etica *sic et simpliciter*, ma debba usarsi quella formula per indicare le medesime regole e consentire, stavolta legittimamente, una valutazione non giuridica del comportamento altrui.

Arrivati a questo punto, lo studioso si trova di fronte a due vie: o ammettere che la buona fede altro non è che la locuzione di comodo usata dal codice per indicare una serie di valutazioni extragiuridiche di giustizia, giustezza, perfino onestà della condotta – e in favore vi depone la configurazione di taluni ordinamenti, ad esempio di *Common Law*, in cui essa non esiste quale istituto specifico ma come parametro immanente, nella sua essenza morale[338] – oppure attribuirvi un significato diverso, che ne giustifichi la natura prettamente giuridica in forza di un suo preciso contenuto caratteristico.

La prima via è, di fatto, quella ordinariamente ripudiata dalla dottrina nostrana, perché minerebbe la certezza del diritto o, più pragmaticamente, trasformerebbe la discrezionalità del giudice in pura arbitrarietà (v. *supra*, cap. II, par. 4).

**Il criterio dell'ambito di applicazione**

Di contro, la seconda via appare preferibile, salvo il problema di individuare il *quid* di distinzione tra il significato giuridico e quello morale dei termini di comune applicazione (correttezza, lealtà, probità, ecc.).

Con riferimento a questa seconda via, che in qualità di giuristi noi prediligiamo per i motivi esposti lungo tutto il presente lavoro, riteniamo che la distinzione debba

338 GAMBARO A., p. 6.

operarsi con riferimento all'ambito di applicazione del principio di buona fede, così come individuato dal Legislatore.

Se, infatti, Esso scientemente ha ritenuto opportuno limitarne il rilievo a taluni campi soltanto, quali ad esempio la responsabilità precontrattuale (art. 1337 c.c.), le obbligazioni e i negozi giuridici (artt. 1175 e 1375 c.c.), la concorrenza sleale (art. 2598 n. 3 c.c.[339]) – non a caso tutti settori in cui viene in luce un rapporto giuridico *persona-persona* (v. *supra*, parte I, cap. I, par. 2) – non può che concludersi che solo ed esclusivamente in essi ha senso e validità parlare di un giudizio abusivo fondato sulla buona fede: giudizio che non esaurisce, è bene precisarlo subito, la categoria degli illeciti per violazione di tal principio, ma che trova comunque in essa un suo ruolo autonomo ben individuato.

*Quid iuris*, allora, di tutti gli altri casi estranei all'area di competenza della buona fede, in cui venga in rilievo una condotta abusiva, come ad esempio nel campo dei diritti reali[340]?

La necessità di improntare l'agire umano alle istanze etiche più condivise all'interno della società non può portare l'interprete a distorcere talune norme, estendendole oltre misura in una forma di eccesso interpretativo nobilmente motivato ma fallacemente applicato. La buona fede, quale regola di condotta, non può che attenere agli specifici ambiti che il codice civile le assegna.

**Il vero fondamento dell'abuso del diritto: l'art. 2 della Costituzione**

Viceversa, al di fuori di essi, non si può richiamarla quale parametro di valutazione, anche perché, si converrà, per far questo basterebbe più che opportunamente riferirsi direttamente al disposto dell'art. 2 Cost.

Se, infatti, il canone di correttezza viene inteso quale declinazione o trasposizione dei doveri di solidarietà sociale, costituzionalmente previsti, appare più logico ritenere

339 Ritengono abuso del diritto la previsione in parola BUSNELLI F. D.-NAVARRETTA E., p. 185.

340 V'è da precisare che la rilevanza abusiva di un diritto reale non pregiudica in ogni caso l'applicazione della buona fede. Così, se l'abuso di usufrutto sembra fondarsi sulla ragionevolezza nei casi di lesione delle sfere giuridiche altrui, è anche vero che esso, nei casi in cui sia pattiziamente concesso dal (nudo) proprietario, consente nei rapporti tra dante e avente causa una valutazione di abusività non limitata all'irragionevolezza, ma estesa alla mala fede.

l'abuso fondato su questo piuttosto che su quello, considerato che il rapporto tra detti doveri è di *genus* a *species*.

Non si capisce, insomma, perché far assolvere alla buona fede il ruolo di intermediario della solidarietà quando un diretto ed esplicito richiamo all'art. 2 non solo apparirebbe *ben più giustificato e pertinente*, ma anche *più potente ed efficace*: se, infatti, ci si mantenesse sul piano della buona fede, non potrebbero sanzionarsi taluni comportamenti, anche svolgentesi in ambiti contrattuali, di manifesta *sproporzione* tra interesse perseguito e sacrificio altrui, oppure del *venire contra factum proprium*, comportamenti che non appaiono a nostro avviso violanti la *bonne foi*, quale generico dovere di correttezza e lealtà tra le parti, bensì del diverso parametro di valutazione della *ragionevolezza*, essendo anch'essa declinazione ricavabile dal disposto costituzionale ma, per qualcuno, diretto discendente della buona fede[341], senza contare che, come giustamente è stato rilevato[342], parlare di buona fede implica l'imposizione di un dovere di solidarietà verso la propria controparte di un rapporto giuridico, mentre la solidarietà di cui all'art. 2 Cost., quel dovere di portata generale che si vuole limitante l'intero campo dei rapporti sociali, non si dirige a una controparte, che può anche mancare (si pensi all'abuso di proprietà) ma a un *quisque*: mentre la solidarietà, insomma, si rivolge al prossimo (*alterum non laedere*), la buona fede si rivolge a chi è già stato ben individuato in forza di una rapporto obbligatorio preesistente.

**L'appropriatezza della sede costituzionale per fondare l'ammissibilità dell'illecito abusivo**

Ne consegue che l'istituto dell'abuso, quale forma multiforme di illecito, non trova il suo fondamento nella buona fede, seppur questa, come vedremo, gioca un ruolo fondamentale nella rilevazione delle condotte abusive, perché il canone di comportamento l'ordinamento lo impone primariamente attraverso la Costituzione e non il codice civile: conclusione, questa, che rispecchia in pieno tanto la differenza delle

341 Frutto di tale impostazione è l'art. 1:302 del progetto redatto dalla Commissione Lando: "Reasonableness. 1. Under these Principles reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable" (Ragionevolezza. 1. Nell'ambito di questi principi, la ragionevolezza deve essere giudicata tale in base a ciò che le persone agendo in buona fede e nella stessa situazione delle parti considererebbero ragionevoli, trad. it. nostra).
342 BIANCA C. M. [1], p. 208.

due fonti dal punto di vista gerarchico, sia l'appropriatezza della sede costituzionale e non legislativa ordinaria per un principio che si vuole universalmente valido per tutte le categorie di soggetti e di rapporti – pari ordinati in quelli *iure privatorum* e di supremazia nel diritto pubblico – non soggetto a revisione costituzionale[343] e in funzione, tra l'altro, non solo di repressione degli illeciti, ma pure di protezione tanto di interessi privati egoistici che, anche indirettamente, esclusivamente pubblici, quali la sicurezza dei traffici, la tutela dell'economia, il corretto prelievo fiscale[344], non ultimo la deflazione del contenzioso[345]. La stessa CGE definisce il divieto di abuso quale principio fondamentale appartenente alle tradizioni comuni degli Stati membri, e la CEDU lo codifica espressamente all'art. 17[346].

**Il ruolo della buona fede e della ragionevolezza**

Posto dunque che l'illiceità abusiva risiede e non può che risiedere nei doveri di solidarietà imposti dall'art. 2 Cost., i richiami alla buona fede e alla ragionevolezza guadagnano quell'importanza che la dottrina e la giurisprudenza oggi vi devono

343 *Ex* art. 139 Cost. Nonché argomentando sulla base di C. COST. 1146/88.

344 Un possibile effetto dell'abuso del diritto, come si vedrà *infra*, parte III, cap. IV, par. 1, è quello dell'elusione fiscale.

345 Si ricordi, in proposito, CASS., SS. UU., 23716/07, per la cui analisi v. *infra* nel testo, in tema di frazionamento abusivo del credito: "Oltre a violare, per quanto sin qui detto, il generale dovere di correttezza e buona fede, la disarticolazione, da parte del creditore, dell'unità sostanziale del rapporto (sia pur nella fase patologica della coazione all'adempimento), in quanto attuata nel processo e tramite il processo, si risolve automaticamente anche in abuso dello stesso. Risultando già per ciò solo la parcellizzazione giudiziale del credito non in linea con il precetto inderogabile (cui l'interpretazione della normativa processuale deve viceversa uniformarsi) del processo giusto. Ulteriore *vulnus* al quale deriverebbe, all'evidenza, dalla formazione di giudicati (praticamente) contraddittori cui potrebbe dar luogo la pluralità di iniziative giudiziarie collegate allo stesso rapporto. Mentre l'effetto inflattivo riconducibile ad una siffatta (ove consentita) moltiplicazione di giudizi ne evoca ancora altro aspetto di non adeguatezza rispetto all'obiettivo, costituzionalizzato nello stesso art. 111 Cost., della "ragionevole durata del processo", per l'evidente antinomia che esiste tra la moltiplicazione dei processi e la possibilità di contenimento della correlativa durata. Stesso principio è stato espresso anche da CASS. 9962/11 e CASS. 10634/10 in tema di equa riparazione da irragionevole durata del processo, secondo cui "giova premettere, quanto alla vicenda del processo presupposto, che i ricorrenti sono stati parti di una medesima procedura iniziata nell'aprile del 1993 avanti al TAR del Lazio, avendo proposto un'identica domanda […] Ciononostante, pur essendo la domanda di riconoscimento dell'equo indennizzo per l'eccessiva durata di tale procedura basata sullo stesso presupposto giuridico e fattuale, hanno proposto nello stesso ristretto arco temporale dieci distinti ricorsi alla Corte d'appello competente con il patrocinio del medesimo difensore. Tale condotta deve ritenersi configurare un abuso del processo".

346 Anche se esso è riferibile ai soli casi di abuso di diritti fondamentali: sul punto v. Corte EDU, 65831/93, caso *Garaudy c. Francia*. Sul "dialogo tra Corti" relativamente all'abuso del diritto si veda la recentissima monografia di LETTIERI N.-MARINI G.-MERONE G.

tributare: anzi, essi sono indispensabili per far individuare all'interprete, in primo luogo il giudice, i parametri di valutazione della condotta altrui, consentendo di inserire nel giudizio elementi ulteriori rispetto alla mera conformità del fatto alle norme regolatrici della fattispecie, e permettendo di sanzionare in pari modo tanto chi quelle regole viola palesemente, tanto e soprattutto chi le viola subdolamente[347]. Non a caso, infatti, i principi di buona fede, leale cooperazione e ragionevolezza sono stati enunciati, a suo tempo, nel progetto elaborato dalla Commissione Lando[348] e si trovano oggi codificati in Italia nei due casi di abuso di posizione dominante e di dipendenza economica, accomunati dalla matrice comune della violazione di buona fede per approfittamento della propria posizione di prevalenza nei confronti di tuti gli operatori nel primo caso, solo di alcuni nel secondo.

Si tratta, insomma – e si confida qui di riuscirvi – di giustificare scientificamente l'uso dei principi di buona fede e ragionevolezza mediante una riconduzione a sistema dell'intera categoria dell'illecito abusivo, pur nelle sue varie vesti e diramazioni,

347 Favorevole a un intervento più penetrante e ampliativo della cognizione del giudice, giustificato dal "contesto di intervenuta costituzionalizzazione dei rapporti di diritto privato", che "non può ora non implicare anche un bilanciamento di "valori", di pari rilevanza costituzionale, stante la riconosciuta confluenza nel rapporto negoziale – accanto al valore costituzionale della "iniziativa economica privata" (sub art. 41) che appunto si esprime attraverso lo strumento contrattuale – di un concorrente "dovere di solidarietà" nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.)", è la sentenza di CASS. 10511/99 sulla riduzione *ex officio* della clausola penale, annotata da PALMIERI A., c. 1930, il quale ricorda come "già nella sentenza n. 2749 del 1980, la Cassazione riconosceva che «il potere [. . .] di ridurre la penale manifestamente eccessiva è fondato sulla necessità di correggere il potere di autonomia privata, che, esercitato al di fuori dei limiti riconosciuti meritevoli di tutela nell'ordinamento giuridico (art. 1322 c.c.), si risolve in un abuso contrario ai principî di libertà e di eguaglianza tra le parti contraenti»; aggiungeva altresì che «la funzione del giudice è [. . .] quella di ricondurre l'eccesso dell'autonomia privata nei limiti funzionali in cui opera il riconoscimento di essa, mediante l'esercizio di un potere equitativo, che ristabilisca un congruo contemperamento degli interessi contrapposti»". L'indirizzo in parola è stato poi contestato l'anno dopo, da CASS. 14172/00, in Foro it., 2001, parte I, c. 2924.

348 Per un'attenta analisi si legga, di recente, CASTRONOVO C., p. 589 e ss. Gli articoli del Progetto più attinenti al tema sono: Art. 1:201: Good Faith and Fair Dealing. 1. Each party must act in accordance with good faith and fair dealing. 2. The parties may not exclude or limit this duty.

Article 1:202: Duty to Co-operate. 1. Each party owes to the other a duty to co-operate in order to give full effect to the contract.

Article 1:302: Reasonableness. 1. Under these Principles reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable the nature and purpose of the contract, the circumstances of the case, and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account.

conforme al dettato costituzionale in primo luogo, ma soprattutto efficace nell'attuare la necessaria pretesa repressiva di detti illeciti in secondo luogo, perché un illecito impunibile, come abbiamo visto a suo tempo, non solo è inutile, ma per di più dannoso (v. *supra*, cap. II, par. 3).

**Il comando di *alterum non laedere* quale supremo principio caratterizzante l'illecito abusivo**

Detti principi vanno, allora, a completare la tutela del singolo, vittima di esercizi abusivi del diritto altrui, fungendo da parametro di liceità della condotta, in osservanza dell'ancor più generale principio del dovere di *alterum non laedere*, anch'esso gravante su chiunque ai sensi dell'art. 2 della Costituzione: da qui il passo è breve, corretto e opportuno per affermare che è possibile fondare il divieto dell'abuso del diritto *direttamente sul disposto costituzionale*, il quale impone – tra gli altri – l'obbligo giuridico di non provocare danno ad altri, inteso quale lesione potenziale o effettiva della sfera giuridica altrui, e che è qualificato abusivo in conseguenza dell'esercizio lecito di un diritto in violazione dei canoni di buona fede o di ragionevolezza: questi, e solo questi, possono essere i parametri con i quali valutare, in concreto, l'abusività – e quindi l'illiceità – della condotta.

**Un esempio di illecito abusivo per irragionevolezza: la chiusura di una luce del vicino**

Pensare, infatti, che la buona fede sia il solo punto di riferimento dell'abuso del diritto significa immaginarlo un istituto monco, perché essa, da sola, risulta insufficiente a coprire l'ampio spettro di illiceità che la condotta umana può realizzare nell'esercizio abusivo dei diritti di cui un soggetto è titolare: l'abuso ha due gambe, la buona fede e la ragionevolezza, senza una delle quali non si potrebbe garantirne il corretto cammino della tutela ordinamentale.

**Il principio di proporzionalità quale declinazione della ragionevolezza**

È stato, così, ritenuto abusivo il comportamento di chi costruisca un nuovo muro aderente a quello preesistente di confine chiudendone le luci[349], pur rispettando le

349 TRIB. NAPOLI, sez. dist. AFRAGOLA, 30 novembre 2001.

disposizioni dell'art. 904 c.c.[350], "al solo scopo di arrecare nocumento e molestia al vicino, senza alcun vantaggio proprio"[351].

In quest'ipotesi non viene tanto in rilievo il principio di buona fede – che rimane infatti estraneo alla fattispecie e tra l'altro non sarebbe nemmeno invocabile – quanto il principio di ragionevolezza, nella sua declinazione di *proporzionalità*, giacché chiudere una luce del vicino senza che ne consegua alcuna, seppur minima, utilità, tra l'altro in presenza di un altro muro che assicuri tanto la delimitazione quanto la protezione del fondo, significa porre in essere un comportamento *illogico* e *sproporzionato*, perché a un apprezzabile sacrificio altrui non corrisponde alcun (lecito) vantaggio proprio e anzi, il vantaggio conseguito è quello derivante dall'aver cagionato un danno che, come tale, non può trovare tutela giuridica ma solamente giuridica sanzione.

**L'abuso del diritto e la tutela frazionata del credito: un esempio di mala fede oggettiva irragionevole**

Ciò non toglie, tuttavia, che possano esercitarsi diritti in modo abusivo tanto per violazione del canone di buona fede, quanto contemporaneamente per violazione del principio di ragionevolezza: così, l'annosa questione del diritto al frazionamento della tutela creditoria mediante plurimi decreti ingiuntivi[352] trova una sua qualificazione abusiva in forza dell'*irragionevolezza* della scelta difensiva, sia sotto il profilo dell'illogica moltiplicazione delle spese processuali per lo stesso creditore – avendo essi ad oggetto un credito unitario – sia sotto il profilo della *sproporzione* tra ragione creditoria e oneri processuali richiesti al debitore, ma anche in forza della violazione del canone di buona fede che grava, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c., su entrambi le parti del rapporto obbligatorio, concludendo la Corte che "non può escludersi la incidenza,

350 Art. 904 c.c. Diritto di chiudere le luci. 1. La presenza di luci in un muro non impedisce al vicino di acquistare la comunione del muro medesimo né di costruire in aderenza. 2. Chi acquista la comunione del muro non può chiudere le luci se ad esso non appoggia il suo edificio.

351 CASS. 12759/92.

352 CASS., SS. UU., 23726/07, in Foro it., 2008, I, c. 1514, con note di PALMIERI A.-PARDOLESI R., c. 1515 e CAPONI R., c. 1515. La stessa questione era stata già oggetto di una pronuncia del medesimo giudice, CASS., SS. UU., 108/00, annotata da CARRATTA A., p. 1143, nella quale però si giungeva alla conclusione opposta. Per altri commenti sulla pronuncia del 2007 si leggano CARBONE V., p. 22, COSSIGNANI F., p. 1495, DONATI A., p. 347, FICO V., p. 12, FINESSI A., GALANTI F., p. 101, GOZZI M., p. 1435, RONCO A., p. 929, Più di recente, conforme al precedente, CASS., 24539/09.

in senso pregiudizievole, o comunque peggiorativo, sulla posizione del debitore: sia per il profilo del prolungamento del vincolo coattivo cui egli dovrebbe sottostare per liberarsi della obbligazione nella sua interezza, ove il credito sia nei suoi confronti azionato inizialmente solo pro quota con riserva di azione per il residuo come propriamente nel caso esaminato dalla citata Sez. un. n. 108/00 cit., in cui la richiesta di pagamento per frazione era finalizzata ad adire un giudice inferiore rispetto a quello che sarebbe stato competente a conoscere dell'intero credito, sia per il profilo dell'aggravio di spese e dell'onere di molteplici opposizioni (per evitare la formazione di un giudicato pregiudizievole) cui il debitore dovrebbe sottostare, a fronte della moltiplicazione di (contestuali) iniziative giudiziarie, come nel caso dei processi *a quibus*".

**L'apparente contraddizione dell'illiceità nell'esercizio lecito del diritto**

Chiarito dunque che la base fondante il giudizio, e ancor prima l'ammissibilità, dell'illecito abusivo è l'art. 2 Cost., quale norma contenente il divieto di *alterum non laedere*, nel rispetto nei principi di buona fede e ragionevolezza ivi rinvenibili, occorre chiedersi come si possa giustificare una valutazione d'illiceità della condotta dell'agente alla luce di norme che, in effetti, hanno ad oggetto la condotta medesima.

In altri termini, si vuol dire che se, come detto, l'illecito abusivo ha come sua caratteristica essenziale la conformità dell'esercizio del diritto alle norme che lo regolano, come può poi dirsi che il fatto è conforme alla fattispecie ma violante la buona fede o la ragionevolezza che, in quanto regole di condotta, attengono proprio ad essa e per essa fungono da parametro di liceità? Una delle particolarità dell'illecito abusivo risiede, infatti, proprio nella valutazione dell'esercizio: esso deve essere necessariamente lecito e cioè, per meglio dire, conforme alle norme – legislative, giudiziali o pattizie – che lo regolano.

Se, infatti, il giudice si trovasse di fronte a un comportamento in contrasto con limiti interni al diritto, non vi sarebbe bisogno di parlare di abuso del diritto, ma si verserebbe nei più generali ma, lo si ripete, pertinenti concetti di illecito precontrattuale,

contrattuale o extracontrattuale: la caratteristica più forte dell'illecito abusivo risiede proprio nella conformità dell'esercizio alle regole che lo disciplinano a livello di forma e contenuto, perché altrimenti nessun problema teorico sarebbe sorto di fronte a un comportamento palesemente in contrasto con il disposto normativo che ad esso specificamente atteneva, così come infatti avviene nell'ipotesi di cui all'art. 10 c.c.. "fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita", mentre potrebbe rinvenirsi un abuso nella seconda fattispecie ivi considerata, e cioè quando dall'utilizzo lecito dell'immagine derivi "pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti".

Ne consegue che il primo giudizio, il primo *test* come si usa dire oggi, che l'interprete deve compiere è verificare la rispondenza del fatto alla fattispecie: se il giudizio sarà positivo, vi sarà spazio per un eventuale abuso del diritto; altrimenti, si potrà parlare più semplicemente di illecito (non abusivo)[353].

Se così è, tuttavia, lo studioso si trova di fronte un problema non indifferente, ovvero conciliare la liceità del comportamento con l'eventuale violazione dei canoni di buona fede e ragionevolezza, i quali altro non impongono se non regole, appunto, di condotta.

**Dal giudizio sull'esercizio al giudizio sulla condotta**

Ebbene, si ritiene che nei casi in cui l'ordinamento consenta una valutazione secondo buona fede, ovvero secondo i principi di correttezza, lealtà e probità, ovvero di ragionevolezza, nelle sue varie declinazioni tra cui la *logica*[354] e la *proporzionalità*, esso

353 Non è corretto, pertanto, l'uso del termine "abuso" in riferimento al riempimento della cambiale incompleta (volgarmente, "in bianco"), poiché il riempimento avviene, come specifica l'art. 14 co. 1 r.d. 1669/33, "contrariamente agli accordi interceduti", mentre ben potrebbe immaginarsi un abuso ai sensi dell'art. 1993 co. 2 c.c., e cioè quando "nell'acquistare il titolo, il possessore ha agito intenzionalmente a danno del debitore medesimo", cui la norma ricollega eccezionalmente la deroga all'improponibilità delle eccezioni causali (al pari di quanto stabilisce l'art. 21 l. cambiaria).

354 In ciò che chiamiamo profilo logico della ragionevolezza vi facciamo rientrare una casistica varia, ma generalmente ricondotta al *venire contra factum proprium* (v. ad es., CASS. 15592/00) o, più in generale, alla contraddittorietà del comportamento posto in essere dal titolare del diritto. È, ad esempio, certamente abuso (societario) quello dei soci di maggioranza che deliberano di sciogliere anticipatamente la società per poi ricrearla identica subito dopo, estromettendo così il o i soci sgraditi (v. *infra*, par. 3). Per un abuso

introduce un elemento normativo valutativo che autorizza il giudice, in modo dirompente e con una portata incredibilmente ampia e significativa, a giudicare non solo l'esercizio del diritto in base alle *specifiche* norme che lo riguardano, ma l'intero comportamento complessivo – la condotta appunto – in base a quelle più generali (e, ahimè, generiche[355]) dei principi di buona fede e ragionevolezza, cui dovrebbero essere ordinariamente improntati i rapporti tra privati[356].

Si tratta, in poche parole, di attribuire ai suddetti principi il ruolo di clausole antiabuso dirette a sanzionare l'esercizio lecito *scorretto* del diritto, lecito perché conforme alle norme *de quibus*, ma scorretto perché contrario a buona fede e ragionevolezza. Introducendo per tal via un giudizio almeno in parte etico sul piano giuridico, perché la buona fede, quale nucleo di regole etiche di condotta, e la ragionevolezza, quale contenitore di logica e proporzionalità, vengono recepite in norme giuridiche, concorrendo alla formazione del giudizio.

**Il secondo *test* di abusività: l'illiceità della condotta**

L'interprete, in tal modo, può e anzi deve tener conto, nell'operazione valutativa, del complessivo comportamento altrui, cosicché al primo *test*, giudizio di positiva rispondenza del fatto con la fattispecie, se ne aggiunge un secondo, successivo logicamente al primo, di negativa rispondenza della condotta ai canoni che buona fede

tributario "illogico", nel senso sopra chiarito, si legga il caso risolto dalla risoluzione 234/E del 2009 dell'Agenzia delle Entrate in tema di contestuale rifiuto e accettazione dell'eredità.

355 È del PATTI S. [1], p. 2 il rilievo – a proposito del divieto di abuso del diritto nel codice civile svizzero – per cui il richiamo alla buona fede "non indica alcun criterio per la determinazione dei comportamenti abusivi". In effetti sembra non potersi chiedere molto altro al Legislatore, dovendo esso lasciare alla pratica quotidiana l'elaborazione dei criteri mobili di giudizio fondati sulla sensibilità sociale che garantiscano il rispetto delle altrui posizioni giuridiche, poiché "è inevitabile, che al legislatore sfugga sempre qualcosa, e comunque che la legge, da esso prescritta, valga in generale, ossia per il maggior numero di casi, ma non per tutti (essa è, diremmo in termini moderni, una previsione di probabilità in senso statistico)" (FROSINI V. [2], p. 70). Sul punto v. pure BIANCA C. M. [1], p. 205: "A differenza di altre regole, la buona fede non impone tuttavia un comportamento a contenuto prestabilito. Essa è piuttosto una clausola generale che richiede comportamenti diversi, positivi od omissivi, in relazione alle concrete circostanze di attuazione del rapporto".

356 PALMA A., p. 28: "L'esercizio di un diritto riconosciuto dall'ordinamento può concretizzare un abuso ogni volta che, intenzionalmente o meno, esso risulti deviante dalle finalità per le quali l'ordinamento riconosce e tutela quella posizione di vantaggio. Appare conseguentemente evidente la necessità di un controllo (giudiziario) sulle concrete modalità di svolgimento della condotta che superi i confini della regola formale".

e ragionevolezza impongono: lì dove il secondo giudizio sarà, al contrario del primo, negativo e, cioè, lì dove il comportamento, pur conforme alle norme regolatrici del diritto, violi almeno uno dei due canoni, si avrà un abuso del diritto, ovvero un illecito abusivo la cui unica conseguenza non può che essere – proprio per l'illiceità della condotta – la produzione, effettiva o potenziale, di un ingiusto pregiudizio e, cioè, di un vero e proprio danno, come tale da inibire e risarcire.

**Il finto contrasto tra esercizio *lecito* e condotta *illecita***

Ciò che appare, insomma, un'antitesi insormontabile – illiceità nella liceità – è, in realtà, a un livello di ragionamento più profondo, nient'altro che l'emersione di un ulteriore profilo di giudizio rimasto finora nascosto all'analisi dottrinale e giurisprudenziale, ma che risulta essenziale ai fini non solo del riconoscimento dell'illecito abusivo quale categoria autonoma, ma anche della delimitazione del giudizio sull'abusività del fatto, e cioè un profilo che segna il passaggio, come l'abbiamo illustrato precedentemente, dall'arbitrio giudiziario alla discrezionalità del giudice (v. *supra*, cap. II, par. 4): il passaggio dal giudizio di *liceità dell'esercizio* del diritto al giudizio di *illiceità della condotta* del suo titolare.

**La differenza tra condotta ed esercizio**

Il concetto di condotta, infatti, è più ampio di quello di esercizio (uso e non uso), e consente all'interprete di valutare tutta una serie di elementi fattuali che altrimenti rimarrebbero necessariamente estranei al giudizio, e cioè le circostanze – di spazio, di tempo, di modo – e gli effetti che, concretamente, l'esercizio – lo ricordiamo, non apparentemente, ma formalmente e sostanzialmente lecito – di quel diritto va a produrre nella sfera giuridica altrui.

**Il giudizio giuridico-etico quale fondamento della discrezionalità: il ripudio dell'arbitrio giudiziale**

Attraverso il richiamo alla buona fede e alla ragionevolezza, si aprono le porte, insomma, di un giudizio giuridico-etico (e non solo etico o etico-giuridico) fondato su base normativa, comparendo finalmente di fronte al giudice il sentiero lastricato della discrezionalità nella giungla dell'arbitrio, nell'ottica di un esame del fatto complessivamente inteso, costituito non solo di esercizio ma anche di effetti e di circostanze, un giudizio circostanziale ed effettuale insomma, che però non deve

intimorire l'interprete quando viene definito anche "etico", giacché esso è, innanzi e prima di tutto, giuridico, e l'eticità quale liceità della condotta non viene lasciata alla coscienza del giudice ma è ricavata da precisi elementi oggettivi che per di più la casistica ha avuto, in più di un secolo di esperienza, ampiamente modo di individuare e che fanno salvo, da un lato, la certezza del diritto, e dall'altro la legittimità di giudizio, che rimane appunto giuridico e non extragiuridico.

L'eticità viene insomma in rilievo solo quando giuridicamente compatibile e cioè quando, e solo quando, essa attenga a *fatti giuridicamente rilevanti* – rifiutare un invito a cena di un amico può essere sgarbato, ma non giuridicamente illecito – e nel quadro dei valori costituzionali: "Appare allora che proprio l'ancoraggio al dato costituzionale consente di circoscrivere la discrezionalità applicativa, giacché non ad una generica coscienza sociale l'interprete dovrà far ricorso, bensì al quadro di valori e di principi che la Costituzione indica […] Il richiamo ai principi costituzionali non si risolverà quindi in una generica esaltazione dei poteri del giudice"[357].

Non si può però certo negare che tale prassi, pur antica di oltre cent'anni, non esaurisca completamente la conoscenza delle ipotesi abusive, le quali rimangono, per loro stessa natura, infinite, date le infinite possibilità dell'agire umano, il continuo mutare del contenuto che la società attribuisce alle regole di condotta attraverso la propria (in)sensibilità in divenire, nonché la continua creazione e riconoscimento di nuovi diritti che, in quanto presupposti dell'istituto in esame, possono e potranno in futuro generare nuove tipologie di abuso.

Tuttavia, si ritiene che siano poche le ipotesi dubbie che rimangano fuori da questo duplice schema di giudizio, i cc.dd. *hard cases* del mondo anglosassone, poiché ormai, come anche le esperienze estere confermano, le tipologie di abusi del diritto appaiono, se non già codificate, quanto meno "giurisprudenzialmente" ben delineate[358].

357 SALVI C. [1], p. 146. *Contra* BIANCA C. M. [1], p. 208.
358 Diverso il problema non del contenuto dei principi ma dei limiti al giudizio fondato sui principi. Sul punto v. *infra*, par. 2.

Ci pare, insomma, da non sottovalutare l'importanza del materiale che le Corti, dalla fine del XIX secolo in poi, hanno avuto modo di fornire ai giuristi padri e figli di quell'esperienze, poiché se anche certe decisioni siano da ritenere oggi assolutamente censurabili, irragionevolmente motivate, l'errore del passato non può essere superficialmente abbandonato, ma deve fungere da stimolo per una migliore perimetrazione dell'istituto, che non è solo idea giuridico-filosofica ma anche e soprattutto strumento di risoluzione di controversie e di sanzione di illiceità.

**La portata del giudizio sulla condotta: alcuni esempi**

Riprendendo così, con maggior coscienza, gli esempi prima riportati, abbiamo detto che nessun rimprovero può esser mosso a chi costruisce un muro sul proprio fondo o a chi installa una scatola di metallo facendola sembrare una telecamera o a chi vota irragionevolmente per lo scioglimento di una società, perché ciascuno esercita in tali ipotesi il proprio diritto, nel caso di specie di proprietà di un immobile o derivato da proprietà o usufrutto di partecipazioni, così come, *mutatis mutandis*, nessun rimprovero può essere mosso a chi agisca per il recupero di un credito unitario attraverso molteplici decreti ingiuntivi né a chi, pur conoscendo il pessimo stato patrimoniale del proprio debitore, continui comunque a erogargli finanziamenti anche di consistente valore perché garantito da fideiussioni con clausole *omnibus* e *solve et repete*, che andrà successivamente a escutere: la fondatezza di certe decisioni giurisprudenziali poggia, infatti, sulla qualità della condotta – contraria o meno a ragionevolezza e buona fede – complessivamente intesa quale successione di atti e fatti posti in essere in determinati spazi, tempi e forme, ossia in determinate (illecite) circostanze, con conseguenti determinati (illeciti) effetti giuridici[359]. È in quest'ottica, d'altronde, che si giustificano le qualificazioni di abusività in ordine a taluni comportamenti positivizzati, quali l'approfittare della dipendenza economica altrui *ex* art. 9 l. 192/98 o della propria posizione dominante all'interno del mercato, *ex* art. 3 l. 287/90. In questi casi, infatti, si

359 CASS. 3362/89, in Foro it., 1989, parte I., c. 2750, con nota di DI MAJO A. [2], c. 2753 e CASS. 3775/94, famoso caso Fiuggi.

verifica una condotta imprenditoriale scorretta nel rispetto della liceità d'esercizio dei propri diritti, spesso sfociante in abusi di autonomia negoziale.

In tutti questi casi, infatti, l'esercizio del diritto è lecito: tuttavia, ciò non impedisce, ma anzi impone all'interprete di affermare che il dovere di solidarietà sociale incombente su tutti indistintamente in ogni momento di rilevanza giuridica dell'agire, sia esso attinente la fase fisiologica (nascita, svolgimento, modifica ed estinzione) del rapporto, sia esso afferente la fase patologica, *actio* ed *exceptio*, consenta al giudice di valutare come abusivo il comportamento di chi approfitta (abusa) di schemi normativi leciti, realizzando un illecito.

**L'abuso nel processo**

A proposito della fase patologica, va qui ricordato come grande attenzione stia avendo, negli ultimi anni, il fenomeno dell'abuso del processo (*rectius*, nel processo, quale abuso di *actio* ed *exceptio*)[360], sia a livello comunitario[361], sia a livello nazionale, ove

360 Il rischio di abuso nel processo, in realtà, non era affatto sconosciuto alla giurisprudenza più lontana, tant'è che se ne rinviene il divieto anche in talune pronunce della Consulta. Si legga, ad esempio, C. COST., 56/63, rel. FRAGALI M., in tema di *cautio pro expensis*.: "È di interesse pubblico il richiamare la parte ad una sua responsabilità nell'apprezzamento delle proprie ragioni, in modo che del diritto di azione non abusi e, abusandone, rechi intralcio alla amministrazione della giustizia. Né alla protezione di questo interesse pubblico ostano precetti costituzionali, non essendo possibile dare al diritto alla tutela giurisdizionale una estensione tale da farne sviare la funzione, dirigendola ad uno scopo sterile e dilatorio"; nonché C. COST., 113/63, rel. JAEGER N., in tema di cauzione nel procedimento di nuova opera: "È principio fondamentale della retta amministrazione della giustizia che chi promuove un processo (o una fase di questo) o, più ancora, intende provocare un provvedimento atto a modificare la situazione degli interessi coinvolti nel giudizio, debba affrontare una responsabilità, che si chiama appunto responsabilità processuale. Sarebbe in contrasto con la funzione del processo una struttura di questo che fosse regolata in modo da consentire l'eventuale abuso delle misure giudiziarie ai fini dell'utile di una sola parte, mossa da intenti defatigatori o addirittura ricattatori, e pertanto non meritevole di tutela giuridica". Sull'abuso nel processo si legga in particolare CORDOPATRI F., vol. I ma soprattutto vol. II, mentre per una rassegna delle pronunce della Consulta sull'argomento si veda TROISI B., p. 282 e ss. Oggi la dottrina processuale se ne sta occupando intensamente, come testimonia la varietà di contributi. Tra gli innumerevoli sia consentito ricordare CATALANO E. M., COMOGLIO L. P. [2], CORDOPATRI F., DONDI A., GHIRGA M. F., PAOLANTONIO N., TARUFFO M.

Contro il riconoscimento dell'abuso del processo si staglia SCARSELLI G., il quale ritiene risolvibili le pretese questioni di "abuso" mediante l'applicazione degli ordinari istituti processuali, e che infatti apre le conclusioni del suo intervento con "stante la legislazione attuale, il c.d. abuso del processo non esiste". Tuttavia, quella legislazione sarebbe di lì a poco cambiata, con l'intervento innovativo dell'art. 55 d.l. 83/12 (c.d. "primo decreto sviluppo", convertito con modificazioni dalla l. 134/12) il quale, inserendo il nuovo comma 2-*quinquies* all'art. 2 del d.lgs. 231/02 (c.d. legge Pinto), ha stabilito che "non è riconosciuto alcun indennizzo: a) in favore della parte soccombente condannata a norma dell'articolo 96 del codice di procedura civile; b) nel caso di cui all'articolo 91, primo comma, secondo periodo, del codice di procedura

se ne rinviene normalmente il fondamento nell'art. 96 co. 1 c.p.c. sul divieto di lite temeraria[362].

La norma, tuttavia, è fortemente limitativa. Intanto presuppone che il giudice si sia pronunciato contro l'attore o il convenuto che abbia abusivamente agito o resistito. Il che significa, in altri termini, che dal dato letterale si evince che la condanna al risarcimento per abusivo esercizio di *actio* od *exceptio* sia sanzionabile solo se il giudice ritenga soccombente – nel merito della causa – l'abusante, teoricamente per questioni attinenti la causa stessa e non per aver esercitato abusivamente l'azione o l'eccezione. Riprendendo l'esempio della tutela frazionata del credito, un'interpretazione letterale dell'art. 96 co 1 c.p.c. avrebbe dovuto portare alla vittoria del creditore in sede di

civile; c) nel caso di cui all'articolo 13, primo comma, primo periodo, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28; d) nel caso di estinzione del reato per intervenuta prescrizione connessa a condotte dilatorie della parte; e) quando l'imputato non ha depositato istanza di accelerazione del processo penale nei trenta giorni successivi al superamento dei termini cui all'articolo 2 –bis; f) in ogni altro caso di *abuso dei poteri processuali* [corsivo nostro] che abbia determinato una ingiustificata dilazione dei tempi del procedimento". Da una pur superficiale lettura delle disposizioni si evince la volontà di esemplificare diverse tipologie di condotte abusive, tutte riconducibili secondo il Legislatore al paradigma dell'abuso del processo, posto che la lett. f) non dice "in ogni caso di abuso" ma "in ogni *altro* caso di abuso", con ciò consentendo di ricavare che le ipotesi precedenti sono comunque sussumibili nel medesimo istituto (Conforme, sul punto, CONVERSO A., p. 1332, il quale rileva pure come l'art. 4 co. 6 del d.m. 140/12 sulla liquidazione da parte del giudice dei compensi per le professioni regolarmente vigilate dal Ministero della Giustizia stabilisca che "costituisce elemento di valutazione negativa, in sede di liquidazione giudiziale del compenso, l'adozione di condotte abusive tali da ostacolare la definizione dei procedimenti in tempi ragionevoli". Per una ipotesi recente di "abuso del diritto", da noi non condivisa, si v. CASS., SS. UU., 26373/08, con nota di COMOGLIO L. P. [1].

361 La sentenza più recente al momento è quella del 18 aprile 2013 resa per la causa C-661/11, MARTIN Y PAZ DIFFUSION, laddove gli attori convenivano una società al fine di inibire l'uso di due marchi. Dopo aver perso la causa, essi a loro volta si ritrovavano convenuti dalla società per lo stesso motivo. Recentissime cause pendenti al momento sono invece C-450/13, DONALDSON FILTRATION DEUTSCHLAND GMBH, sempre in tema di marchi e C-280/13, BARCLAYS BANK, sul "se la direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive, e i principi del diritto comunitario riguardanti la tutela del consumatore e l'equilibrio contrattuale debbano essere interpretati nel senso che sussistano abuso di diritto e arricchimento senza causa quando il creditore-esecutante, in seguito all'aggiudicazione dell'immobile ipotecato al 50% (attualmente 60%) del valore stimato, chiede l'avvio dell'esecuzione sull'importo in sospeso a saldo del debito complessivo, malgrado il valore stimato e/o il valore effettivo del bene aggiudicato sia superiore alla cifra totale addebitata e tale azione sia disciplinata dal diritto processuale nazionale".

362 Art. 96 – Responsabilità aggravata: 1. Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza.

giudizio di opposizione – giacché i crediti esistevano – con conseguente impossibilità per il giudice di condannare per lite temeraria.

In secondo luogo, il fenomeno abusivo sarebbe sanzionabile solo "su istanza di parte", e quindi non rilevabile d'ufficio o, più precisamente, rilevabile d'ufficio ma sospensivamente condizionato all'esercizio del diritto al risarcimento da parte del danneggiato.

In terzo luogo, l'elemento soggettivo viene esteso anche ai casi di colpa grave. Ciò garantisce sicuramente una potenziale maggiore applicazione dell'istituto, ma come avremo modo di vedere l'illecito abusivo non può essere fondato sulla colpa, ma solo sul dolo specifico (v. *infra*, par. 4).

L'ambito dell'esercizio abusivo dei diritti processuali e quello della lite temeraria sono dunque parzialmente sovrapponibili, ma non coincidenti. L'abuso processuale, se così si vuol chiamarlo, è in grado per sua natura di prescindere da un giudizio di soccombenza, e anzi la soccombenza può derivare proprio dall'esercizio abusivo del diritto. Mentre ai sensi dell'art. 96 c.p.c. i due momenti sono scissi – soccombenza e successiva constatazione di lite temeraria – nel vero abuso del diritto nel processo la soccombenza deriva, quale eventuale conseguenza, dalla condotta abusiva dell'attore o del convenuto. Nulla vieterà, poi, che le ragioni fatte valere di fronte al giudice, ancorché in modo abusivo, siano riproposte in modo emendato da ogni connotazione abusiva rilevata.

Ma fin dove può spingersi il giudice nel valutare l'abusività (illiceità) della condotta[363]?

363 Problema che investe da sempre l'intero diritto. Si legga il passo di RODOTÀ S. [2], p. 91: "Nell'attuale fase di sviluppo oggettivo della società, non riducibile ai soli dati del progresso tecnologico, la gamma dei comportamenti ipotizzabili si è largamente accresciuta, così come si è accentuata la dinamica dei comportamenti già noti: sì che riesce particolarmente difficile prevedere sia i futuri possibili comportamenti, sia la permanenza di quelli attuali o previsti. In presenza di questo stato delle cose, il ricorso alla abituale tecnica legislativa regolamentare non soltanto si traduce in una disciplina che può rapidamente entrare in conflitto con i dati della realtà sociale o palesarsi a questi inadeguata, ma soprattutto può dare origine ad una disciplina contraddittoria rispetto alle proprie finalità: una previsione regolamentare non è disciplina dell'esercizio, ma soltanto di alcuni comportamenti in cui

## 3. IL GIUDIZIO SULL'ABUSIVITÀ DELLA CONDOTTA: FORME E LIMITI DEL SINDACATO GIURISDIZIONALE

**I problemi ideologici del giudizio abusivo**

Dire che è abusiva la condotta del titolare del diritto e non l'esercizio che del diritto è stato fatto, il quale è a tutti gli effetti lecito, significa affrontare a viso aperto problemi che ancor oggi non trovano una soluzione condivisa e le cui osservazioni in proposito appaiono, tutte e necessariamente, ideologiche (comprese le nostre) [364].

Da un punto di vista di teoria generale, il giudizio abusivo è un giudizio per principi che, come tale, schiaccia la regola[365].

**Il giudizio abusivo quale giudizio che "schiaccia" la regola**

In verità, non si è d'accordo con questa visione pessimistica, non fosse altro perché il principio, a rigore, prevale naturalmente sulla regola se essa vi si pone in contrasto, e a nulla serve dolersi se quella regola esista per essere applicata, ma bisognerebbe concentrarsi, eventualmente, sull'analisi della corretta applicazione dei principi – spesso richiamati fuori luogo o per mal simulata scientificità – e cioè se effettivamente quel principio che si ritiene applicabile richieda la compressione di quella regola, o anche il suo annientamento (si pensi ai giudizi di illegittimità

---

quell'esercizio può concretarsi. È evidente, infatti, che la disciplina dell'attività non può consistere soltanto nella tipizzazione di alcuni comportamenti, ma deve fornire strumenti idonei a consentire una valutazione di tutti i comportamenti che , rispetto ad un fine o ad un effetto considerati, si pongono in posizione di equivalenza. Si pensi, per esemplificare, al caso della responsabilità civile, ed alla rottura giurisprudenziale operatasi nei sistemi in cui si limitava l'obbligo di risarcimento al ricorrere di fattispecie tipiche. Qui si tocca davvero il punto nodale dell'intero discorso, poiché il problema tecnico non si risolve soltanto nel dilemma legislazione a contenuto regolamentare e legislazione per principi, ma si completa con un interrogativo: chi è chiamato a dare concretezza applicativa a tali principi? In termini più consueti, si ripropone la questione dell'apporto del giudice alla elaborazione ed alla applicazione del diritto. Ma se i termini possono apparire quelli consueti, lo stesso non può dirsi della sostanza del problema, non certo riducibile agli emblemi di una controversia tradizionale: diritto positivo o diritto libero, governo della legge o governo dei giudici".

364 Magistrale l'insegnamento di CASSESE S., p. 416: "Nessuna questione giuridica, per quanto tecnica, è «ideologicamente neutrale»".

365 PATTI S. [1], p. 1: "Il problema dell'abuso del diritto si identifica nell'alternativa tra un sistema che rimane in ogni caso fedele alle scelte effettuate, pur quando cioè il concreto atto di esercizio del diritto risulti contrastante con alcuni dei principi che lo ispirano, ed un sistema che ammette dei correttivi in base alle circostanze del caso, sacrificando così un certo grado di certezza alle superiori esigenze della giustizia".

costituzionale) ovvero se, al contrario, quel principio apparentemente applicabile non sia tale per la presenza di un altro principio, più pertinente o preminente, che prevale sul primo e che quella regola giustifichi.

**La necessità dei principi per esprimere i valori**

L'applicazione dei principi è cosa necessitata e anzi fondamentale per gli ordinamenti giuridici i quali sono, da sempre, basati su dei *valori*, in cui la norma non è mera imposizione neutrale ma vero e proprio frutto di un giudizio politico. E di principi politici, ideologici, in effetti si tratta quando si parla di solidarietà, buona fede, ragionevolezza, proporzionalità, funzione e utilità sociale, ecc., perché essi hanno origine al di fuori del Diritto, e a nulla serve limitarsi a richiamarli per fondare un giudizio di pretesa esclusività giuridica, poiché se bastasse il riferimento a una disposizione per salvarsi dallo spettro dell'illegittimità, allora non servirebbe nemmeno sforzarsi tanto a cercare la norma rilevante per il caso concreto, potendo ogni decisione concludersi: "in base all'ordinamento giuridico, così è deciso…": una nota giuridica giustificante il chiasso dell'arbitrarietà, difettando quella necessaria "adeguata e logica giustificazione del convincimento espresso"[366] che viene imposta al giudice, il quale non solo deve correttamente decidere, ma anche puntualmente motivare.

**Il problema del ruolo dei principi e il passaggio dal giudizio arbitrario al giudizio discrezionale**

Poiché un giudizio del genere non avrebbe alcun senso – come non avrebbe alcun senso una richiesta di parte o una decisione giudiziaria motivata "ai sensi degli artt. 1 e ss. del codice civile", seppur formalmente corrette (si sfida il lettore a contestarle!) visto il principio, appunto, *jura novit curia* (*non advocati*, aggiungiamo noi) – ma, al contrario, si risolverebbe molto probabilmente in un abuso di giudizio o del processo, o di entrambi, in violazione del principio – appunto, di nuovo – previsto dall'art. 111 Cost., o del diritto di difesa *ex* art. 24 co. 1 Cost., meglio di tutti e due, occorre chiedersi quale sia il ruolo dei principi – in particolare di quei principi che abbiamo individuato nella correttezza e ragionevolezza – nel giudizio di abusività che

366 CASS. 3.185/03, in Giust. civ., 2004, fasc. 11, parte I, p. 2835.

l'interprete si trova ad affrontare, e in che modo esso possa passare da giudizio arbitrario illegittimo a giudizio discrezionale legittimo.

**L'obbligo di applicazione dei principi e l'*analogia iuris***

Si parte così da una considerazione elementare: si converrà che il principio, se esiste, al pari della regola va applicato. In tal senso depone pure il dato normativo italiano, che autorizza e anzi richiede – *potere-dovere* – l'utilizzo dell'*analogia iuris*: tale richiamo è stato, anzi, come si è ricordato all'inizio di questa ricerca (v. *supra*, premessa, nota 2), rivalutato da autorevolissima dottrina, la quale infatti scrive che "ancor più significativo, a mio avviso, è il generale rinvio, come ad ultimo criterio di valutazione giuridica, ai fini della interpretazione e della applicazione della legge, ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato (art. 12 cpv. disp. prel. c.c.)", ritenendo che "la scienza del diritto non si riduca ad un gretto e formalistico positivismo – che, cioè, il mestiere del giurista non sia e non possa essere esaurito in una pura e semplice tecnica meccanicistica e senza contenuto – rappresentando, invece, l'espressione di una ricerca, che, sia pure senza perdere di vista il dato positivo, tenda in ogni momento a ritrovare in esso le stimmate di quei princìpi etici, sociali e politici, che sono i fondamenti della civile convivenza, della quale la norma giuridica non è che uno strumento"[367].

Vero è che il ricorso all'*analogia iuris* attiene a un ambito limitato e diverso da quello qui studiato: non si tratta, infatti, di applicare un principio *in contrasto con una regola* ma di applicarlo *in assenza di una regola*, ovvero nei casi di lacune normative. Tuttavia, e la dottrina ne è ormai già da tempo consapevole, il ricorso all'interpretazione della regola in base ai principi si configura come uno strumento non solo utile, ma anzi essenziale per il corretto svolgimento nel caso concreto della tutela di quei valori fondanti i principi stessi.

**La concorrenza di regole e principi nella disciplina della fattispecie**

Da qui il passo è breve – e si ricorda, in tal senso, la ben nota posizione del SANTI ROMANO – per stabilire che non è la regola a disciplinare il caso, ma l'intero

367 NATOLI [1], p. 23.

ordinamento, quale sintesi di regole e principi: ed è anche logico, a nostro avviso, ritenere preminente il secondo alla prima, visto che è lo stesso Legislatore a dover sottostare al rispetto dei valori costituzionalmente enunciati, giusto anche l'odierno disposto dell'art. 117 co. 1 Cost.

Ciò posto, occorre dunque concentrarsi non sull'*an*, ma sul *quomodo* di applicazione dei principi, perché essi sono e rimangono norma giuridica, ma una norma giuridica inapplicabile è senza dubbio qualcosa di inutile, e poiché il giurista, in quanto interprete, deve dare un senso al Diritto complessivamente inteso, fatto di regole e principi, sia agli uni sia agli altri uno spazio di applicazione deve essere trovato.

**Lo "spazio" dei principi**

Ma qual è lo spazio dei principi? Certo la risposta data in questa sede sarà polemicamente ideologica, eppure riteniamo, in linea essenziale, che il principio vada applicato (*rectius*, prevalga) lì dove il valore che esso rappresenta è posto gerarchicamente al di sopra del valore espresso dalla regola: tale contrasto di valori potrà poi essere formalizzato in una regola limitativa del diritto – si pensi, per rimanere in tema, agli atti emulativi, o all'introduzione (forzata dalla giurisprudenza), da parte del Legislatore, della previsione obbligatoria d'importo massimo garantito nelle obbligazioni condizionali o future, con l. 154/92 (su cui v. *infra*, par. 3) – ma, si converrà,

**L'art. 833 c.c. quale sintesi di antitesi tra regola e principio**

il divieto presente nell'art. 833 c.c., seppur specificamente espresso, sarebbe comunque ricavabile direttamente dal combinato disposto degli artt. 2 e 42 della Costituzione da una parte, e dell'art. 832 dall'altra[368], applicandosi il principio di ragionevolezza nel rispetto della funzione sociale della proprietà: l'art. 833 c.c. è, di fatto, un esempio di sintesi di antitesi tra regola e principio[369].

368 *Contra* PATTI S. [1], p. 7.

369 Il suddetto combinato disposto mantiene comunque una certa importanza anche con la presenza dell'art. 833 c.c., in quanto idoneo a superare l'errato convincimento giurisprudenziale secondo cui il non uso del diritto di proprietà non potrebbe mai costituire abuso perché "gli atti di emulazione possono consistere solo in comportamenti positivi e non omissivi. A parte il tenore letterale della norma di cui all'art. 833 c.c. che contiene il termine atti, un termine con il quale si designa una condotta che si estrinseca nell'agire e non nel non fare o nel *pati*, l'argomento decisivo a favore di tale interpretazione sta nell'incompatibilità di un comportamento omissivo con la nozione di atto emulativo desumibile dalla norma sopra indicata. Infatti, bisognerebbe allora ammettere che l'art. 833 c.c. implicitamente determini,

Si perverrebbe, insomma, al medesimo risultato sanzionatorio, risultato che non cambia né in un caso né in un altro, solo che – per motivi legati alla certezza del diritto e all'ideologia ivi latente che ancora condiziona numerosi giuristi – si preferisce la regola dell'art. 833 c.c., pur generica e di fatto quasi inapplicata dalle Corti, del codice civile al disposto costituzionale, e ciò accade in ogni ipotesi codificata di abuso del diritto: come se il Legislatore ordinario fosse più affidabile dell'Assemblea Costituente!

**Il falso dogma dell'esaustività delle regole nel disciplinare la fattispecie**

Se, allora, l'applicazione del diritto non è fatta solo di regole, ma anche di principi, deve cadere un dogma implicito, ovvero l'applicabilità della regola a tutti i casi da essa disciplinati o, per meglio dire, la valutazione di liceità del comportamento per il solo fatto di essere ricondotto a norma permissiva.

Quest'affermazione, violenta anche per chi la scrive, necessita un chiarimento. È chiaro che il Legislatore, quantomeno idealmente, pone una regola specifica per disciplinare tipi astratti di situazioni oggettive (v. *supra*, parte I, cap. I, par. 2) – le cc.dd. fattispecie – assoggettandole a una certa disciplina più o meno circoscritta.

**Le reazioni chimiche tra norme vigenti e di nuova introduzione**

L'innesto normativo così creato non è, però, isolato, ma va a reagire, quasi chimicamente, con tutte le altre sostanze – principi e regole preesistenti – divenendo altro rispetto all'idea: ciò che il Legislatore ritiene sia la norma non è mai ciò che la norma sarà, perché la prassi, la coscienza, l'ideologia, la tecnologia, la società e ancora le nuove norme, i nuovi principi, le nuove autorità (si pensi all'effetto dirompente del

nei debiti casi, un obbligo di fare la cui violazione integrerebbe la condotta vietata; poiché peraltro una condotta attiva comporta di per sé un costo in termini di spesa o di esplicazione di energie psicofisiche, l'astensione da essa non può, di per sé, essere ispirata solo ed esclusivamente, come detta l'art. 833 c.c., dall'*animus nocendi*, posto che essa rappresenterebbe comunque – consistendo nel non compiere un'attività onerosa – una qualche utilità per il soggetto che decida di compiere una tale scelta" (CASS. 10.250/97). *Contra* si legga MOLITERNI A.-PALMIERI A., c. 67.

diritto comunitario su regole e principi una volta solidissimi)[370] la faranno diventare altro[371].

**I principi quali *prospettive di relazione***

Se consideriamo i principi per quello che sono, ovvero *prospettive di relazione* – buon costume, solidarietà, ragionevolezza, giustezza e giustizia sono speranze dell'ordinamento, spesso disattese nel vivere quotidiano – ci rendiamo conto che in effetti essi sono espressioni di valori, di direttive ideali di comportamento, che hanno per destinatario non soltanto i soggetti coinvolti nella fattispecie – il proprietario, il creditore, il debitore, l'imprenditore, ecc. – ma anzi e prima di tutto il Legislatore. Di ciò, oggi ne dà atto il novellato art. 117 co. 1 della Costituzione, che si rivolge esplicitamente ad Esso, sia statale che regionale, ponendo dei limiti alla normazione che non possono essere assolutamente ignorati.

Ne consegue che intanto si avrà una buona norma quando questa sarà inserita in un contesto ordinamentale conforme alla sua *ratio* o, per vederla dal versante opposto, quando nei valori assunti a base dell'ordinamento, ed espressi dai principi costituzionali – vi rientrerà a pieno titolo la regola di nuova creazione.

Ciò non toglie, tuttavia, che l'ordinamento non potrà mai garantirne la perenne applicabilità, men che meno la perenne legittimità: basterebbe, infatti, attendere pochi anni, o pochi mesi, per vedere magari soppresse alcune norme ad opera della Corte Costituzionale, o scoprirne nuove applicazioni fino a quel momento rimaste invisibili agli occhi degli studiosi.

**L'ordinamento quale complesso di valori espresso da norme**

Insomma la regola, quale *norma a fattispecie circoscritta*, non può essere considerata per ciò solo di applicabilità assoluta – anzi, se la storia del Diritto ci ha insegnato qualcosa, è che in Esso non vi è nulla di assoluto – ma deve essere sempre

370 COSTA P., p. 1 prende atto del fatto che l'accresciuto potere dei giudici deriva, tra l'altro, dalla "complessità ed eterogeneità del sistema normativo (dovute all'inflazione legislativa e alla compresenza di norme infra- e sovra-statuali", senza contare l'effetto novità, malamente recepito (BUSNELLI F. D.-NAVARRETTA E., p. 174 e ss.), delle direttive comunitarie in materia di tutela di soggetti deboli, e in particolare delle previsioni di clausole qualificate, appunto, *abusive*.

371 Citando il BRUGI B., p. 7, come fa il MECCARELLI M., p, 724, la norma "si stacca, diciamo così, dal suo autore; parla un linguaggio proprio, non quello di chi la dettò".

letta in relazione all'intero ordinamento, non solo quale complesso di norme ma quale complesso di valori espresso da norme, siano esse a fattispecie chiusa, siano esse a fattispecie aperta, siano esse insomma più direttive generali che prescrizioni circostanziate[372].

Il giudice ha quindi il potere – e il dovere – di applicare la regola solo se conforme ai principi, i quali concorrono per tal via a disciplinare la fattispecie e, quindi, a fondare il giudizio di liceità o illiceità del fatto.

**La trappola della "trasparenza delle regole"**

Con ciò non si vuol cadere, però, nella trappola della "trasparenza delle regole"[373], per cui se il carattere di liceità o illiceità di un fatto dipende non dalla regola, ma dai principi alla cui luce deve essere esaminata la regola, questa si pone come neutra o, appunto, *trasparente* rispetto agli altri due termini del rapporto: ne discenderebbe, infatti, logicamente, l'inutilità della stessa, potendo a tal fine basarsi l'ordinamento unicamente su una legislazione per principi.

**La quadripartizione dei rapporti tra regole e principi**

Cosicché, prosegue la tesi in esame, un fatto conforme alla regola e ai principi sarebbe un *fatto lecito tipico*; un fatto conforme alla regola ma contrario ai principi sarebbe un *illecito atipico* (tra cui l'abuso atipico, appunto); un fatto contrario alla regola e ai principi sarebbe un *illecito tipico*; un fatto contrario alla regola ma conforme ai principi sarebbe un *fatto lecito atipico*[374].

**Rapporto tra il giudizio e le ipotesi di concordanza tra regole e principi**

Il ragionamento riportato pare, in effetti, cogliere nel segno. A ben vedere, però, l'analisi richiede un ulteriore sforzo cognitivo per osservare la quadripartizione sopra riportata alla luce non tanto del rapporto regole-principi, che lo schema esemplarmente chiarisce, quanto in quello tra essi e i poteri del giudice e cioè, in altri termini, torniamo

372 In linea, per altro, con quanto già propugnato dal SANTI ROMANO, su cui v. *supra*, premessa, nota 2.
373 L'espressione è di CELANO B., citato, tra l'altro, da COMANDUCCI P., p. 23, in contraddizione con la concezione dell'illecito presente in ATIENA M.-RUIZ MANERO J.
374 COMANDUCCI P., p. 22.

alla domanda che ci eravamo posti alcune pagine fa: fin dove può spingersi il giudice per valutare l'abusività della condotta[375]?

Scrive il MONATERI che "proprio in quanto *stilema* indefinito, cioè, la teorica dell'abuso non si è dimostrata necessariamente legata ad una data soluzione socializzante di politica del diritto […] In questo modo l'esercizio di una libertà costituzionalmente garantita viene sindacato dalla magistratura ordinaria senza che le linee politiche di intervento siano predeterminate"[376].

Pur vivendo l'abuso nella indeterminatezza cronica, ciò non significa, però, che non possano sussistere criteri idonei a fornire strumenti di valutazione per il giudice. La questione, chiaramente, non attiene le ipotesi dispari ora citate: quando vi è concordia tra regola e principio, tanto nel senso di liceità che di illiceità, l'argomento perde di utilità e, si converrà, anche il suo fascino.

**Liceità atipica e poteri del giudice**

Concentriamoci perciò sul quarto caso, estraneo al tema dell'abuso, ma utile ai nostri fini per chiarire un punto essenziale del travagliato rapporto tra i due tipi di norme: una non conformità del fatto alla regola – *illiceità tipica* – ma conformità al principio – *liceità atipica* – produce logicamente un lecito atipico, ovvero un comportamento ordinariamente vietato viene ad essere giustificato alla luce di un principio permissivo che prevale sulla regola di divieto.

**Il giudizio di incostituzionalità della regola**

Tuttavia questo è un modo parziale di vedere le cose: dire che un fatto è contrario alla regola ma conforme al principio significa implicitamente ammettere pure che la regola è contraria al principio, quantomeno in quella precisa occasione: ma tale

375 BESSONE M.-D'ANGELO A., p. 5: "A bene vedere solo uno sforzo di determinazione dei contenuti del principio di buona fede può consentire di contenere i rischi di arbitrio connessi all'impiego di una clausola generale, per sua natura elastica e polivalente, e così di vincere le resistenze che persistono negli orientamenti giurisprudenziali. Se la buona fede, quale clausola generale, si pone come precetto rivolto non soltanto ai consociati, in quanto regola di comportamento, ma altresì al giudice, in quanto modello di decisione, le si deve riconoscere «il ruolo di una direttiva di giudizio a maglie assai larghe». Ma non può rimettersi al giudice la tecnica di decisione in cui il giudizio di buona fede consiste, lasciando del tutto indeterminati gli indici di apprezzamento. Si aprirebbe così la via ad una giurisprudenza di equità ed agli inconvenienti e agli arbitri che possono derivarne".

376 MONATERI P. G. [1], p. 110.

antinomia, quando capita di fronte al giudice, non deve guidarlo verso il riconoscimento di un lecito atipico, bensì verso una sospensione del giudizio per sospetta incostituzionalità della regola[377].

**Differenza tra valutazione e applicazione giudiziale: il necessario passaggio attraverso la Corte Costituzionale**

Si vuol dire, insomma, che se il giudice ha il potere-dovere di valutare la regola alla stregua dell'ordinamento complessivamente inteso, e quindi soprattutto alla luce dei principi su cui si fonda, secondo l'insegnamento del SANTI ROMANO, ciò non significa che egli abbia poi il potere di dar diretta prevalenza al principio, perché *ciò vorrebbe dire attuare un sindacato di costituzionalità di tipo diffuso con poteri da Legislatore*, in contrasto con il nostro intero assetto costituzionale: dal potere-dovere di valutare la regola alla luce del principio non si può far logicamente derivare il potere-dovere del giudice di applicare *ex se* il principio al posto della regola, perché tale potere potrebbe, al più, essere esercitato solo dopo un intervento demolitorio della Corte Costituzionale[378].

**Un esempio limite di liceità atipica**

Così, volendo estremizzare, si immagini un giudice che debba giudicare una persona sorpresa a fumare in un luogo in cui era vietato. Egli sa che il comportamento è contrario alla regola vigente, ma ritiene che la condotta della persona sia conforme al principio che ciascuno può disporre del proprio diritto alla salute, anche danneggiandola. Un giudice poco serio applicherebbe direttamente il principio, non condannando la persona, esponendosi perciò alla violazione degli artt. 101 e 111 della Costituzione, perché avrebbe deciso secondo coscienza e non secondo Diritto. Un giudice più serio, solleverebbe questione di costituzionalità, la quale potrebbe trovare

377 Scrive SALVI C. [1], p.145: "il rapporto tra potere del giudice e norme di legge, non appare tale da essere chiuso tra le secche dell'alternativa tra certezza del diritto e libera determinazione giudiziale. È la clausola generale infatti lo strumento che consente di intendere come i principi costituzionali operano non sovrapponendosi alle norme del Codice e in genere della legislazione ordinaria (giacché ove contrasto vi sia tra i primi e le seconde la via per risolverlo è nell'invalidazione di queste attraverso il giudizio di legittimità costituzionale); ma nell'ambito della sfera discrezionale che ogni applicatore di norme, di qualsivoglia norma giuridica, consente, anzi richiede all'interprete. E la differenza tra clausola generale e norma specifica non è qualitativa, ma risiede nell'ampiezza del margine di discrezionalità rimesso all'interprete".

378 Si precisa per puro scrupolo che, ovviamente, la soluzione sarebbe opposta nel caso in cui la regola non sia contenuta in una fonte primaria ma secondaria.

tanto rigetto quanto accoglimento: nell'un caso e nell'altro, il giudice altro non potrà che adeguarsi alla pronuncia della Consulta.

**Illiceità atipica e poteri del giudice**

Chiarito questo aspetto fondamentale, si osservi alla luce di quanto detto la seconda ipotesi, ove il fatto è conforme alla regola ma contrario al principio. Si è detto che in tale schema vi rientrerebbe l'abuso del diritto, quale esercizio lecito – perché conforme alla regola – in contrasto con le regole (*rectius*, i principi) di condotta che l'ordinamento impone, ovvero correttezza e ragionevolezza. In tali casi, si verserebbe nella situazione opposta alla precedente, ma le conseguenze in tema di poteri del giudice non dovrebbero cambiare: vi è, infatti, pur sempre un conflitto tra regola e principio, cosicché la prevalenza del primo dovrebbe, se del caso, essere sancita da una pronuncia della Consulta. Tuttavia, la prassi giudiziaria non opera in tal modo, giacché è il giudice (non costituzionale) a decidere direttamente la prevalenza o meno di un principio sulla regola.

**Abuso e contenuto della situazione giuridica soggettiva**

La questione chiama in causa quella visione dell'abuso quale *estraneità alla fattispecie*, stigmatizzata nella fortunata frase "dove comincia l'abuso finisce il diritto". E infatti "si obietta, sostanzialmente, che ciò che va definito in via generale è il contenuto della situazione soggettiva, e quindi l'ambito dei poteri spettanti al titolare. Di fronte al caso concreto, poi, il giudizio di congruità concerne sempre e solo la riconducibilità dell'atto alla fattispecie astratta"[379].

**Regola dettagliata ed esclusione dell'abuso**

Ne consegue che, a rigor di logica, il giudice avrebbe di fronte diverse opzioni: in presenza di una regola circoscritta, anche minuziosamente, dovrebbe tralasciare il principio contrastante e applicarla *sic et simpliciter*, e ciò perché il dettaglio a volte iperbolico di talune disposizioni dovrebbe consentire l'esclusione naturale di ogni forma di abuso[380]: come se il titolare del diritto si salvasse dall'incostituzionalità

379 SALVI C. [2], p. 1. Sul punto anche PATTI S. [1], p. 2, il quale rileva come "la giurisprudenza francese si mostrò favorevole all'idea di un controllo «contenutistico» del diritto soggettivo, ammettendo in alcune ipotesi la responsabilità del titolare del diritto, anche se il danno era stato causato nell'esercizio del diritto stesso" (v. *supra*, cap. II, par. 1).

380 Ne sembra convinto PINO G. [2], su cui criticamente v. *supra*, cap. II, par. 1, p. 85, nota 196.

(abusività) della condotta grazie alla costante ipertrofia legislativa, perché il giudice non potrebbe rilevarla, nemmeno in presenza di evidentissimi segnali d'illiceità[381].

**Un surreale giudizio di costituzionalità con sentenza additiva**

Oppure, non potendo mai sindacare l'abuso del diritto, dovrebbe volta per volta sollevare questione di costituzionalità, chiedendo una pronuncia additiva che tenga in considerazione i principi di correttezza e ragionevolezza come sopra esplicati, per cui la norma regolatrice del diritto sarebbe incostituzionale "nella parte in cui non prevede il divieto di…": soluzione, questa, che ci pare davvero surreale per i motivi che a breve andremo ad esplicare.

**La diretta applicabilità del principio**

Al contrario, il giudice di oggi, in prima persona, risolve il caso applicando direttamente il principio e introducendo, di fatto, un limite alla regola permissiva prima inesistente (o, a voler esser più precisi, un divieto fino a quel momento latente[382]).

**Ammissibilità del giudizio quando il principio è richiamato quale limite al diritto**

Tale tipo di giudizio, avverso ai più, potrebbe trovare un pacifico fondamento quando il principio è richiamato dalla stessa normativa regolatrice del diritto attribuito quale limite al diritto stesso: così, ad esempio, la buona fede – pur nella sua veste di clausola generale, comunque espressione del principio costituzionale di correttezza – autorizzerebbe il giudice al compimento diretto di simili operazioni valutative perché essa stessa, per come è inserita nel sistema codicistico, si pone come limite espresso al diritto, segnandone i confini. Il richiamo, allora, servirebbe da lasciapassare per una decisione di merito in base al principio ivi enunciato, cosicché tale forma di giudizio non potrebbe che ritenersi assolutamente legittima. In assenza, dovrebbe al contrario ritenersi praticabile l'unica via della questione di costituzionalità (così, ad esempio, nei casi di irragionevolezza).

---

381 Paradigmatico il caso *Major of Bradford v. Pickles*, su cui v. *supra*, cap. II, par. 1, p. 91, nota 206, i cui risultati per fortuna sembrano oggi scongiurati, viste le prassi giurisprudenziali italiane a noi più vicine come, ad esempio, le decisione sull'abusiva concessione di finanziamenti prima della novella dell'art. 1938 c.c. e il già richiamato caso di abuso per frazionamento giudiziale del credito (su cui v. *supra*, par. 1).

382 In proposito MECCARELLI M., p. 724, riprende il pensiero presente in SIMONCELLI V., affermando che "l'ordinamento giuridico viene concepito come qualcosa di più esteso del mero insieme del diritto positivo. L'interpretazione in tale orizzonte non tende a ricostruire l'originaria volontà del legislatore, ma è pensata come «lo studio della stessa vita sociale» che serve a «completare la legge», scoprendo «quel che è latente in essa»".

Tuttavia, nemmeno questa ipotesi ci convince.

**Prima critica: La portata generale dell'art. 2 Cost.**

In primo luogo, infatti, prevedere costituzionalmente il principio di correttezza ma limitarne l'applicazione diretta ai soli casi di espresso richiamo quale limite all'esercizio di uno specifico diritto significherebbe violare la Costituzione sotto il profilo della necessaria garanzia delle altrui posizioni giuridiche e della loro tutela, tanto più che la portata di un principio è, per sua stessa natura, estesa fin dove non incontra un altro principio o interesse pubblico di pari rango o più elevato, e nessuna limitazione si rinviene – né specifica né di carattere sistematico – all'interno dell'art. 2 della Costituzione o in tutta la Carta Costituzionale.

Vero è che a ciò si può ribattere che l'interesse pubblico alla certezza del diritto potrebbe impedire una tal forma di giudizio: vero pure però, si converrà, che di certo essa non viene salvata dal richiamo alla buona fede, la quale infatti non circoscrive il principio – anzi, si è visto come certa dottrina ritenga contenuto della buona fede oggettiva proprio il generale e solidaristico dovere di correttezza e lealtà tra le parti – ma solo la rilevanza del principio all'interno di determinati settori civilistici – obbligazioni e contratti – che, a volerla dir tutta, non offrono nemmeno quel certo riparo di cartapesta che talvolta si cerca nella sporadicità dei casi – quasi che un'ipotesi rara sia per ciò solo atta a ricevere una giustificazione giuridica opposta a quella che si applica alla vastità delle ipotesi restanti – poiché i campi delle obbligazioni e dei contratti tutto risultano meno che ambiti di scarsa o ristretta applicazione.

**Costituzionalità della norma e costituzionalità della condotta**

In secondo luogo, avere una questione di costituzionalità ogni qual volta venga in rilievo un potenziale abuso del diritto significherebbe trasformare il giudizio di costituzionalità *da astratto* – quale giudizio sul rapporto tra norma di legge e norma costituzionale – *in concreto*, giacché un conto è valutare la corrispondenza tra norma e principio costituzionale, un conto è decidere sulla costituzionalità *non dell'esercizio del diritto ma della condotta*, intesa quale esercizio del diritto in determinate circostanze di tempo, di luogo, di modo e con certi effetti che non possono venire in rilievo di fronte ai

giudici della Consulta, salvo trasformare la loro decisione *da giudizio di costituzionalità a giudizio di costituzionalità del caso specifico*, e cioè da giudizio astratto di norme a giudizio concreto di fatti: la condotta abusiva, in quanto contrastante con i principi costituzionali, non è solo illecita, è *ontologicamente costituzionalmente illecita*, ma data la sua natura, appunto, di condotta condizionata dalle circostanze, che ne entrano a far parte quale sostanza della medesima, il giudizio di abusività è necessariamente un giudizio di merito, come tale riservato – e si sottolinea, riservato – al solo giudice che di tali poteri valutativi è investito.

**Possibilità di un giudizio *ex ante***

In terzo luogo, come conseguenza, l'abuso del diritto implica necessariamente una valutazione discrezionale – non arbitraria – del caso di specie, ma con questo non si vuol dire che non sia possibile stabilire *ex ante* se la condotta di un soggetto sarà, o non sarà, abusiva.

E si afferma ciò nonostante il fatto, che qui affrontiamo con onestà, che non sempre esiste la possibilità di una astrazione generale della regola abusiva – e cioè la possibilità di indurre dalla soluzione della controversia la regola generale valida per tutti i casi simili – giacché il giudizio è esposto, per sua natura, a circostanze mutevoli e assolutamente irripetibili (si può dire, insomma, che nessun caso è esattamente identico all'altro), e magari proprio quella marginale differenza, per quanto minima o apparentemente poco rilevante, potrebbe fondare un giudizio di liceità in un caso, e di abusività nel secondo[383]. Così se è certamente possibile astrarre la regola di abuso frazionamento del credito dal caso specifico, di contro diventa difficile astrarre il divieto degli atti emulativi dai casi prima citati (v. *supra*, par. 1) senza, appunto, cadere nella generalità: atti che non abbiano altro scopo che di nuocere o recare molestia ad altri, e più non dimandare.

383 Il rinvenimento, infatti, di una sia pur minima utilità – foss'anche un'*amoenitas* – in un caso e la sua totale assenza in un altro renderebbe, rispettivamente, inoperosa o doverosa l'applicazione dell'art. 833 c.c.

**Il fattore etico di prevenzione e il fattore giuridico di applicazione**

Tuttavia, non possono neppure ignorarsi due fattori: il primo – assolutamente di natura extragiuridica – è la valutazione etica che ciascuno di noi può fare del proprio operato, e che incide anche a livello di subconscio sulla volontà di agire o non agire in un determinato tempo, spazio e modo[384]; dall'altro, tornando al Diritto, il "fattore esperienza", quale contributo donatoci dal passato a futura memoria per il nostro presente: il dato giurisprudenziale che dalla seconda metà dell'Ottocento ha contribuito all'esame del problema (fattore, questo, assolutamente giuridico).

Attraverso l'analisi della corposa giurisprudenza in materia, infatti, è possibile rigettare l'ipocrisia di rifiutare un intervento a tutti gli effetti creativo da parte del giudice a cui però si chiede, contemporaneamente, di applicare determinati principi: si tratta di un problema di coerenza, perché non è possibile imporre il rispetto di determinati canoni (correttezza, ragionevolezza, ecc.) e poi negarne rilevanza lì dove le forze politiche e ideologiche legislative non hanno potuto o voluto specificarne ulteriormente il contenuto. Si andrebbe a giustificare, in tal caso, l'illiceità, per mancanza di possibilità di sanzione (v. *supra*, cap. II, par. 3), con l'effetto di ridurre il principio fondamentale a mera clausola di stile, bella nelle parole ma poverissima nei fatti.

**Il rifiuto del giudizio come rigetto ideologico della soluzione del caso**

A ben vedere, ciò che urta contro la sensibilità dottrinale sul tema dell'abuso non è tanto il potere di sindacato del giudice – che viene in rilievo principalmente nelle

384 Salvo casi patologici, l'agire umano è guidato implicitamente dalla scelta tra giusto e ingiusto: saremo ordinariamente portati a compiere scelte incensurabili, forse pure per bontà, ma soprattutto per evitare le conseguenze sanzionatorie dell'eventuale fatto illecito, e quando abbiamo di fronte la scelta tra un esercizio sicuramente lecito e un esercizio dubbiosamente lecito, dovremmo preferire la prima o l'astensione. "Se, infatti, il dubbio è una costante nell'agire umano, non si può dire che esso ponga un problema di compatibilità con la buona fede se non quando ci si trovi di fronte a una situazione, nella quale il concorso di circostanze contraddittorie e dotate di ugual peso significante o l'assenza di precisi indici di riferimento non getti l'agente nell'amletica condizione del «to be or not to be». In caso contrario, o vi sono gli estremi perché egli possa superare il dubbio, privilegiando come più probabile la soluzione che poi risulterà magari erronea, e allora si potrà discutere della sua diligenza, non della sua buona fede, o pur esistendo elementi sufficienti, lo accantonerà, preferendo non «vedere» ciò che le circostanze denunciano come probabile e sospettando, quindi, di essere in torto, e allora non sarà più questione di buona fede ma di «una forma di ignoranza artefatta» (mala fede), se non addirittura di dolo" (BIGLIAZZI GERI L. [2], p. 160). Ma questi, lo si riconosce, sono argomenti più d'etica che di diritto, che tra l'altro attengono alla prevenzione dell'abuso e non contribuiscono al problema del suo accertamento giudiziale.

trattazioni sistematiche dell'argomento – quanto la pretesa erroneità di giudizio. Nello scorrere i contributi in tema di abuso – specialmente nelle note a sentenza – si ha la sensazione che il ricorso alla formula dei "limiti del giudizio" sia più funzionale al rigetto della soluzione del caso che a una vera e propria inammissibilità dei poteri decisori: si vuol dire, in altri termini, che chiedere al giudice di rimanere seduto in cattedra senza vedere cos'è effettivamente successo – nei limiti della prova fornita – sembra un *escamotage* dottrinale per rigettare la decisione specifica, e non il potere decisionale in sé. Al contrario, si ritiene doveroso l'intervento del giudice nel campo dell'esercizio dei diritti in funzione di garanzia della sfera giuridica altrui da indebite (abusive) intromissioni, e che l'osservazione della giurisprudenza debba cessare di essere condizionata dall'*an* – il giudice *può e deve* valutare la condotta delle parti, desumibile dalle prove che esse presentano – per concentrarsi sul *quomodo*, e cioè per concentrarsi non sul *se* è possibile valutare, ma sul *come* è possibile valutare.

Occorre dunque fare pace con l'anima e rassegnarsi all'idea di consegnare l'abusività della condotta nelle piene mani del giudice, il quale, tuttavia, non è libero di decidere come preferisce, ma è legato ad alcuni parametri rinvenibili nel logico svolgimento del diritto, nell'ormai arlecchina e pluricentenaria giurisprudenza sull'abuso, e negli usi che ne caratterizzano un dato esercizio.

**Giudizio sull'abuso e conformità agli usi**

Occorrono qui, tuttavia, ulteriori due chiarimenti. Intanto non si vuol dire che il giudizio abusivo sia un giudizio di difformità dagli usi: gli usi possono costituire indizio di abusività lì dove magari vengono disattesi, perché ciò potrebbe essere indice di conseguimento di un risultato ingiusto alla luce dei canoni di buona fede o ragionevolezza, ma ciò non toglie che vi possa benissimo essere abuso nel caso di chi, gli usi, li rispetti perfettamente[385].

385 Si ricordi il caso di chi sostituisca una siepe con un muro, cit. *supra*, par. 1, o di chi frazioni giudizialmente il credito – prassi certo non sconosciuta agli operatori del diritto e anzi, per lungo tempo, graniticamente avallata dalla Suprema Corte. Si ricordi qui, nuovamente, l'art. 1:302 del Progetto redatto dalla Commissione Lando.

**La giurisprudenza consolidata quale fonte di criteri di giudizio**

In secondo luogo il riferimento al precedente – non come vincolante ma come orientante, formante il proprio convincimento – consente al giudice di verificare la solidità o meno di certi percorsi argomentativi da cui scaturiscono decisioni che, dall'analisi dottrinale, possono risultare più o meno condivisibili: è il patrimonio della c.d. "giurisprudenza consolidata", ma anche dei "cambi di rotta" spesso inaugurati dalle Sezioni Unite della Cassazione, che deve fungere da materiale di studio, di analisi, per enucleare quelle soluzioni conformi ai valori tipici di una certa società in un certo periodo storico.

Pertanto, quando si affronta un giudizio di tal genere, non si può far altro che o seguire la via già ampiamente segnata dal passato, se esiste, o riformarla attraverso nuove convinzioni, coscienze, volontà più "fresche" che vedono in questo o in quel termine un significato del tutto nuovo e inatteso, che sbaraglia la certezza consolidata di prassi anche ultracentenarie (*mutatis mutandis*, per tutti, CASS. 500/99), e come ogni cambiamento crea scompiglio, e lo scompiglio critiche, a volte fondate, altre volte meno o per nulla. Il tutto, sperando di non aver sbagliato troppo.

Ed è, questa, un'amara verità, e cioè che il giudice, chiunque sia, di qualsiasi grado e giurisdizione, come fa, sbaglia: si riesce forse a trovare, nei repertori di giurisprudenza italiani, forse anche fin troppo corposi, ma pure in quelli del resto del mondo, una sola decisione che non presti il fianco ad almeno una critica?[386] Non c'è modo di predire il risultato dell'applicazione di un principio perché esso cambia in base alle circostanze del fatto concreto, cosicché l'unica scelta utile che può fare il giurista è trarre insegnamento dagli errori del passato – e sotto questo profilo l'abuso del diritto fornisce abbondante materiale di studio e di riflessione – e renderlo tesoro per il futuro, al fine di individuare quanto meno le ipotesi più ricorrenti e trarre, ecco il punto di

386 Certo è doveroso riconoscere gli errori scusabili quando la questione è particolarmente complessa, ma spesso la "giurisprudenza creativa" raccoglie critiche molto forti.

svolta, da quella prassi figlia di un principio una regola specifica che ammetta o sanzioni una certa fattispecie[387].

Fortunatamente per noi, la nostra è la fase della raccolta dei frutti e non della semina. La fatica di individuare i casi di abuso del diritto possiamo dire che è già stata ampiamente affrontata da ogni ordinamento statale del mondo, per cui al giurista di oggi non resta che ordinare la giurisprudenza secondo i criteri contenutistici dell'abuso del diritto e trarne delle regole più o meno generali che riescano a soddisfare tanto l'esigenza di giustizia del danneggiato quanto la necessaria discrezionalità decisoria del giudice, fornendo a quest'ultimo utili strumenti per valutare l'abusività o meno di una condotta senza sconfinare nell'arbitrio puro-etico e pseudo-giuridico.

È, pertanto, possibile ricavare oggi alcuni precisi criteri idonei a riempire di contenuto i principi di correttezza e buona fede, fornendo al contempo buoni strumenti di valutazione giudiziale.

**I criteri di valutazione dell'abuso: il *venire contra factum proprium*…**

Si è già parlato dell'abusività del c.d. *venire contra factum proprium* (v. *supra*, par. 1, ma pure *infra*, par. 4) – come nel caso dei soci di maggioranza che deliberino lo scioglimento della società per ricostituirla subito dopo in assenza dei soci di minoranza sgraditi[388] – cui si ricollega anche l'istituto germanico della *Verwirkung*, ma anche il caso di volontariamente non opti per l'adesione a un regime di progressione di carriere non discriminatorio, e permanga dunque nel precedente regime – a sua volta riconosciuto come discriminatorio – chiedendo poi il risarcimento del danno[389]. In tali casi il titolare

387 REINER H., p. 166: "Ciò che viene richiesto moralmente all'uomo non lo si può definire per mezzo di concetti generali, ma in fondo deriva sempre e soltanto dalle situazioni sempre diverse l'una dall'altra nella loro particolarità, in cui si trova chi deve agire".

388 Su cui, di recente, TRIB. SANTA MARIA CAPUA VETERE, 31 maggio 2012, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2014, 1, parte II, p. 61, con nota di IVONE PACE D., *ibidem*, p. 71 e ss.

389 È la causa ancora non definita dalla CGE, C-417/13, STARJAKOB, ove l'Austria aveva predisposto una nuova normativa non discriminatoria di progressione delle carriere senza però compensazione retributiva dei soggetti interessati, e l'attore, non aderendo volontariamente al nuovo regime, aveva poi proposto domanda di risarcimento per il regime discriminatorio cui era rimasto sottoposto. Si chiede infatti alla CGE "se un lavoratore, il quale ometta di prestare la cooperazione a lui richiesta nella rideterminazione della data di riferimento ai fini dell'avanzamento di carriera in base al nuovo sistema non discriminatorio di computo e di avanzamento, e pertanto non si avvalga consapevolmente della

del diritto lo esercita (o non lo esercita, nella seconda ipotesi) per poi porre in essere un comportamento contrario al precedente. In tali casi si è ritenuto corretto ritenere violata la buona fede – anche se sarebbe meglio richiamare anche la ragionevolezza, *sub specie* di coerenza e logicità – giacché una volta ingenerato in controparte un legittimo affidamento, scaturito dall'esercizio o meno di un diritto, ovvero dall'esercizio con certe modalità di un diritto, il cambio repentino di direzione minerebbe quel minimo di certezza necessaria per il corretto svolgimento del rapporto[390].

Così è stato ritenuto abusivo, *sub specie* di *Verwirkung*, il licenziamento intimato a rilevante distanza di tempo dall'accadimento, poiché "trattasi, all'evidenza, di una ragione giustificativa della regola di immediatezza della contestazione coincidente con quella che connette l'onere di tempestività al principio di buona fede oggettiva e più specificamente al dovere di non vanificare la consolidata aspettativa, generata nel lavoratore, di rinuncia all'esercizio del potere disciplinare (cfr. *ex plurimis* Cass. 23 giugno 1999, n. 6408). Si tratta di una decadenza dal potere (nel sistema tedesco: *Verwirkung*), derivante dalla violazione del più generale divieto di *venire contra factum proprium*"[391].

È poi in ambito processuale che il criterio assume particolare rilevanza, laddove consente di paralizzare abusive eccezioni di improcedibilità[392], o di difetto di

---

norma non discriminatoria, restando volontariamente nel precedente sistema discriminatorio in ragione dell'età, possa far valere una discriminazione fondata sull'età determinata dal precedente sistema, oppure se la permanenza nel precedente sistema discriminatorio, al solo fine di poter far valere pretese pecuniarie, costituisca un abuso di diritto".

390 Ex *multis*, CASS., 9293/13, Cass. 9292/13, ma soprattutto CASS., 15216/12, ivi richiamata, secondo cui, in tema di escussione di garanzia fideiussoria da parte dell'Amministrazione doganale per inadempimento dell'obbligo di restituzione delle anticipazioni all'esportazione, non sussiste violazione della correttezza per richiesta d'integrazione di documenti a notevole distanza di tempo, rigettando l'idea di un "legittimo affidamento di questi [il garante, n.d.A.] sulla regolarità dell'operazione doganale e sul diritto all'aiuto comunitario all'esportazione, fondato sul decorso di un lungo lasso di tempo dall'operazione prima della richiesta da parte dell'Amministrazione di produrre documentazione integrativa in ordine alla prova dell'avvenuta esportazione, e nonostante una precedente prassi che si accontentava di una prova documentale più limitata". La stessa logica è alla base di quanto disposto dall'art. 1373 co. 1 c.c.

391 CASS., 1693/13.

392 CASS., SS. UU., 22236/09, secondo cui "è contraddittorio che la parte, dopo aver proposto l'istanza per l'atto di istruzione preventiva al giudice che ritiene competente per il merito (compiendo un atto

giurisdizione[393], a fronte di un esercizio dell'azione proposto proprio di fronte al giudice successivamente contestato.

**… l'atto inutile…**

Altra categoria di abuso è quella dell'atto inutile, ovvero dell'atto – più in generale del comportamento – rispettoso del diritto ma privo di qualsivoglia utilità. Già si è detto prima degli atti emulativi (v. *supra*, par. 1, l'esempio della finta telecamera e o del marciapiede inutilmente alto), ma la casistica non si esaurisce nel campo dei diritti reali: così è qualificabile abusivo il caso di chi diffidi controparte sapendo che essa è assente perché in viaggio o impegnato nelle vacanze estive[394].

**… la sproporzione tra interessi contrapposti…**

Vi sono, poi, i casi di sproporzione tra interessi, anch'essi talvolta riscontrabili nel novero degli atti emulativi, laddove all'utilità del proprietario non corrisponde un proporzionato sacrificio altrui (v. *supra*, par. 1, gli esempi della costruzione di baracche o della collocazione di piante ad alto fusto che rovinino la veduta al vicino), come anche nelle ipotesi già viste del frazionamento giudiziale del credito e nell'eventuale abusiva iscrizione ipotecaria in base a decreto ingiuntivo, la quale impedisca la conclusione di un concordato preventivo[395], ove all'interesse alla garanzia immobiliare si contrapponga l'interesse dell'imprenditore a concludere positivamente l'accordo.

---

incompatibile con la volontà di avvalersi dell'arbitrato estero e rinunziando implicitamente alla deroga della giurisdizione italiana), contesti poi la giurisdizione del giudice italiano, allorché davanti a questo sia successivamente convenuta. Quindi la parte che ha adito il giudice ordinario per la tutela non meramente cautelare dei diritti nascenti da un contratto, nonostante la presenza di una clausola di arbitrato estero, implicitamente rinuncia alla facoltà di avvalersi della predetta clausola e non può pertanto eccepire, nel giudizio, l'improcedibilità della sua stessa domanda per paralizzare le eccezioni e le domande riconvenzionali dell'altra parte".

393 TAR LOMBARDIA, MILANO, 861/13, e ivi richiamate CONS. ST. 5802/12, ma soprattutto CONS. ST. 756/12, secondo cui eccepire il difetto di giurisdizione dopo averla implicitamente accettata "si porrebbe in contrasto con i principi di correttezza e affidamento che modulano il diritto di azione e significherebbe, in caso di domanda proposta a giudice carente di giurisdizione, non rilevata d'ufficio, attribuire alla parte la facoltà di ricusare la giurisdizione a suo tempo prescelta, in ragione dell'esito negativo della controversia", cosicché l'eccezione di giurisdizione si configurerebbe in tali circostanze come "abuso del diritto, quale è da ritenersi, a guisa di figura paradigmatica, il *venire contra factum proprium* dettato da ragioni meramente opportunistiche".

394 Caso francese citato da BIANCA C. M. [1], p. 212, nota 27.

395 La quale è stata ritenuta, tuttavia, lecita, da CASS. 17.205/04, secondo cui "la responsabilità risarcitoria per abuso del diritto di credito [meglio sarebbe stato dire di diritto di richiedere la garanzia del credito, n.d.A.], anche in relazione all'inosservanza dei generali doveri di lealtà e correttezza posti dall'art. 1175 cod. civ., postula un comportamento lesivo dell'interesse del debitore che esorbiti dal limite della

**…l'illogicità del comportamento tenuto…**

Vi è, poi, il caso dell'illogicità del comportamento tenuto, illogicità che va valutata alla stregua di parametri obiettivi quali quelli risultanti dalle massime d'esperienza non solo generali, ma soprattutto attinenti lo specifico ambito in cui il diritto viene esercitato. Forma di abuso, questa, frequente, come vedremo, nel settore tributario (v. *infra*, parte III, cap. IV), e in cui possono assumere ruolo di parametro tanto gli usi quanto le regole deontologiche, quali prassi imposte e tipizzate.

**… e la frode alla legge**

Ultima categoria di ipotesi abusive è quella della frode alla legge[396], intesa quale preordinazione di esercizio del diritto – specie di autonomia contrattuale – diretta ad eludere limiti legislativi. Anche quest'ipotesi verrà più dettagliatamente spiegata nel prosieguo, atteso il suo rilevantissimo ruolo nell'ambito del diritto tributario: qui basti rilevare la sussistenza di taluni casi abusivi, ad esempio, nell'alienazione (o nella promessa di alienazione) in garanzia, finalizzata all'elusione del divieto di patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c., poiché "secondo il consolidato orientamento di questa Corte, il divieto del patto commissorio sancito dall'articolo 2744 c.c., con la conseguente sanzione di nullità radicale, si estende a qualsiasi negozio, ancorché di per sé astrattamente lecito [liceità del diritto, n.d.A.], allorché esso venga impiegato per conseguire il fine concreto [dolo specifico, n.d.A.], riprovato dall'ordinamento, della illecita coercizione del debitore [illiceità del fine, n.d.A.], costringendolo al

ragionevole tutela dell'interesse del creditore, secondo una valutazione da effettuarsi al momento in cui il comportamento stesso è tenuto. Tale abuso non è configurabile nell'iscrizione di garanzia ipotecaria, per il solo fatto che segua [di sei giorni, circostanza di tempo: v. *supra*, par. 1] la data della presentazione da parte dell'obbligato di domanda di ammissione al concordato preventivo, e che quindi, a norma dell'art. 168 della legge fallimentare, non autorizzi il promuovimento o la prosecuzione di azioni esecutive sul patrimonio del debitore e non attribuisca prelazione nel rapporto con gli altri creditori concorrenti. L'ipotecante, infatti, mantiene prelazione rispetto ai crediti eventualmente insorti dopo l'indicata data, ed inoltre si riappropria di tutte le sue facoltà, anche nei confronti del debitore, ove il concordato non vada a buon fine ed il successivo fallimento si chiuda senza il soddisfacimento (in tutto o in parte) delle sue ragioni (art. 120 legge fallimentare). Dette evenienze, legittimamente prospettabili al momento dell'iscrizione ipotecaria, integrano l'interesse all'iscrizione medesima pure quando sia già stata presentata domanda di concordato preventivo. Tanto basta, in assenza di specifiche situazioni che evidenzino come non proporzionata rispetto a detto interesse l'iscrizione ipotecaria, per escludere gli estremi dell'abuso del diritto, rendendo ultronea l'indagine sul determinarsi o meno di danno per il debitore".

396 PAOLO [2]: "*Contra legem facit qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*".

trasferimento di un bene a scopo di garanzia nella ipotesi di mancato adempimento di una obbligazione assunta. In particolare, si ritiene pacificamente che il patto commissorio possa essere ravvisato anche di fronte a più negozi tra loro collegati, quando da essi scaturisca un assetto di interessi complessivo tale da far ritenere che il procedimento negoziale attraverso il quale deve compiersi il trasferimento di un bene del debitore sia collegato, piuttosto che alla funzione di scambio, ad uno scopo di garanzia, a prescindere dalla natura meramente obbligatoria o traslativa o reale del contratto (v. Cass. 23-10-1999 n. 11294; Cass. 23-10-1994 n. 11924; Cass. 15-8-1990 n. 8325), ovvero dal momento temporale in cui l'effetto traslativo sia destinato a verificarsi nonché dagli strumenti negoziali destinati alla sua attuazione e, persino, dalla identità dei soggetti che abbiano stipulato i negozi collegati [ovvero le circostanze, n.d.A.], sempre che questi siano stati concepiti e voluti come funzionalmente connessi e tra loro interdipendenti, onde risultare idonei al raggiungimento dello scopo finale di garanzia che le parti si sono prefissate [di nuovo, dolo specifico, n.d.A.]" [397]; ancora, nel caso di elusione del diritto di prelazione agraria del confinante mediante insediamento di un affittuario[398], di un elusivo frazionamento dell'attività imprenditoriale tra più soggetti funzionalmente collegati, al fine di escludere l'eventuale tutela reale del lavoratore illegittimamente licenziato[399], nonché l'utilizzo reiterato di contratti a termine per eludere la disciplina relativa al rapporto di lavoro a tempo indeterminato[400].

397 Da ultimo, CASS. 12462/13.

398 CASS. 6122/13.

399 CASS. 3482/13.

400 Da ultimo, CASS., 2509/13, CASS. 2410-11-12-13/13. Vedi pure le cause pendenti presso la CGE C-362/13, FIAMINGO, C-363/13, ZAPPALÀ, C-407/13, ROTONDO E A., tutte contro RETE FERROVIARIA ITALIANA, ove si chiede di pronunciarsi sul se l'accordo quadro recepito dalla Direttiva 1999/70/CE "osti ad una normativa nazionale (nella specie le norme del codice della navigazione) che esclude in caso di utilizzo di una successione dei contratti (tale da integrare abuso ai sensi della clausola 5) che questi siano trasformati in rapporto di lavoro a tempo indeterminato (misura prevista dall'art. 326 cod. nav. solo per l'ipotesi che l'arruolato presti ininterrottamente servizio per un tempo superiore ad un anno e per l'ipotesi in cui fra la cessazione di un contratto e la stipulazione del contratto successivo intercorra un periodo non superiore ai sessanta giorni)". Quanto alle sentenze più recenti, si ricordino C-212/04, KÜCÜK, C-378/07, ADENELER, C-586/10, ANGELIDAKI E A., C-251/11, HUET.

## 4. L'ELEMENTO SOGGETTIVO DELL'ILLECITO ABUSIVO: IL DOLO SPECIFICO DI DANNO E DI VANTAGGIO

**L'elemento soggettivo quale elemento costitutivo dell'illecito abusivo**

Se l'abuso, nella sua sostanza, consiste in un esercizio lecito di un diritto inserito in un contesto comportamentale illecito, non può comunque dichiararsi chiuso l'esame del tema senza fare riferimento all'altro elemento costitutivo dell'istituto, ovvero quello soggettivo.

La struttura dell'abuso, infatti, non si presenta agli occhi del giurista come una mera difformità tra comportamento posto in essere e principi di correttezza e ragionevolezza, anche perché esso non esaurisce certo l'area di antigiuridicità che tale contrasto caratterizza, poiché sussistono – come lo studioso sa bene – violazioni dei suddetti canoni senza che, per ciò, si debba far ricorso alla qualificazione errata di illecito abusivo per sanzionarli (si v. *infra*, in relazione all'art. 2901 c.c.).

***Animus nocendi* e dolo**

D'altronde, la stessa struttura dell'abuso (morale) prevede un *animus nocendi* da sempre pacificamente riconosciuto, giacché la malizia (la *malice* anglosassone) si pone come base psicologica dello stesso comportamento abusivo, mirante a danneggiare il prossimo o a conseguire un ingiusto vantaggio pur formalmente rispettando le comuni regole sociali[401].

Non si può insomma ignorare che l'illecito abusivo, quale forma giuridica del suo omonimo morale, sia frutto di *una combinazione tra un elemento oggettivo* (costituito da esercizio lecito, condotta illecita, danno o vantaggio ingiusto, e nesso causale che lega i primi al secondo) *e un elemento soggettivo*, il dolo – scopo di nuocere o recare

401 Esordisce così VIARO S., p. 1: "Si trova di frequente richiamata, negli studi dedicati alla moderna *exceptio doli generalis*, la figura dell'abuso del diritto, individuandosi nell'effetto tipico della prima, consistente nel diniego di protezione giuridica a una pretesa fatta valere con malizia, o comunque scorrettamente, il rimedio più efficace contro comportamenti riconducibili nell'alveo della seconda, intesa, nell'accezione più ampia possibile, quale «uso cattivo, riprovevole o riprovato, illegittimo o ritenuto tale, di un diritto da parte di chi è titolare»". Contro questa impostazione milita la giurisprudenza comunitaria, ad esempio CGE, C-200/02, ZHU E CHEN, commentata da BERGAMINI E., p. 347 e ss., spec. 362 e ss.

molestia ad altri, secondo il testo esemplare dell'art. 833 c.c. – come ha avuto modo di precisare, talvolta, la giurisprudenza[402]: anche perché, si converrà, parrebbe quantomeno bizzarro accordare al danneggiato dall'abuso del diritto quello strumento di paralisi degli effetti dell'esercizio del medesimo che è l'*exceptio doli*… in assenza di un qualsivoglia dolo: che cosa si andrebbe allora ad eccepire[403]?

**La naturale caratterizzazione dolosa dell'abuso**

Tale conclusione è ancor più rafforzata, paradossalmente, da taluni convincimenti dottrinali, già analizzati in precedenza (v. *supra*, cap. II, par. 1 e questo cap., parr. 2 e 3), secondo cui l'abuso consisterebbe nel solo elemento oggettivo dello sviamento dallo scopo per il quale la situazione giuridica soggettiva è stata attribuita, ovvero della realizzazione di un interesse diverso e immeritevole da quello posto a fondamento della norma permissiva – entrambi frutto di trasposizione della figura dell'eccesso di potere quale vizio dell'atto amministrativo nel diritto civile – oppure di una sproporzione tra vantaggio conseguito e pregiudizio arrecato. Tutti criteri oggettivi, sicuramente, (anche se non sempre di facile applicazione), ma che non possono espandere la responsabilità abusiva oltre l'intenzione di nuocere, finendo per ricomprendervi ipotesi diverse anche se parimenti illecite, giacché essi stessi presuppongono, nel loro accoglimento, l'incidenza di un atteggiamento psicologico intenzionale.

Si può infatti immaginare un soggetto che eserciti un proprio diritto per uno scopo differente da quello insito nella *ratio* del diritto stesso, o per realizzare un

402 CASS., 3558/95, in Giur. it., 1996, I, 1, 378, secondo cui "la sussistenza di un atto di emulazione postula il concorso di un elemento oggettivo, consistente nell'assenza di utilità per il proprietario e di un elemento soggettivo, costituito dall'"animus nocendi", ossia l'intenzione di nuocere o di recare molestia ad altri", ma pure CASS. 9998/98, TRIB. NAPOLI 20 febbraio 1997 (cit. *supra*, par. 1), in Giur. merito, 1998, p. 33; CASS., 301/96; CASS. 4803/92; CASS. 5066/86 e CASS. 1509/86.

403 In proposito rimane centrale la pronuncia CASS., SS. UU., 3947/10 in tema di garanzia fideiussoria, laddove si stabilisce il principio di diritto per cui la clausola "senza eccezioni" non può essere sfruttata per ottenere l'escussione della garanzia anche a fronte dell'adempimento dell'obbligato principale, e cioè a seguito dell'estinzione del debito garantito, cosicché dal "senza eccezioni" rimane esclusa – e quindi è proponibile dal garante – l'*exceptio doli*. Sul punto si veda, ancor più di recente, TRIB. MILANO n. 7011 dell'11 giugno 2012, laddove l'escussione della garanzia può essere paralizzata mediante *exceptio doli* anche quando venga provato che l'obbligazione principale sia inesistente.

interesse diverso e immeritevole da quello ricavabile interpretativamente dalla norma attributiva del diritto, ovvero si comporti in modo abnorme, sproporzionato, o illogico *senza averne la benché minima coscienza e volontà*, come nel caso deciso dalla Suprema Corte in tema di comunione *de residuo*[404], la quale ammette proprio il ricorso all'abuso del diritto quale tecnica di tutela delle proprie ragioni "lecitamente" pregiudicate?

In altri termini, l'abusivo frazionamento del credito, l'abusiva concessione di finanziamenti garantiti da fideiussioni *omnibus* senza tetto massimo e la loro abusiva escussione, l'abusiva scelta dell'usufruttuario di azienda di elevare enormemente i prezzi dei prodotti per favorire un concorrente (magari altra attività concorrente organizzata da se stessi e svolta a mezzo di rappresentanti) o danneggiare il nudo proprietario, l'abusivo pagamento di somme consistenti mediante monetine (su cui v. *infra*) o con adempimenti in contanti frazionati, elusivi del divieto di cui all'art. 49 co. 1 del d.lgs. 231/07, l'abusivo matrimonio al fine di far ottenere al coniuge la cittadinanza[405], possono *davvero* ritenersi comportamenti *abusivi* senza fare ricorso al *dolo*, come se non vi fosse alcuna coscienza e volontà di danneggiare un altro soggetto o di conseguire un illecito vantaggio?

**L'intenzione di nuocere e l'intenzione di conseguire un vantaggio ingiusto**

L'essenza psicologica dell'abuso non può essere ignorata, e infatti essa si rinviene manifestamente *nell'intenzione di nuocere* o *nell'intenzione di conseguire un vantaggio ingiusto*, ove il primo è funzionale al secondo: si pensi alla concorrenza sleale, di nuovo all'abusiva concessione di credito, all'importantissimo – come vedremo *infra*, parte III,

404 CASS., 13441/03: "In mancanza di una espressa previsione legislativa che imponga al singolo coniuge di amministrare i redditi individuali, in modo da non pregiudicare le aspettative dell'altro, quest'ultimo potrà, a tale scopo, sia chiedere l'anticipata separazione dei beni (art. 193 c.c., il quale, in caso di cattiva gestione di uno dei coniugi nei propri affari o di mala amministrazione dei beni, riconosce "l'interesse" dell'altro coniuge, esprimendo un concetto che può comprendere l'aspettativa inerente la comunione residuale), sia avvalersi di strumenti di tutela di carattere generale spettanti ad ogni creditore, del genere delle azioni revocatoria e surrogatoria nonché del risarcimento dei danni, sia, infine, in via di estremo subordine, invocare il principio di buona fede ed il divieto dell'abuso del diritto, fermo l'obbligo, per il coniuge "dissipatore", di rendere il conto delle sue entrate e di come sono state spese". La sentenza è stata commentata da MICARI G.

405 Sul punto, anche se esclude nel merito la fattispecie affrontata dalla CGE, causa C-109/01, AKRICH, commentata, da ZANOBETTI PAGNETTI A. e la più recente C-127/08, METOCK, commentata da COSTELLO C.

cap. IV – abuso nel diritto tributario, *sub specie* di elusione fiscale, ove il raggiro fiscale danneggia l'Erario e fa risparmiare illecitamente il contribuente.

**Il dolo abusivo quale necessario dolo specifico**

E tale dolo, si badi bene, non è mero dolo generico, ma vero e proprio *dolo specifico*, e ciò pena l'inutilità del suo stesso richiamo! Se, infatti, bastasse la mera coscienza e volontà dell'esercizio del diritto, non si farebbe altro che dire che il soggetto titolare abbia voluto porre in essere quel comportamento. Come dire: ho esercitato il mio diritto di proprietà con coscienza e volontà di esercitare il mio diritto di proprietà (ho chiuso le luci del vicino costruendo un muro appoggiato a un altro muro preesistente) o di non esercitare quello di voto (non votando nell'assemblea dei soci, paralizzando l'attività societaria) o di voler pagare 10.000 euro in contanti mediante dieci dazioni frazionate di banconote per un totale di 999 euro l'una, e una banconota da 10 euro. Conclusioni, queste, che farebbero addirittura escludere la rilevanza del dolo, per lasciar posto alla pura volontà lecita di uso o non uso – e non, quindi, di abuso – del diritto, con l'effetto di svuotare di significato l'istituto.

***Animus nocendi* e *animus ad rem illicitam acquirendi***

Per poter parlare di illecito abusivo occorre allora riferirsi al *dolo specifico*, quale *animus nocendi* o *ad rem illicitam acquirendi* – dove il risultato del primo (danno ingiusto) è spesso strumentale a quello del secondo (vantaggio ingiusto) – pena altrimenti l'ammissione, nell'alveo di tal forma di responsabilità, di un illecito meramente oggettivo, slegato da ogni connotazione psicologica, la quale invece caratterizza l'istituto che andrebbe, altrimenti, a confondersi con altri illeciti o, ancor peggio, col lecito: ciò è tanto più evidente, e forse più accettabile dalla dottrina che già avrà storto il naso leggendoci, nei casi di abuso del negozio giuridico, ove la sequenza di atti posta in essere dai soggetti coinvolti è certamente lecita, ma finalizzata – dolo specifico – a danneggiare altri o ad avvantaggiarsi illecitamente, come nel caso di trasformazione di fondazione in società e successivi conferimenti di beni immobili, al fine di evitare le gravose imposte sui conferimenti societari (*ex* art. 4 della parte I della Tariffa allegata al d.P.R. 131/86), e dove il giudice, trattandosi di negozi giuridici, può e deve indagare la

concreta volontà delle parti al fine di dichiararne l'illiceità o l'inefficacia dei negozi stessi.

Se così non fosse – e con ciò non si vuol dire che il giudice dovrebbe fare da inquisitore dell'animo (v. *supra*, cap. II, par. 1) ma solo che l'intenzione vada necessariamente desunta da elementi precisi e oggettivi, spesso ben evidenti nei fatti abusivi, specie in quelli negoziali[406] – non si potrebbero sanzionare determinati comportamenti, come quelli prima esaminati, ove in effetti scompare (o viene adombrata) la volontà che tipicamente accompagna l'atto posto in essere e vi appare al di sopra quella dolosa, come nel caso dell'illecita reiterazione dei contratti di assunzione a termine[407] al fine di soddisfare le esigenze datoriali senza i "contro" dell'assunzione a tempo indeterminato, ovvero nel caso di concessione abusiva di credito, laddove essa è funzionale all'escussione della garanzia per un importo di gran lunga superiore a quello che si sarebbe dovuto ordinariamente percepire ma, ancor di più, nel caso di alienazione del proprio patrimonio o di accollo di debiti in danno ai creditori.

**Il dolo specifico quale elemento soggettivo emergente da dati oggettivi: onere probatorio e motivazione sul punto**

Questo è un punto fondamentale che va' messo bene in evidenza: seppur l'abuso sia connotato da un elemento soggettivo, il dolo specifico non va rilevato per via soggettiva, e cioè tentando di sondare la psiche del convenuto, ma deve emergere da elementi oggettivi, fattuali, probatori in sede processuale, cosicché se pur di elemento soggettivo deve parlarsi, esso rileva in quanto derivazione logica di interpretazione di elementi fattuali oggettivi. Il giudice, in sostanza, nel ritenere sussistente l'abuso, deve far emergere in motivazione gli elementi precisi e concreti che hanno portato all'accertamento del dolo – oltre che dell'elemento oggettivo, chiaramente – non potendo esso desumersi da semplici presunzioni, sia per il rispetto dovuto al principio della tendenziale certezza del diritto, sia perché non di dolo generico si tratta, ma di

406 Sull'onere probatorio che grava sull'Amministrazione finanziaria in ordine all'elusività dei negozi posti in essere dai contribuenti, v. *infra*, parte III, cap. IV, par. 4.

407 Da ultimo, TRIB. TRAPANI, n. 90 del 15 febbraio 2013, in un caso coinvolgente la reiterazione di assunzioni con contratti a tempo determinato da parte della P.A. nel comparto scuola. La questione ha interessato l'Italia anche, purtroppo, di fronte alla CGE, C-53/04, MARROSU E SARDINO.

dolo specifico, e cioè di coscienza e volontà indirizzata non a compiere quegli atti e fatti, ma a compiere quegli atti e fatti per quel determinato fine: la stringente teleologia della condotta, allora, impone un onere probatorio specifico all'attore e una motivazione sul punto in termini di sussistenza o meno da parte del giudice.

**Il dolo quale ulteriore discrimine tra lecito, illecito e abuso**

La necessaria presenza e verifica del dolo, insomma, fa da discrimine tra il lecito e l'abuso, ma con ciò non bisogna pensare che essa esaurisca in tal campo il suo ruolo. Ben potrebbe essere, infatti, che un comportamento non doloso sia comunque illecito, non abusivo ma di altro tipo, come in alcuni casi previsti dall'art. 2901 c.c.[408]

**L'esempio dell'azione revocatoria**

La norma, infatti, tiene conto della "*dolosa preordinazione*" degli atti di disposizione del patrimonio anteriori al sorgere del credito (*consilium fraudis*), cui deve partecipare anche il terzo (*partecipatio fraudis*): disposizioni, queste, che mirano proprio a scongiurare l'esercizio abusivo dell'autonomia negoziale al fine di pregiudicare illecitamente le ragioni creditorie future, magari già previste o in procinto di nascere, cosicché accanto all'esercizio lecito dell'autonomia contrattuale si rinvengono elementi oggettivi circostanziali (tempo, luogo, modo, effetti) che fungono da indici d'illiceità pregiudizievole per il creditore, uniti al dolo specifico dell'intento fraudatorio.

Del pari la norma prevede pure, nel caso di atti pregiudizievoli *successivi* al sorgere del credito, la "conoscenza" del pregiudizio (*scientia damni*, non il dolo preordinato che è, come visto, *consilium fraudis*), che deve pure investire il terzo, con

---

408 Art. 2901 c.c. Condizioni. 1. Il creditore, anche se il credito è soggetto a condizione o a termine, può domandare che siano dichiarati inefficaci nei suoi confronti gli atti di disposizione del patrimonio coi quali il debitore rechi pregiudizio alle sue ragioni quando concorrono le seguenti condizioni:
1) che il debitore conoscesse il pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni del creditore o, trattandosi di atto anteriore al sorgere del credito, l'atto fosse dolosamente preordinato al fine di pregiudicarne il soddisfacimento;
2) che, inoltre, trattandosi di atto a titolo oneroso, il terzo fosse consapevole del pregiudizio, e, nel caso di atto anteriore al sorgere del credito, fosse partecipe della dolosa preordinazione.
2. Agli effetti della presente norma, le prestazioni di garanzia, anche per debiti altrui, sono considerate atti a titolo oneroso, quando sono contestuali al credito garantito.
3. Non è soggetto a revoca l'adempimento di un debito scaduto.
4. L'inefficacia dell'atto non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede , salvi gli effetti della trascrizione della domanda di revocazione.

l'effetto di rendere del tutto irrilevante l'elemento psicologico doloso[409]. Ciò non significa, tuttavia, che non si abbia abuso del diritto anche in tale ipotesi: la non rilevanza del dolo ai fini della tutela creditoria non vuol dire, infatti, che esso non faccia parte della fattispecie di frode ai creditori. L'irrilevanza processuale del dolo non ne toglie rilevanza sul piano sostanziale.

Ancor più forte, poi, le disposizioni in tema di azione revocatoria dopo la dichiarazione di fallimento, posto che la disciplina di cui agli artt. 64 e ss. del r.d. 267/42 introduce una serie di presunzioni *iuris et de iure* di inefficacia in ordine a determinati tipologie di atti, se compiuti dal soggetto fallito nei due anni antecedenti la dichiarazione, ove il dolo, se pur esiste, non rileva ai fini della tutela creditoria.

Da ciò deriva pure, come conseguenza, che se di violazione dolosa di buona fede si parla, altro non si vuol dire che il soggetto abusante versa in *mala fede*, agendo con coscienza e volontà di danneggiare l'altro o anche di conseguire un vantaggio ingiusto.

**L'illecito abusivo quale illecito contrario alla buona fede oggettiva e soggettiva**

Ne consegue che l'illecito abusivo si caratterizza ulteriormente per non essere mera contrarietà alla buona fede oggettiva – *sub specie* di doveri di correttezza, lealtà e probità – ma anche comportamento posto in essere in *mala fede* – violazione della buona fede, stavolta, soggettiva – cosicché la fattispecie si realizza quando vi è una *duplice violazione della buona fede,* ove la seconda, però, è limitata ai casi di dolo specifico: ne consegue che non è ammissibile (ma comunque altrimenti sanzionabile) l'abuso *colposo* del diritto, o una responsabilità meramente oggettiva per lo stesso, poiché il *quid pluris* di caratterizzazione dell'illecito in parola rispetto ad altre violazione dei principi di correttezza (e ragionevolezza) è proprio la presenza di un dolo finalizzato al danno altrui, spesso accompagnato dal fine di conseguire un ingiusto vantaggio per sé o altri.

**Abuso finalizzato al danno e abuso finalizzato al profitto**

Da qui occorre prender le mosse per una ulteriore considerazione, relativa alla categorizzazione dell'illecito abusivo. Posto che esso può essere suddiviso in base a diversi criteri – per esempio in base al parametro: buona fede o ragionevolezza; in base

409 CASS. 2.792/02. Per una sintesi delle posizioni dottrinali CIAN G.-TRABUCCHI A., *sub* art. 2901 c.c., par. IV, p. 3686.

all'oggetto: abuso di diritto soggettivo, potestativo o di potestà; in base al contesto: abuso contrattuale, nelle obbligazioni, abuso di posizione dominante[410], abuso nella persona giuridica (come quello societario), ecc. – riteniamo che la classificazione più utile, anche al fine di rilevare particolari strutture d'illiceità abusiva e i relativi rimedi, sia quella di suddividere l'istituto in *abuso finalizzato al danno* e *abuso finalizzato al profitto*.

La condotta abusiva, infatti, viene posta in essere per soli due possibili fini: o quello di provocare un danno ingiusto – normalmente il depauperamento del patrimonio altrui, si pensi alla rovina di vedute, alla liquidazione anticipata della società, all'adozione di delibere assembleari meramente pregiudizievoli di interessi degli altri soci – ovvero quello di conseguire un (ingiusto, e quindi illecito) vantaggio altrimenti non ottenibile: vantaggio che, tecnicamente, si individua nel *profitto* e che può consistere tanto in un arricchimento quanto in un risparmio, ma anche in una utilità non patrimoniale, ad es. la cittadinanza mediante matrimoni di convenienza[411]. Nella maggior parte dei casi, tuttavia, il profitto passa per il danno: si pensi alle pratiche commerciali scorrette o all'abuso di posizione dominante, ove il fine di conseguire ulteriori profitti passa necessariamente per un danno alle imprese concorrenti.

**La "squalifica" di talune ipotesi come abuso e il suo riconoscimento in altre**

Chiarita dunque la sostanza dell'illecito abusivo, siamo giunti alle note finali di questa prima parte di trattazione. Si è detto che l'istituto è costituito da un elemento oggettivo, fatto di esercizio lecito, condotta illecita, danno ingiusto (ed eventualmente ingiusto profitto) e nesso causale che li lega. Si è precisato, poi, che per sua stessa natura si impone la presenza – e la prova – del dolo specifico, quale coscienza e volontà di nuocere ad altri, o di conseguire un vantaggio ingiusto.

Si giustifica così, in tale cornice, la nostra impressione secondo cui non è esatta la qualifica di abuso rispetto al licenziamento individuale senza giusta causa o giustificato motivo, perché esso altro non è che un normalissimo illecito contrattuale, laddove il

410 Recentissima la causa pendente presso la CGE, C-302/13, FLYLAL-LITHUANIAN AIRLINES.
411 CGE, C-109/01, AKRICH e C-127/08, METOCK, già richiamate in nota nel presente paragrafo.

diritto potestativo datoriale di recesso esercitato in loro assenza non è per nulla lecito, giacché la (giusta) causa e i (giustificati) motivi fungono da presupposti del diritto, da suoi antecedenti di liceità d'uso, non di correttezza o ragionevolezza d'esercizio[412], cosicché l'effetto non è quello di considerare abusiva la condotta in cui è inserito un uso lecito del diritto, ma di imporre l'illiceità diretta di quest'ultimo in quanto carente di un suo presupposto essenziale: in assenza di giusta causa o di giustificato motivo, insomma, non si ha abuso del diritto ma assenza di legittimazione all'esercizio del diritto, condizionato questo dai due presupposti sopra menzionati.

Forse l'idea che il recesso datoriale sia riconducibile all'alveo dell'illecito abusivo nasce dall'impostazione classica del fenomeno, che qualifica la violazione dell'obbligo di fedeltà del lavoratore nei confronti del proprio datore di lavoro come scorrettezza rilevante *ex* artt. 1175 e 1375 c.c.[413], di tal che il passo dovrebbe esser breve per collegare la norma all'abuso. Se, però, ci si sofferma sui suoi elementi costitutivi, si capisce subito che di abusivo, nel licenziamento privo di giustificazione, non vi è proprio nulla. L'assenza del presupposto, infatti, impedisce di considerarlo un esercizio lecito, cosicché esso non può che essere direttamente illecito, per carenza, appunto, del presupposto della liceità d'esercizio (v. *supra*, par. 1).

**Potere sanzionatorio datoriale e *Verwirkung***

Al contrario, ben si potrebbero immaginare abusi nell'esercizio del diritto datoriale di recesso qualora, ferma la sussistenza dei presupposti, esso venga esercitato a notevole distanza di tempo, così da generare un caso di comportamento contraddittorio violante l'affidamento in buona fede del lavoratore al perdono (si parla, in tal caso, di *Verwirkung* da parte del licenziante, v. *supra*, par. 3), ovvero quando esso, temporalmente ineccepibile, sia intervenuto immediatamente dopo la notizia che il proprio dipendente abbia rifiutato o perso un'altra occasione di lavoro.

412 Così il furto, l'assenza ripetuta, l'ingiuria, la diffamazione, il danneggiamento posti in essere dal lavoratore ne giustificano il licenziamento in quanto presupposti di fatto idonei a fondare una giusta causa.

413 Per una rapida rassegna delle posizioni, BALLESTRERO M. V., p. 801.

Non sembra, invece, abusivo nemmeno l'esercizio del potere datoriale di trasferimento *ex* artt. 2103[414], qualora difettino le "comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive", e ciò per le medesime ragioni sopra esposte, mentre potrebbe dirsi tale il trasferimento ossequioso dell'ultimo periodo del primo comma dell'art. 2103, ove la finalità sia discriminatoria, *ex* art. 15 l. 300/70, giacché in tal caso l'esercizio lecito verrebbe ad essere inserito nell'ambito di una condotta illecita, come nel caso di chi colga l'occasione comprovata per trasferire in altra sede i lavoratori che si ha, per vari motivi, maggior interesse ad allontanare (antipatia, sesso, razza, idee politiche, ecc.), eventualmente anche sfociante nel *mobbing*. Del pari possono essere abusivi gli esercizi dei poteri datoriali di trasferta[415] o di assegnazione a determinate mansioni[416].

**Il falso abuso di congedo parentale**

Sul versante dei diritti del lavoratore, poi, non ci pare per nulla condivisibile l'orientamento della Suprema Corte in tema di "abusivo" esercizio del diritto potestativo al congedo parentale[417], giacché la funzionalizzazione del congedo all'assistenza ai figli funge da limite interno di contenuto al diritto stesso, e non esterno quale discendente dai canoni di correttezza e ragionevolezza: ne consegue, pertanto,

414 A tal riguardo viene spesso operato un accostamento tra la figura del *mobbing* e quella dell'abuso del diritto. In effetti, qualora il comportamento del datore di lavoro – o dei superiori gerarchici – sia formalmente rispettoso delle norme regolatrici dei poteri ad essi attribuiti, ma essi vengano esercitati in modo abusivo (illecito), si realizzerà la coincidenza citata. In proposito, *ex multis*, TRIB. L'AQUILA, SEZ. LAVORO CIVILE, n. 20 del 21 gennaio 2013, secondo cui "tale fattispecie (la quale, sotto il profilo dogmatico, può essere ricondotta alla figura dell'"abuso del diritto", in quanto costituita da condotte che, isolatamente considerate, potrebbero apparire quale legittimo esercizio delle facoltà connesse ad un diritto soggettivo o ad un potere giuridico, ma che, nel loro complesso, si appalesano concretamente illegittime e ingiustamente dannose), è caratterizzata, secondo l'elaborazione dottrinale, da due elementi, l'uno materiale (costituito da una serie di condotte aggressive e vessatorie, alle quali consegue l'effetto di intaccare l'equilibrio psichico del lavoratore, menomandone la fiducia in se stesso e provocando catastrofe emotiva, depressione e, talora, persino suicidio) e l'altro psicologico (costituito dalla finalità di isolamento, mortificazione e persino eliminazione del dipendente)". Nel caso di specie veniva rilevato l'abuso del potere, e quindi la condotta di *mobbing*, "dall'insieme di atti […] consistenti, come detto, nel susseguirsi di diverse assegnazioni nel giro di un anno in più reparti all'interno dell'Ospedale con definitivo allontanamento da quello di appartenenza".

415 CASS. 23673/11.

416 C. APP. POTENZA, SEZ. LAV., n. 463 del 17 giugno 2010.

417 Da ultimo CASS. 16.207/08, ove il caso riguardava un lavoratore che aveva usufruito di congedo parentale per lavorare nella pizzeria della moglie.

che non si sarebbe dovuto parlare di "un abuso per sviamento dalla funzione propria del diritto", ma al più di eccesso (sulla distinzione v. *supra*, par. 1). Al contrario, riteniamo abusivo il diritto potestativo di sciopero operato in modo eccezionalmente (e inutilmente) gravoso per il datore di lavoro, quali i ben noti casi di sciopero "a scacchiera" e "a singhiozzo"[418].

Ulteriori considerazioni contrarie alla qualificazione di abuso del diritto possono farsi in tema di avveramento della condizione *ex* art. 1359 c.c., a meno di non riuscire a immaginare un caso di mancato avveramento per esercizio lecito con condotta illecita di un diritto; in tema di riduzione in via equitativa da parte del giudice dell'importo della penale *ex* art. 1384 c.c., giacché non si verte certo in tema di abuso di autonomia negoziale, rasentando il ridicolo l'idea che la clausola penale sia stata pattuita e quindi voluta dal creditore non in funzione di deterrente e risarcitoria per inadempimento, bensì al fine di depauperare controparte e (ingiustamente?) arricchirsi (come se si ordinasse un caffè per impoverire le scorte del bar e si chiedesse di pagarlo per sottrarre al cliente settanta centesimi); e così pure in tema di pattuizione di interessi usurari *ex* art. 1815 c.c., giacché la misura del tasso massimo consentito attiene agli interessi stessi, e dunque funge da limite interno – non certo esterno – del diritto di convenirli.

**Abuso e minaccia di far valere un diritto**

Costituisce, invece, abuso del diritto quello dolosamente preordinato al conseguimento di un ingiusto vantaggio, mediante minaccia di far valere un diritto *ex* art. 1438 c.c. [419], ponendosi esso, tra l'altro, come fase eventuale antecedente l'abuso nel processo, laddove la minaccia del diritto in questione, come spesso accade, sia di proporre un'*actio* o un'*exceptio* in modo assolutamente abusivo.

**Due casi recenti: il libro verde sulle pratiche commerciali sleali…**

Non può poi non segnalarsi la rilevanza di due casi di rilevanza comunitaria: il primo consiste in un recentissimo intervento normativo comunitario, "Bruxelles, 31.1.2013 COM(2013) 37", intitolato "Libro verde sulle pratiche commerciali sleali nella

418 Li ha, invece, ritenuti leciti la famosa sentenza CASS. 711/80. Sul collegamento tra le statuizioni della sentenza e l'abuso del diritto si legga DEL PUNTA R., p. 429.

419 Lo qualifica abuso SALVATORE ROMANO, p. 168. *Contra* SANTORO PASSARELLI F., p. 167, che parla genericamente di illecito.

catena di fornitura alimentare e non alimentare tra imprese in Europa"[420] il quale, dopo aver specificato all'inizio gli effetti negativi della concorrenza sleale[421], e aver chiarito a grandi linee in cosa essi consistano e come si realizzino[422], ne propone alcuni esempi, quali "l'omessa comunicazione di sufficienti informazioni sulle condizioni contrattuali, l'imposizione del pagamento di beni o servizi privi di valore per la controparte, le modifiche retroattive unilaterali delle clausole contrattuali, il pagamento di servizi fittizi o il divieto imposto ai contraenti di approvvigionarsi in altri Stati membri, con la conseguente ripartizione territoriale del mercato unico" , senza scordare che "la relazione dell'autorità spagnola della concorrenza sui rapporti tra fornitori e distributori nel settore alimentare ha censito 18 pratiche tra produttori e distributori, classificate in tre categorie: i) pagamenti commerciali (ad esempio, commissioni per l'inclusione nel listino o per il presidio e il mantenimento nei punti vendita dei prodotti); ii) contributi ad attività accessorie effettuate dal distributore (ad esempio,

420 La cui versione ufficiale in italiano è consultabile al seguente indirizzo: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0037:FIN:IT:PDF.

421 Par. 2.1, p. 6: "La parte che ha maggiore potere negoziale può a volte imporre condizioni unilaterali alla parte più debole e quindi influenzare in modo eccessivo il rapporto commerciale per favorire esclusivamente i propri interessi economici. In particolare, la parte può imporre clausole nettamente squilibrate, che grazie al suo potere negoziale non negozia una per una. In tali situazioni, la parte più debole può non essere in grado di respingere le condizioni sfavorevoli imposte unilateralmente, per paura di non concludere il contratto o persino di essere costretta a chiudere. Diversi sono i fattori che possono determinare queste posizioni negoziali di disparità, ad esempio, una differenza significativa nelle dimensioni e/o nel fatturato delle parti, la dipendenza economica o costi irrecuperabili significativi già sostenuti da una delle parti (ad esempio, investimenti iniziali elevati)".

422 *Ibidem*, p. 6-7: "Le pratiche commerciali sleali sono di norma imposte quando vi è squilibrio tra la parte più forte a quella più debole, la quale spesso non è in grado di mettere fine al rapporto scorretto e cambiare partner commerciale a causa dei costi che un tale cambiamento può comportare o alla mancanza di alternative. È importante notare che lo squilibrio può esistere per tutte le parti del rapporto commerciale: sia i distributori che i fornitori possono essere vittime di pratiche commerciali sleali, che possono verificarsi in qualsiasi fase della catena di fornitura tra imprese operanti nel settore distributivo. Tali situazioni possono verificarsi, ad esempio, per i produttori agricoli, che spesso possono rivolgersi ad un numero limitato di partner commerciali per lo smercio della produzione e che, date le caratteristiche intrinseche di molti prodotti, non sono sempre in grado di stoccare la produzione per un periodo più lungo al fine di ottenere migliori condizioni di vendita […] Le pratiche commerciali sleali possono presentarsi in ogni fase del rapporto commerciale. Possono essere utilizzate nella fase della trattativa contrattuale, possono figurare nel contratto stesso o possono essere imposte nella fase post-contrattuale (ad esempio, le modifiche contrattuali retroattive".

spese per attività promozionali); iii) pagamenti atipici (ad esempio, quelli che secondo i produttori sono a carico del distributore)".

**… e il caso degli *abogados* italiani**

Il secondo, invece, riguarda la vergognosa pratica italiana degli aspiranti avvocati i quali, per evitare di affrontare l'esame di abilitazione alla professione forense, per il tramite di agenzie specializzate con pubblicità su internet, al costo di circa 2000 euro frequentano un corso di spagnolo, sostenevano l'esame di riconoscimento della laurea in Giurisprudenza nell'ordinamento spagnolo, che risulta essere particolarmente semplice anche per la vicinanza delle due lingue e, ottenendo l'equipollenza, divenivano automaticamente *abogados*, avvocati spagnoli, e chiedevano l'iscrizione agli ordini in Italia, sfruttando la libertà di stabilimento sancita dai Trattati europei ed eludendo, sostanzialmente, la normativa nazionale in tema di abilitazione all'esercizio della professione. Ultimamente, poi, dal 2007 la fuga degli aspiranti avvocati si è indirizzata verso la Romania[423].

Poiché i Consigli degli Ordini avevano cominciato a rifiutare le richieste di iscrizione, è sorto un contenzioso arrivato perfino alle Sezioni Unite della Cassazione[424], mentre il CNF ha sollevato questione pregiudiziale di fronte alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea[425].

**Le cause TORRESI I e II pendenti di fronte alla *Curia* Europea**

Gli ultimi risvolti del caso sono infatti proprio comunitari, derivanti dalla proposizione di due questione pregiudiziali alla CGE attinente un ricorso da parte di uno dei soggetti esclusi dall'iscrizione all'albo contro il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata, e vertenti sul "se l'art. 3 della direttiva 98/5/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 1998, volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica, alla luce del principio generale del divieto di abuso del diritto e dell'art. 4, par. 2, TUE relativo al rispetto delle identità nazionali, debba essere

423 Per un rapido riepilogo delle vicende, SAVOIA R.
424 CASS., SS. UU., 28340/11.
425 Si veda CNF, 126/12.

interpretato nel senso di obbligare le autorità amministrative nazionali ad iscrivere nell'elenco degli avvocati stabiliti cittadini italiani che abbiano realizzato contegni abusivi del diritto dell'Unione, ed osti ad una prassi nazionale che consenta a tali autorità di respingere le domande di iscrizione all'albo degli avvocati stabiliti qualora sussistano circostanze oggettive tali da ritenere realizzata la fattispecie dell'abuso del diritto dell'Unione" e "in caso di risposta negativa al quesito sub 1), se l'art. 3 della direttiva 98/5/CE, così interpretato, debba ritenersi invalido alla luce dell'art. 4, par. 2, TUE nella misura in cui consente l'elusione della disciplina di uno Stato membro che subordina l'accesso alla professione forense al superamento di un esame di Stato laddove la previsione di siffatto esame è disposta dalla Costituzione di detto Stato e fa parte dei principi fondamentali a tutela degli utenti delle attività professionali e della corretta amministrazione della giustizia. Fermi restando, da un lato, il rispetto del principio di proporzionalità e non discriminazione e, dall'altro, il diritto dell'interessato di agire in giudizio per far valere eventuali violazioni del diritto di stabilimento, e dunque la verifica giurisdizionale dell'attività dell'amministrazione"[426].

A riguardo, se la Corte si manterrà sulla linea costante della sua giurisprudenza, non v'è dubbio che riconoscerà la legittimità della richiesta dell'"avvocato formato all'estero"[427].

**L'approccio "scostante" della CGE all'abuso del diritto**

Come le Corti italiane, infatti, anche quella di Giustizia Europea ha a volte faticato a parlare di abuso del diritto[428]. In una sentenza degli anni '90 si legge al punto

426 CGE, C-58/13 e C-59/13, TORRESI.

427 Ciò appare, oggi, ancor più rafforzato dalle conclusioni dell'Avvocato Generale Nils Wahl, depositate recentissimamente (10 aprile 2014), il quale conclude che "l'articolo 3 della direttiva 98/5/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 1998, volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica osta alla prassi di uno Stato membro di rifiutare, con la motivazione dell'abuso del diritto, l'iscrizione all'albo degli avvocati, nella sezione speciale riservata agli avvocati che hanno ottenuto la qualifica all'estero, di cittadini di tale Stato membro che, poco dopo aver ottenuto il titolo professionale in un altro Stato membro, ritornino nello Stato membro precedente".

428 In CGE, C-8/92, General Milk Products GmbH, l'abuso è solo un'evenienza contemplata e nulla più (punto 21). In CGE, C-206/94, PALETTA II, avviene la medesima cosa, con la differenza che lì il termine abuso è usato in modo errato (punto 28, infatti la Corte lo affianca al termine "fraudolento", più

68 che "non è necessario, in mancanza di una questione del giudice nazionale al riguardo, accertare se sia consentito, nell'ambito dell'ordinamento giuridico comunitario, applicare una norma nazionale per valutare se un diritto conferito dalle disposizioni comunitarie di cui trattasi sia esercitato in maniera abusiva"[429]: come dire, l'occasione c'è ma non la cogliamo.

**L'uso improprio del termine abuso da parte della CGE**

In un altro caso, vertente su possibili di raggiri a danno del datore di lavoro, si è parlato di abuso impropriamente, come appunto nel caso PALETTA II, costantemente citato dalla dottrina e dalla giurisprudenza[430]. Qui, infatti, non veniva in rilievo un esercizio lecito a condotta illecita di un diritto avvinto dal dolo, bensì ci si domandava se i certificati medici del Paletta fossero falsi o meno: se il giudice nazionale avesse concluso per la prima ipotesi, certamente il ricorrente avrebbe realizzato un illecito (non abusivo); nel secondo caso, il giudice avrebbe concluso per la piena liceità del comportamento dell'attore. Si è trattato, in sostanza, di uso di un *nomen* atecnico (per non dire errato) utilizzato dalla Corte[431] per qualificare il comportamento.

**Potere statale di repressione degli abusi e diritti e libertà comunitari**

Va' poi rilevato che i riferimenti all'abuso del diritto sono operati dalla Corte per determinare la compatibilità o meno di disposizioni antiabuso nazionali con il diritto comunitario[432]. I Giudici, ad esempio, hanno chiarito che "quanto alla lotta contro l'abuso della libertà di stabilimento, occorre ricordare che uno Stato membro ha il diritto di adottare misure volte ad impedire che, grazie alle possibilità offerte dal Trattato, taluni dei suoi cittadini tentino di sottrarsi all'impero delle leggi nazionali, e che gli interessati non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario"[433]. Tuttavia, il divieto di abuso del diritto è sostenuto con veemenza dai

---

pertinente). In C-413/01, NINNI-ORASCHE, si ipotizza nuovamente una fattispecie abusiva, senza però riscontrarla nel caso di specie. Si legga anche il lavoro di KJELLGREN A.

429 C-441/93, PAFITIS e a., con nota di NIZZO C.

430 C-206/94, PALETTA II.

431 L'atecnicità emerge pure dal punto 50 della sentenza che ha definito la causa C-145/03, EREDI DI ANNETTE KELLER.

432 Ad es. in C- 125/76, CREMER, C-39/86, LAIR. Si legga, in dottrina, GULLO N.

433 C-167/01, INSPIRE ART, che richiama la nota sentenza CENTROS, C-212/97. In verità il principio è di molto precedente agli anni '90 e risale a CGE, C-33/74, VAN BISBERGEN. Sul punto si veda la

singoli ricorrenti, siano essi Stati o privati cittadini, i quali parlano addirittura di "principio generale del divieto di abuso del diritto"[434]. Il divieto di abuso del diritto nel contesto europeo non è più, allora, una lotta interna tra autonomia del privato e legislazione statale, ma una esterna tra normativa nazionale e normativa comunitaria: ciò, d'altronde, appare conseguente sia al ruolo che assume la Corte di Giustizia nel quadro istituzionale europeo, sia perché le norme generali o speciali antiabuso portano, di fatto, a una restrizione dell'autonomia privata (esempio rilevantissimo quello dell'elusione fiscale, v. *infra*, parte III, cap. IV).

**Il facilissimo onere probatorio del non abuso del diritto**

Quanto, poi, all'onere probatorio, la Corte di Giustizia è apparsa sul punto particolarmente rigorosa. In effetti, ci pare che essa deponga a favore – quasi istituzionalmente si potrebbe dire – delle libertà in modo assolutamente netto[435] ma, a nostro avviso, sbagliato, probabilmente per consentire la più ampia libertà possibile in capo ai cittadini dell'Unione.

Ad esempio nella sentenza resa nella causa C-167/01, INSPIRE ART, la Corte arriva a sostenere al punto 139 che sulla base di una *giurisprudenza consolidata* (consolidata? Solo due sentenze! Segers, punto 16, e Centros, punto 29) "il fatto che una società non svolga alcuna attività nello Stato membro in cui essa ha la sede e svolga invece le sue attività unicamente nello Stato membro della sua succursale non è sufficiente a dimostrare l'esistenza di un comportamento abusivo e fraudolento, che consenta a tale Stato di negare alla società interessata di fruire delle disposizioni comunitarie relative al diritto di stabilimento".

**L'assurdità dei principi enunciati nella sentenza DIAMANTIS**

Esemplare è tuttavia il contenuto del punto 44 della sentenza che ha deciso la causa C-373/97, DIAMANTIS[436], in un caso molto simile al precedente KEFALAS[437]. Qui si

giurisprudenza citata da CGE, C-212/97, CENTROS, al punto 24, e cioè: C-148/91,VERONICA OMROEP ORGANISATIE, punto 12, C-23/93,TV10, punto 21, C-115/78, KNOORS, punto 25, C-61/89, BOUCHOUCHA, punto 14, C-229/83 LECLERC e a., punto 27, C-206/94, PALETTA II, punto 24, C-39/86, LAIR, punto 43, C.8/92, punto 21, C-367/96, KEFALAS e a., punto 20.

434 Da ultimo, le cause pendenti C-58 e C-59/13, TORRESI.

435 Il caso CENTROS, C-212/97, ne è un esempio palese.

436 Si leggano a riguardo i lavori di CAFARO S., ANAGNOSTOPOULO D., LOSURDO F.,

legge che se, da una parte, "il diritto comunitario non osta a che i giudici nazionali applichino una disposizione di diritto interno che consenta loro di valutare se un diritto derivante da una norma comunitaria venga esercitato in modo abusivo", dall'altra "non può essere tuttavia contestato ad un azionista che si avvalga del disposto dell'art. 25, n. 1, della seconda direttiva di aver esercitato abusivamente il diritto derivante da tale norma in base al rilievo che si tratta di un azionista di minoranza, che ha beneficiato del risanamento della società assoggettata ad un regime di risanamento, che non si è avvalso del proprio diritto di prelazione, che figurava tra gli azionisti che avevano chiesto l'assoggettamento della società al regime applicabile alle società in situazione di grave dissesto o che ha lasciato trascorrere un determinato lasso di tempo prima della proposizione dell'azione giudiziaria. Per contro, il diritto comunitario non osta a che i detti giudici applichino la detta disposizione del diritto interno nel caso in cui un azionista abbia optato, tra i rimedi giuridici disponibili per ovviare ad una situazione determinata dalla violazione della direttiva, per quello produttivo di un danno talmente grave ai legittimi interessi altrui da risultare manifestamente sproporzionato".

Come dire che il fatto di aver ricevuto un vantaggio dalla procedura contro cui si è ricorso ("ha beneficiato del risanamento della società assoggettata ad un regime di risanamento"), di non essersi avvalso di un diritto a esso spettante ("non si è avvalso del proprio diritto di prelazione"), di *venire contra factum proprium* ("figurava tra gli azionisti che avevano chiesto l'assoggettamento della società al regime applicabile alle società in situazione di grave dissesto"), di aver realizzato la tipica struttura bifasica della *Verwirkung*[438] ("ha lasciato trascorrere un determinato lasso di tempo prima della proposizione dell'azione giudiziaria") non consente di contestare l'abusività dell'esercizio del diritto, tant'è che ci si è chiesti se il divieto di abuso del diritto non sia "merely rethoric"[439].

437 C-367/96. Per un commento si veda TRIANTAFYLLOU D.
438 Su cui v. *supra*, par. 1.
439 ENGSIG SØRENSEN K.

Al contrario, è sufficiente per la *Curia* dedurre l'irragionevolezza *sub specie* di sproporzionalità tra interesse altrui e danno provocato mediante l'azione giudiziale per dichiararne la sussistenza. L'irragionevolezza, qui, è solo della statuizione della Corte, potenzialmente in grado di ripetersi nelle future decisioni TORRESI.

## 5. LA DEFINIZIONE DI ILLECITO ABUSIVO

Terminato il breve *excursus*, torniamo alla domanda che abbiamo posto all'inizio di questa seconda parte (v. *supra*, cap. II, par. 1): che cos'è l'abuso?

**La definizione di abuso del diritto**

Adesso si può affermare, finalmente e con cognizione di causa, che *l'abuso è il fatto caratterizzato da un esercizio lecito di un diritto, posto in essere in circostanze di tempo, di spazio, di modo e con effetti tali da violare i principi di buona fede e ragionevolezza, causalmente e dolosamente diretto a cagionare un danno ingiusto o a conseguire un ingiusto profitto, aventi natura patrimoniale o non patrimoniale*.

**L'art. 2043 c.c. quale divieto di abuso del diritto**

Ne consegue che non serve, ai fini del riconoscimento e della sanzione dell'abuso del diritto una norma *ad hoc* che la recepisca, poiché in realtà essa, contrariamente a quanto spesso affermato, esiste già ed è l'art. 2043 c.c.[440] il quale, giustamente considerato il prototipo dell'illecito, consente una tutela efficace per pressoché ogni tipologia di abuso, in quanto incentrata non sulla illiceità dell'atto o del fatto, bensì

440 ALPA G. [2], p. 173. Conforme anche FEDELI F.[2], p. 431, sebbene l'A. parli di responsabilità ex art. 2043 c.c. solo "qualora la condotta si accompagnata dall'elemento psicologico del dolo o della colpa". Per noi, al contrario, il dolo (specifico) è elemento costitutivo di ogni illecito abusivo, il quale rileva *ex* art. 2043 c.c. salvo specifiche disposizioni di legge, e non ammette, inoltre, una configurazione colposa, difettando in tal caso *l'animus nocendi* o *ad rem illicitam acquirendi*. Sulla natura di illecito atipico v. pure, per la dottrina tributarista, i riferimenti contenuti in SCAFATI I.

sull'ingiustizia del danno[441], come la stessa giurisprudenza ha, d'altronde già con incredibile successo avuto modo di dimostrare[442].

**Abuso di responsabilità genitoriale**

E, si badi bene, tale danno dev'essere ingiusto, ma non necessariamente patrimoniale. Cosicché, l'art. 2043 c.c. ben potrebbe essere usato per sanzionare certe condotte abusive dannose di interessi non patrimoniali altrui, in combinato disposto con l'art. 2059 c.c., come avviene nell'abuso di responsabilità genitoriale: "Pur nella problematica ricostruzione dell'interesse del minore, potrà ravvisarsi un abuso quando il fine concreto perseguito sia distorto. Così avverrà, in particolare, per i divieti e per le imposizione che, *in astratto leciti*, in quanto rientranti nella sfera di discrezionalità dell'esercente la potestà, costituiscano in realtà un atto per così dire emulativo verso i figli o verso l'altro genitore: ad esempio, *il divieto di frequentare alcuni parenti o amici*, il *cambio di residenza*, o il trasferimento all'estero, la *frattura nella continuità del modello educativo* o la conversione del minore ad altra fede, una significativa *disparità di trattamento tra i figli*. Ipotesi che, sia pure in modi e tempi diversi, vanno emergendo anche a livello normativo, man mano che l'esperienza evidenzia la mala fede retrostante a certi comportamenti (art. 155, 1° comma e 155-*quater*, 2° comma c.c.; art. 1, 5° comma, l. adoz.). E analogamente potrà dirsi quando l'*avviamento al lavoro* o la *scelta di un certo tipo di studi* siano diretti a soddisfare interessi «altrui»: un certa figura professionale all'interno dell'impresa «familiare», il desiderio che venga continuata una tradizione di famiglia, e così via. Ma sotto tale profilo ben potranno poi venire in considerazione anche *stili educativi permissivi o lassisti*, anch'essi in astratto leciti, quali la prassi registra

441 Rilievo, questo, già profeticamente affermato da BIGLIAZZI GERI L. [3], p. 536, con riferimento alla risarcibilità della lesione di interessi, anche legittimi, secondo la quale "un'ingiustizia testualmente riferita al danno (art. 2043 c.c.) sembra autorizzarne la risarcibilità in conseguenza della lesione, inferta non jure, di un qualsiasi interesse che possa dirsi giuridicamente rilevante".

442 Il pensiero non può che correre alla dirompente forza innovativa, seguita da plurimi interventi legislativi, della sentenza CASS. SS. UU., 500/99 sulla risarcibilità del danno da lesione di interesse legittimo.

Già il LEVI G., p. 30, aveva sostenuto la riconducibilità dell'abuso del diritto all'art. 2043 c.c. Per l'inesistenza nel codice civile di una norma anti-abuso si leggano le tesi di ROMANO SALVATORE [1]., p. 166, e GIORGIANNI V., i quali accolgono con favore, seppur per ragioni diverse, la scelta di non codificare il divieto.

non di rado nel caso di genitori separati, che gareggiano in concessioni verso i figli per accaparrarsi il loro affetto esclusivo o preferenziale" [443].

**Abuso ed eccesso di responsabilità genitoriale**

Tuttavia, accogliendo una nozione di teoria generale di "abuso del diritto" quale quella che a noi pare corretta, non può riconoscersi carattere abusivo ai casi in cui il comportamento posto in essere contrasti con l'interesse del minore. Chiarito, infatti, precedentemente (v. *supra*, parte I, cap. I, par. 5) che l'interesse altrui, nelle potestà, ne fa da elemento costitutivo condizionandone la liceità, non può dirsi lecito l'esercizio della medesima in contrasto con l'interesse del minore. Ne consegue che quest'ultimo *non potrà mai essere vittima di abusi* (in senso tecnico, quali illeciti abusivi), perché la necessaria realizzazione del suo interesse non può che escluderlo dal novero delle potenziali "vittime": cosicché tutte quelle fattispecie oggi erratamente definite "abusive" che vedono, ad esempio, l'eccesso – non l'abuso – dei mezzi di correzione e di disciplina[444], ovvero i casi esemplificati nel passo sopra citato, dovrebbero più correttamente definirsi illeciti, non abusivi ma, a volergli proprio dare un nome, al più "eccessivi", giacché mentre l'abuso è uso lecito in circostanze o con effetti illeciti, l'eccesso è uso… eccessivo, *ex se* illecito, quale appunto quello che supera i limiti interni del diritto[445]. Così, il divieto di frequentare determinate persone o è lecito – e realizza

443 PARADISO M. [2], p. 605.

444 Da ultimo, TRIB TARANTO, n. 274 del 7 febbraio 2013, ma v. pure, per la distinzione tra eccesso e abuso dei mezzi di correzione o di disciplina, CASS., 48272/09, secondo cui "per il primato che il nostro ordinamento attribuisce alla dignità della persona, anche del minore, ormai soggetto titolare di diritti e non più, come in passato, semplice oggetto di protezione (se non addirittura di disposizione) da parte degli adulti, le finalità di correzione - educazione del medesimo, che mirano in particolare a conseguire un risultato di armonico sviluppo della personalità, rendendola sensibile ai valori di pace, tolleranza, uguaglianza e solidale convivenza, non possono essere perseguite utilizzando un mezzo violento, che tali fini contraddice". *Contra* CASS., 11251/11, cit. nella nota seguente.

445 CASS., 11251/11: "in tema di abuso di mezzi, di correzione e di disciplina, di cui all'articolo 571 c.p., la giurisprudenza di questa Sezione – qui ampiamente condivisa – è orientata nel senso che, mentre non possono ritenersi preclusi quegli atti di minima valenza fisica o morale, che risultino necessari per rafforzare la proibizione, non arbitraria, né ingiusta, di comportamenti oggettivamente pericolosi o dannosi, rispecchianti la inconsapevolezza o la sottovalutazione del pericolo, la disobbedienza gratuita, oppositiva e insolente, integra la fattispecie criminosa *de qua* l'uso in funzione educativa del mezzo astrattamente lecito, sia esso di natura fisica, psicologica o morale, che trasmodi nell'abuso sia in ragione dell'arbitrarietà o intempestività della sua applicazione, sia in ragione dell'eccesso nella misura (Cass. Sez. 6 7/11/97 - 26/3/98 n. 3789 Rv. 211942). Tale reato non ha natura necessariamente abituale, sicché ben

l'interesse del minore a non essere traviato dalle cattive frequentazioni – o è illecito; il cambio di residenza o il trasferimento all'estero, del pari, o realizza o non realizza l'interesse del minore a vivere in modo stabile in un contesto a lui favorevole; il condizionare gli studi o l'avvio a una professione è illecito nella misura in cui non tiene conto delle capacità e dell'indole del minore, e così la c.d. educazione permissiva, che non educa ma vizia, andando contro l'interesse del minore a sviluppare una sana costruzione dei futuri e attuali rapporti sociali.

**Esempi di abuso di responsabilità genitoriale**

Di contro, il trasferimento della residenza in altra città o paese, o in altro Stato, può realizzare l'interesse del minore, ma potrebbe essere posto in essere anche al fine ulteriore di danneggiare il proprio coniuge o ex coniuge, rendendo più complicate o impendendo le visite ai figli, così come l'assecondare certe sane inclinazioni o passioni vicine a uno solo dei genitori potrebbe avere come obiettivo l'assunzione di un ruolo di predominanza all'interno della famiglia, esautorando l'altro coniuge e impedendogli la costruzione di un rapporto di pari livello con la prole.

**L'abuso finalizzato al profitto e l'art. 2041 c.c.**

Tuttavia, anche in tali casi, ci pare più corretto sostenere che non si verserebbe in tema di illecito abusivo, giacché il provocato affievolimento del legame con l'altro coniuge produrrebbe comunque, anche se indirettamente, la violazione degli interessi del minore, *sub specie* di impedimento dell'instaurazione di un sano e costruttivo rapporto affettivo con entrambi i genitori, facendo migrare la fonte di responsabilità da illiceità abusiva a mera illiceità.

**L'abuso finalizzato a conseguire un ingiusto vantaggio non patrimoniale**

Uscendo dall'ambito familiare, diverso discorso dovrebbe farsi, invece, per gli illeciti abusivi finalizzati al conseguimento di un ingiusto vantaggio, giacché non si ritiene possibile applicare analogicamente l'art. 2043 c.c. anche a queste fattispecie, stante la diversità ontologica tra danno e profitto.

---

può ritenersi integrato da un unico atto espressivo dell'abuso, ovvero da una serie di comportamenti lesivi dell'incolumità fisica e della serenità psichica del minore, che, mantenuti per un periodo di tempo apprezzabile e complessivamente considerati, realizzano l'evento, quale che sia l'intenzione correttiva o disciplinare del soggetto attivo (Cass. Sez. 6 16/2 - 13/5/10 n. 18289 Rv. 247357)".

Tuttavia, è il caso di rilevare come il codice non lasci necessariamente l'abusato alla mercé dell'abusante: qualora, infatti, il vantaggio conseguito – come spesso avviene – sia frutto di un'abusiva condotta inserita in un rapporto preesistente, varranno le ordinarie regole dell'afferente responsabilità, relative alla fase della genesi e dell'attuazione del rapporto. Qualora, invece, il vantaggio sia conseguito al di fuori di qualunque tipo di rapporto obbligatorio, se esso è di natura patrimoniale, potrà invocarsi la tutela *ex* art. 2041 c.c., salva la natura sussidiaria dell'azione.

# PARTE III

# L'ABUSO NEL DIRITTO TRIBUTARIO

# CAPITOLO IV

# ABUSO DEL DIRITTO ED ELUSIONE FISCALE

SOMMARIO: 1. IL FENOMENO GLOBALE DELL'ELUSIONE FISCALE – 2. ELUSIONE FISCALE E PRINCIPI COSTITUZIONALI – 3. DIVIETO D'ELUSIONE E PRINCIPI COSTITUZIONALI: LIMITI E CONTROLIMITI ALLE LIBERTÀ ECONOMICHE DEI PRIVATI – 4. DIVIETO D'ELUSIONE E PRINCIPIO DI LEGALITÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA – 5. DIVIETO D'ELUSIONE, PRINCIPIO DI LEGALITÀ E PROFILI PENALI DELLE FATTISPECIE ELUSIVE

## 1. IL FENOMENO GLOBALE DELL'ELUSIONE FISCALE

**La multidisciplinarietà del tema dell'elusione fiscale**

Il divieto di elusione fiscale è un problema storico[446], un gioco complesso fatto di tante domande e risposte, di libertà e interessi, di limiti e controlimiti, di politiche e ideologie, la cui analisi richiede di essere contemporaneamente costituzionalisti, amministrativisti, civilisti, penalisti, internazionalisti, cultori del diritto dell'Unione Europea e, ovviamente, tributaristi.

**Profili costituzionali**

Costituzionalisti perché, come la Suprema Corte ha ritenuto di concludere, è ipotizzabile che il divieto di elusione sia implicitamente costituzionalizzato dagli artt. 2, 3 e 53 della Costituzione[447].

**Profili amministrativi**

Amministrativisti perché, se da un lato si vuole riconoscere un principio generale costituzionale antielusivo, dall'altro occorre fare i conti con il principio di legalità dell'azione amministrativa, cosicché un divieto implicito richiederebbe poteri espressi per farlo rispettare.

---

446 Per la "storiografia" dell'istituto si leggano i contributi di ZOPPINI G. [3] per la giurisprudenza nazionale e PAPARELLA F. per quella comunitaria.

447 CASS., SS. UU., 30055-56-57/08.

**Profili civili**

Civilisti perché l'elusione passa attraverso "gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro" posti in essere dal contribuente, cosicché essa diviene fine (causa?) degli strumenti civilistici utilizzati.

**Profili penali**

Penalisti perché, come dimostra una certa giurisprudenza recente, sarebbe ipotizzabile una responsabilità penale elusiva, riconducibile ai reati tributari, il che pone un problema non solo di rispetto del principio di tassatività della fattispecie, ma anche dell'eventuale esclusione di dolo in caso di errore su legge extrapenale (tributaria).

**Profili internazionali e comunitari**

Internazionalisti e studiosi del diritto comunitario, perché l'elusione fiscale genera problemi con riferimento tanto ai rapporti internazionali, quanto ai principi comunitari. La stessa Corte di Giustizia, d'altronde, si è pronunciata più volte in tema di elusione fiscale (oltre che di abuso del diritto, v. *supra*, parte II, cap. III, spec. par. 1 e 2).

**Profili tributari**

Tributaristi, infine, sia per capire cosa siano le "valide ragioni economiche" richieste quale elemento positivo per escludere la fattispecie delineata dall'art. 37-*bis* d.P.R. 600/73, sia per tracciare i corretti rapporti tra l'elusione fiscale e l'abuso del diritto, nonché tra questi e la corretta imposizione fiscale.

L'argomento si presenta, dunque, particolarmente complesso, tant'è che ancora oggi non è stato chiarito con sufficiente successo alcuno degli argomenti sopra citati e numerosi lavori, anche monografici, continuano a nutrire tutt'oggi il già ampio e pluridecennale dibattito[448].

**L'attività prettamente vincolata dell'Amministrazione finanziaria**

Il successo dell'istituto è dovuto principalmente alla portata innovativa che un divieto antielusivo ha portato nell'applicazione delle norme tributarie. L'attività dell'Amministrazione finanziaria, infatti, a differenza di quella della quasi totalità dei Pubblici Uffici, è assolutamente vincolata, cosicché al sorgere dell'obbligazione tributaria, viene senza alcuna discrezionalità né nell'*an*, né tantomeno nel *quantum*, richiesto di percepire l'esatto tributo corrispondente alla fattispecie legale realizzata.

448 Ultimo contributo monografico è quello, recentissimo, di BEGHIN M. [2]. Ha ben rilevato ZOPPINI G. [3], p. 929, nota 23, come l'elusione fiscale fosse oggetto di pronunce della Suprema Corte già dal 1940.

**La discrezionalità nell'accertamento antielusivo**

L'elusione fiscale rompe questa tradizione consentendo alla Pubblica Amministrazione di operare con discrezionalità, non nell'applicazione delle norme, ma nella determinazione del presupposto del tributo, e cioè operando direttamente sulla quantificazione della capacità contributiva.

**Le tappe del divieto di elusione**

Contro i sapienti utilizzi di schemi civilistici tipici e atipici da parte del contribuente, infatti, si è avvertita nel tempo la necessità di impedire un aggiramento della normativa fiscale, affiancando alla rigida impostazione "se A allora B, ma se C allora D, che è meno di B", un progressivo impegno da parte dell'Amministrazione nel cercando nuove soluzioni legittime ed efficaci al fenomeno elusivo. Soluzioni che sono passate, come vedremo, dapprima attraverso il diritto civile (simulazione, nullità o inesistenza della causa, frode alla legge), poi attraverso il diritto comunitario, per fermarsi al diritto costituzionale.

La storia dell'elusione è dunque un'evoluzione progressiva dalla vincolatività alla discrezionalità, dalla libertà delle forme alla strumentalizzazione degli schemi, dalla – ahimé – certezza all'incertezza del diritto. Perché se è vero che certe operazioni negoziali appaiono *ictu oculi* dirette ad eludere obblighi di legge tributaria (anche per stessa ammissione dei contribuenti di fronte al Supremo Collegio[449]!), di contro è richiesto, molte volte, uno sforzo particolare nel ricostruire, *in primis*, l'operazione nel suo complesso (fatta spesso di tanti atti e negozi giuridici collegati), *in secundis* nel qualificare come effettivamente elusiva un'operazione, sia per gli strumenti utilizzabili, sia per la difficoltà intrinseca di contestare l'apparente esistenza di valide ragioni economiche giustificatrici. Da ciò nasce il problema della incertezza del diritto tributario – che già di suo è complicato per la frammentarietà e la confusione normativa – la quale si riflette poi sull'economia, sugli investimenti anche esteri, temi particolarmente sensibili in tempi di crisi finanziaria globale quali sono quelli di oggi. La stessa crisi,

449 CASS., 20398/05: "Avendo la stessa parte dichiarato che la finalità dell'operazione era puramente fiscale, l'oggetto della negoziazione non era lo scambio puro e semplice delle azioni contro un dato prezzo".

d'altronde, acuisce lo spirito elusivo imprenditoriale, il quale vuole evitare le dure sanzioni penali in cui è fin troppo facile incappare evadendo – ma secondo alcuni, anche eludendo (v. *infra*, par. 5) – e al contempo vuole sopravvivere alla crisi guadagnando in danno all'Erario, cosicché l'elusione garantisce la formale liceità dell'agire da una parte, e l'estrema difficoltà d'accertamento dall'altra.

**Elusione fiscale ed abuso del diritto**

Seppur con profili in parte diversi, allora, si ripropongono con l'elusione gli stessi problemi già visti per l'abuso del diritto nell'ordinamento civile: siamo nel campo della morale[450]? Se ci muoviamo, come dobbiamo, nei limiti del solo diritto, è possibile sanzionare l'elusione ricorrendo all'illiceità della causa[451] o al negozio in frode alla legge[452]?

L'elusione fiscale appare, in questi termini, una diramazione dell'istituto dell'illecito abusivo, una sua forma speciale in un diritto speciale, quello tributario, normalmente lontano dall'occhio del "giurista medio" eppure così vicino, come si intuisce, allo *ius* che ebbe i natali presso gli antichi romani.

Insegnava Ulpiano[453], infatti, che "*iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*". Il cammino dell'abuso del diritto è un cammino scandito da questi tre tempi: dalla nascita in campo morale – "*honeste vivere*" (v. *supra*, parte II, cap. II, par. 1) – esso muove i propri passi in campo giuridico quale *illecito abusivo* – "*alterum non laedere*" (v. *supra*, parte II, cap. III, parr. 2 e 5) – per approdare infine alla funzione di

450 CTR TORINO, sez. X, 167/98, in Rass. trib., 1999, p. 853 e ss., con nota feroce di STEVANATO D. [2]: "non è forse l'elusione fiscale in qualche contrasto con quei: "Principi ed esigenze etiche della coscienza morale collettiva che costituiscono la morale sociale in quanto ad essi uniforma il proprio comportamento la generalità delle persone corrette, di buona fede, di sani principi", che, secondo la Suprema Corte (n. 4414 del 1981) integrano il concetto di buon costume? A giudizio di questa commissione la risposta a tale ultimo quesito è positiva: ebbene sì, nell'odierno contesto sociale la "Generalità delle persone corrette e di buona fede" avverte siccome fondamentale l'esigenza che ogni consociato contribuisca alla pubblica spesa in ragione della reale consistenza del proprio reddito e che a nessuno sia consentito di sottrarsi a tale obbligo, con danno per l'erario quanto per i consociati, ricorrendo ad espedienti pur formalmente incensurabili sul piano delle norme imperative, ed a tale esigenza uniforma la propria condotta. Questo è dunque uno dei modelli di comportamento richiamati dalla clausola generale del buon costume ed a questo modello non si conforma la fattispecie comportamentale del *dividend washing*".

451 CASS., 20398/05 e 22932/05.

452 CASS., 20816/05.

453 D. 1.1.10pr

garanzia del "*suum cuique tribuere*", dove il "*suum*" coincide, nel nostro caso, proprio con i *tributi*[454], oggetto di una specifica branca del diritto che si chiama, per l'appunto, *tributario*, e che vede protagonisti non più due "*quisque*" immersi nelle più varie situazioni giuridiche soggettive (v. *supra*, parte I, cap. I, par. 2) ma esclusivamente due e due soli soggetti: la Repubblica, in qualità di creditore-esattore, e il privato, in qualità di debitore-contribuente.

454 Ricorda FALSITTA G. [2], p. 6, che "si chiama tributo perché la sua radice etimologica è nel *tributum* e per ciò nelle tribù, vale a dire nelle circoscrizioni territoriali in cui era divisa la *civitas* nell'antica Roma, prima monarchica e poi repubblicana".
La nozione di tributo è ancora oggi controversa. Secondo DE MITA E., p. 5: "La nozione di tributo, nei suoi termini essenzialmente formali, è una prestazione patrimoniale, che l'ente pubblico può imporre a determinati soggetti, istituzionalmente destinata dalla legge al conseguimento di un'entrata". Per FALSITTA G. [1], p. 11: "Il tributo è un prelievo di ricchezza effettuato coattivamente da un ente pubblico non collegato sinallagmaticamente ad un «corrispettivo»". Secondo FANTOZZI A, [1], p. 54: "Il *tributo* può perciò definirsi come una prestazione patrimoniale imposta, caratterizzata dall'attitudine a determinare il concorso alle pubbliche spese". MANZONI I.-VANZ G., p. 9 e ss., ritengono parziali le definizioni proposte dalla dottrina e preferiscono citare il MICHELI, secondo cui il tributo è "una prestazione coattiva pecuniaria (almeno di regola), senza corrispettivo, che non possa essere riportata ad altri schemi giuridici, relativi ai rapporti tra l'ente impositore e il soggetto sottoposto al di lui potere di supremazia" (p. 16). SANTAMARIA B., p. 4, infine, parla di "entrata coattiva la cui obbligatorietà è imposta per legge con atto autoritativo, senza cioè che vi concorra la volontà dell'obbligato contribuente".
Le più importanti forme di tributo, riconosciute unanimemente, sono le tasse e le imposte ma anche qui divergono i pensieri sulla loro natura. Per FALSITTA G. [1], p. 14, "l'imposta è un'obbligazione pubblicistica indisponibile, di regola pecuniaria, a titolo definitivo (o a fondo perduto), nascente direttamente o indirettamente dalla legge, e per ciò coattiva, avente la funzione di costringere il soggetto obbligato a partecipare secondo un determinato indice di riparto (normalmente, ma non sempre, un fatto economicamente valutabile) alla contribuzione delle spese pubbliche". FANTOZZI A, [1], p. 57 parla di "prestazione coattiva dovuta dal soggetto passivo in base ad un presupposto di fatto che escluda qualunque relazione specifica con ogni attività dell'ente pubblico riferita al soggetto o da cui questo possa trarre vantaggio". SANTAMARIA B., p. 4, la definisce "una prestazione patrimoniale finalizzata a soddisfare i servizi pubblici generali e indivisibili (difesa, ordine pubblico, sanità)".
Quanto alle seconde, FANTOZZI A. [1], p. 67 e ss., dà atto del dibattito dottrinale sulla definizione di "tassa", la cui autonomia concettuale, tra l'altro, tende a parere dell'A. a scomparire nella legislazione attuale. DE MITA E, pp. 8-9, distingue tra tassa e prezzo per i servizi pubblici offerti: "Se lo Stato presta servizi che ogni privato potrebbe prestare, il corrispettivo è un prezzo, sia pure politico […] Quando invece l'utilità ai privati non deriva dai suddetti servizi pubblici, ma da attività che solo lo Stato istituzionalmente può prestare, nella forma dell'atto amministrativo o giurisdizionale, allora il corrispettivo non può essere un prezzo, ma solo una «imposizione» che lo Stato opera in occasione dell'esercizio delle sue funzioni". FALSITTA G. [1], p. 14, invece, la definisce "prestazione pecuniaria coattiva o *ex lege* che il soggetto passivo è tenuto a corrispondere all'ente pubblico in relazione alla fruizione o alla fruibilità di un servizio pubblico o di un'attività pubblica (amministrativa o giurisdizionale)". SANTAMARIA B., p. 4, qualifica la tassa come "quota parte richiesta di costo di servizi particolari e divisibili (tasse scolastiche).

**La portata mondiale del fenomeno elusivo**

Al pari del diritto civile – ma forse anche di più – l'abuso in campo tributario ha una portata mondiale[455]: mondiale perché la tassazione interessa tutti i Paesi del mondo indistintamente (ma anche il diritto civile, si potrebbe obiettare); mondiale perché tutti gli Stati hanno un proprio sistema di tassazione dei redditi (ma non di *tutti* i redditi, esistendo dei Paesi ove anzi quasi nessuno di essi è soggetto a imposizione fiscale, come le isole Cayman e le Bahamas); mondiale perché, ed ecco il punto incontestabile, i Paesi notoriamente più forti e importanti sono anche quelli più danneggiati dall'elusione: la guerra americana ad Amazon, Apple, Facebook e Google, con le loro strategie da *pub* irlandese[456], è indice del danno che l'erario statunitense subisce in ragione di prassi elusive del valore di svariati miliardi di dollari[457].

Si deve parlare, allora, correttamente di "mondializzazione" o "globalizzazione" dell'elusione[458], giacché lì dove scelte politiche, tecnologia e diritto consentono di giocare su scala globale, l'elusione non è più (solo) un problema territorialmente limitato, ma diviene un danno da prevenire e sanzionare per la salvaguardia delle finanze di pressoché tutti gli Stati. Se, infatti, si consentisse (legalizzasse) l'elusione, la

---

455 SCAFATI I., sottolinea che "ciò che ha indotto gli ordinamenti giuridici dei principali Paesi industrializzati del pianeta ad escludere l'elusione dall'ambito dei fenomeni leciti, infatti, non è tanto il fatto che consente di conseguire un risparmio d'imposta quanto le modalità con cui tale risultato viene raggiunto. L'elusione è illegittima quando il risparmio di imposta diventa, nell'ottica anglosassone della *Common Law*, *the principal purpose* dell'operazione economica (la principale ragione della sua esistenza), oppure, nella prospettiva continentale della *Civil Law*, un "abuso delle forme giuridiche" che si manifesta "quando il contribuente non ha intrapreso la via diretta per perseguire il proprio obiettivo ma una via indiretta e tortuosa"".

456 Il meccanismo elusivo tipico di queste multinazionali avviene col *trasnfer pricing* attraverso la formula, simpaticamente battezzata, del "double irish with dutch sandwich".

457 *Ex multis*, O'CARROLL L., "*If Google is in Ireland for tax reasons, why are most of its profits in Bermuda?*", in "Ireland Businness Blog", tenuto sul sito del giornale "The guardian"; DUHIGG C.- KOCIENIEWSKI D., "*How Apple Sidesteps Billions in Taxes*", in "The New York Times", ove appare anche uno schema della manovra elusiva; l'articolo "*In Europe's Tax Race, It's the Base, Not the Rate, That Counts*", disponibile sul sito della CNBC. Tutti le fonti sono liberamente consultabili su internet.

458 Ottima la definizione di VALENTE P., p. 5, nota 2: "Nella sua accezione più ampia, la *globalizzazione* rappresenta l'estremo punto di convergenza su scala planetaria di economia e finanza, commercio e informazione. È un processo di trasformazione irreversibile, onnipervasivo, multiforme e monodirezionale che assorbe tutte le dimensioni economiche e sociali e le (ri)orienta in una visione metaterritoriale lungo assi, al tempo stesso, locali e globali, che decreta la fine delle distanze in senso geografico".

già difficile situazione economica e finanziaria degenererebbe facendo crollare interi sistemi economici, con diversi Stati perennemente a rischio di "default" tra cui l'Italia, favorendo la creazione di un polo internazionale di forza costituito, appunto, dai paradisi fiscali. Si tratta, insomma, di una lotta economica tutt'ora in corso tra chi contrasta e chi appoggia il fenomeno[459], tra i Paesi che inseguono i capitali e quelli che legiferano (o non legiferano) per accoglierli. L'elusione è una di quelle tante lotte internazionali che si combattono in sordina ma che possono provocare veri e propri disastri globali.

**Elusione e diritto internazionale tributario**

Lo stesso diritto internazionale tributario[460] muove, pertanto, contro le pratiche elusive (*tax avoidance*, che si distingue dalla *tax evasion* e dalla *tax fraud*) in attuazione delle politiche di divieto di concorrenza fiscale dannosa (*harmful tax competition prohibition*). Trattasi, in particolare, di azioni di contrasto alle legislazioni degli Stati, "mirata ad attrarre capitali ed investimenti stranieri all'interno del proprio territorio (al fine di migliorare la produttività del Paese, il livello occupazionale e, da ultimo, la stessa ricchezza del Paese) in spregio ad ogni più elementare norma di ragionevolezza ed equità fiscale mediante la c.d. *leva fiscale*, ossia mediante scelte legislative aventi come effetto principale di ridurre considerevolmente il livello di tassazione in capo ai contribuenti, ovvero gli adempimenti strumentali necessari per l'attuazione del prelievo, oppure il sistema dei controlli fiscali predisposti per la verifica della corretta osservanza delle obbligazioni tributarie a beneficio delle diverse categorie dei contribuenti (e quindi non solo a beneficio degli stranieri che decidano di investire all'estero i propri capitali e i propri risparmi)"[461]. Attraverso i più vari strumenti giuridici (esenzioni, agevolazioni particolarmente vantaggiose, deducibilità o detraibilità di componenti ordinariamente indeducibili o indetraibili, aliquote molto

459 "'L'Unione europea deve adottare norme chiare per impedire questo tipo di concorrenza fiscale, che pregiudica le strategie di recupero dei paesi interessati", Parlamento Europeo, proposta di risoluzione B7-0203/2012, PE486.757v01-00, punto "G" del "considerando", p. 2.

460 *Ex multis*, CORASANITI G.-DE' CAPITANI DI VIMERCATE P.-UCKMAR V.-CORRADO OLIVA C., CORDEIRO GUERRA R., SANTAMARIA M.,

461 SANTAMARIA M., pp. 158-159.

basse, ecc.) il contribuente gioca sulla scelta delle aree fiscali d'interesse al fine di ottenere maggiori profitti.

**Il recentissimo intervento OCSE: il BEPS**

La dimensione mondiale del fenomeno è avvertita dalle Autorità in modo netto e chiaro, tant'è che l'OCSE ha lanciato l'"*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*"[462] (BEPS), di prossima attuazione, su richiesta dei Ministri delle Finanze riuniti in occasione dell'incontro del G20 tenutosi a Mosca nel luglio 2013, accolto con favore dai Governatori delle Banche Centrali, e ribadito in occasione della riunione dei Capi di Stato del G20 tenutasi nel settembre 2013 a San Pietroburgo.

L'obiettivo del recupero della tassazione dei redditi "esportati all'estero" nei Paesi di convenienza avviene su due fronti: da una parte il Legislatore predispone normative interne – basate essenzialmente su presunzioni legali e indeducibilità di costi – dirette ad assoggettare comunque i redditi alla legislazione vigente[463]: tipici casi sono quelli della normativa sui redditi prodotti dai *trust* esteri, l'art. 37 co. 3 d.P.R. 600/73 e le disposizioni sul *transfer pricing* (o prezzi di trasferimento)[464], questi ultimi in sé non illeciti, ma elusivi qualora si discostino dagli indici di normalità, ovvero dalla media dei prezzi determinati, e non siano giustificati da valide ragioni economiche extrafiscali[465]. Non a caso il TP ha portato all'adozione delle "*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*" elaborate dall'OCSE e oggi seguite in molti Paesi, tra cui l'Italia, sia da parte delle Amministrazioni finanziarie nazionali, sia da parte dei singoli contribuenti[466] con una forza cogente derivante non dal valore

462 "In an increasingly interconnected world, national tax laws have not kept pace with global corporations, fluid capital, and the digital economy, leaving gaps that can be exploited by companies who avoid taxation in their home countries by pushing activities abroad to low or no tax jurisdictions. This undermines the fairness and integrity of tax systems. The project, quickly known as BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) is looking at whether the current rules allow for the allocation of taxable profits to locations different from those where the actual business activity takes place and if not, what could be done to change this".

463 Si veda la rassegna normativa di CORDEIRO GUERRA R. [2], p. 212.

464 VALENTE P.

465 CASS., 22023/06, CASS., 11226/07,

466 http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/transfer-pricing-guidelines.htm

formale della fonte, ma dalla particolare autorevolezza e validità dei contenuti, fattuale e non istituzionale.

**Le Convenzioni contro le doppie imposizioni**

Altra via di contrasto all'elusione internazionale è quella in cui lo Stato stipula appositi trattati internazionali, come ad esempio le convenzioni sulle doppie imposizioni basate sul modello OCSE[467]. Nel diritto internazionale il problema viene affrontato anche mediante la stipula di trattati *ad hoc*, miranti a disciplinare specifici casi: si giustificano così le previsioni, ad esempio, in tema di beneficiario effettivo[468].

**Il criterio della residenza**

L'elemento comune dell'elusione fiscale internazionale (ma anche di talune fattispecie evasive) è ordinariamente rilevato nella residenza del contribuente[469], il quale spesso "emigra" apparentemente all'estero al solo fine di godere di una imposizione fiscale più favorevole, esercitando poi la propria attività in Italia[470].

---

467 Su cui si legga, *ex multis*, MAISTO G., p. 277 e ss.

468 Sul tema, di recente, AVOLIO D.-SANTACROCE B., RIGHINI A.

469 Si legga, ad esempio, sul problema relativo alla "pex" (p*articipation exemption*), il lavoro di FERRANTI G.

470 Si devono qui ricordare gli orientamenti della CGE emersi in occasione della causa C-196/04, CADBURY SCHWEPPES. La Corte, al punto 34 della sentenza, si chiede se "il fatto per una società stabilita in uno Stato membro di costituire e di finanziare società in un altro Stato membro al solo scopo di beneficiare del regime fiscale più favorevole quivi in vigore costituisca un abuso della libertà di stabilimento", precisando al punto 37 "che la circostanza che la società sia stata creata in uno Stato membro per fruire di una legislazione più vantaggiosa non costituisce per se stessa un abuso di tale libertà (v., in tal senso, sentenze Centros, cit., punto 27, e 30 settembre 2003, causa C-167/01, Inspire Art, Racc. pag. I-10155, punto 96)" e concludendo col principio di diritto che "ostano all'inclusione, nella base imponibile di una società residente in uno Stato membro, degli utili realizzati da una società estera controllata stabilita in un altro Stato allorché tali utili sono ivi soggetti ad un livello impositivo inferiore a quello applicabile nel primo Stato, a meno che tale inclusione non riguardi costruzioni di puro artificio destinate a eludere l'imposta nazionale normalmente dovuta. L'applicazione di una misura impositiva siffatta deve perciò essere esclusa ove da elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi risulti che, pur in presenza di motivazioni di natura fiscale, la controllata è realmente impiantata nello Stato di stabilimento e ivi esercita attività economiche effettive".
Altra decisione importante è quella C-524/04, in cui ai punti 73 e 74 si legge che "la mera circostanza che una società residente ottenga un prestito da una società collegata avente sede in un altro Stato membro non può fondare una presunzione generale di pratiche abusive, né giustificare una misura che pregiudichi l'esercizio di una libertà fondamentale garantita dal Trattato (v., in tal senso, sentenze 26 settembre 2000, causa C-478/98, Commissione/Belgio, Racc. pag. I‑7587, punto 45; X e Y, cit., punto 62; 4 marzo 2004, causa C-334/02, Commissione/Francia, Racc. pag. I‑2229, punto 27, nonché Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, cit., punto 50). Perché sia giustificata da motivi di lotta a pratiche abusive una restrizione alla libertà di stabilimento deve avere lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiose, prive di effettività economica e

**Il caso Depardieu**

La cronaca, poi, ha fornito esempi di diversi personaggi famosi – specie del mondo dello spettacolo – impegnati in questa estenuante fuga solo apparente. Di recente ha fatto scandalo la fuga dell'attore Depardieu dalla "maxi tassa" proposta dal governo Hollande, pari al 75% dei redditi oltre il milione di euro, il quale sarebbe scappato da Parigi per rifugiarsi, dopo circa 234 Km di autostrada, a Nechin, paesino belga dall'imposizione fiscale molto più favorevole e dalla grande comodità di trovarsi a pochi Km dal confine francese. Fuga, questa, emulata anche da altri contribuenti facoltosi[471].

**L'ironia dei siti *pro* elusione**

È poi ironico effettuare una banale ricerca su internet e trovare senza difficoltà il sito, tra i tanti, http://paradisifiscaliltd.com in cui, a caratteri cubitali, compare la scritta "Paradisi Fiscali e Società Offshore. Guida ai Paradisi Fiscali e Come pagare Meno Tasse Offshore". Poiché ormai esistono anche delle guide per frodare il fisco, liberamente consultabili su internet, si capisce che il fenomeno dell'elusione, al pari e forse più dell'evasione, si è spinto ben oltre ogni pessimistica previsione.

La sensibilità sociale e politica verso il fenomeno è andata, tuttavia, negli ultimi anni notevolmente crescendo: in ambito comunitario si è letto, di recente, di come "si stima che l'evasione e l'elusione fiscali rappresentino per i governi degli Stati membri dell'Unione europea una quantità significativa di entrate non riscosse[472]", e che "l'entità dell'evasione e dell'elusione fiscali compromettono la fiducia dei cittadini nell'equità e nella legittimità della riscossione delle imposte[473]", nonché di come "è necessario migliorare in maniera sostanziale le informazioni disponibili al pubblico sull'elusione e l'evasione fiscali in ciascuno Stato membro[474]".

---

finalizzate a eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte nel territorio nazionale (sentenza Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, cit., punto 55)".

471 La Consulta francese ha, comunque, dichiarato incostituzionale la norma impositrice contestata.

472 Parlamento Europeo, proposta di risoluzione B7-0203/2012, PE486.757v01-00, punto "A".

473 *Ibidem*, punto "C".

474 *Ibidem*, punto "D".

**La Relazione Kekuš**

Maggiormente incisiva è stata poi la recentissima Relazione presentata dalla parlamentare europea slovena Mojca Kleva Kekuš[475] con annessa proposta di risoluzione del Parlamento Europeo, ove si legge il dato per cui "si stima che ogni anno nell'UE vada perduta – a causa della frode fiscale, dell'evasione e dell'elusione fiscale nonché della pianificazione fiscale aggressiva – la scandalosa cifra di mille miliardi di EUR di gettito fiscale potenziale, il che rappresenta un costo annuo di circa 2000 EUR per ogni cittadino europeo, senza che siano adottati provvedimenti adeguati per far fronte al problema[476]".

**A. C. 5291 del 2012**

In ambito nazionale, nel ddl A. C. 5291[477] presentato il 15 giugno 2012 alla Camera dei Deputati dal Ministro e Presidente del Consiglio Monti si afferma che "nella direzione di conferire stabilità e certezza al sistema fiscale vanno: la ridefinizione dell'abuso del diritto unificata a quella dell'elusione, estesa a tutti i tributi e non limitata a fattispecie particolari, corredata della previsione di adeguate garanzie procedimentali[478]".

475 Che ha dato vita alla risoluzione del Parlamento Europeo sulla lotta contro la frode fiscale, l'evasione fiscale e i paradisi fiscali (2013/2060(INI)).

476 *Ibidem*, p. 4, punto A).

477 Su cui ESCALAR G.: "È chiaro infatti che l'attuazione della delega dovrebbe garantire quel quadro di certezza e di stabilità che fino a oggi è mancato proprio attraverso una chiara e precisa individuazione di tali presupposti" e TOMASSINI A., che ne parla con riferimento anche al caso Dolce & Gabbana.

478 Ddl A. C. 5291 del 2012, p. 2, approvato dalla Camera il 12 ottobre 2012 ma pendente in Senato dal successivo 23 ottobre. A p. 5 si legge anche che "l'articolo 5 delega il Governo all'introduzione nel sistema tributario di una definizione generale di abuso del diritto, da unificare con quella dell'elusione fiscale, rendendola applicabile a tutti i tributi. La delega prevede anche specifiche regole procedimentali destinate a garantire un efficace confronto con l'amministrazione finanziaria e a salvaguardare il diritto di difesa del contribuente. L'intervento si rende necessario per contemperare l'aspettativa delle imprese di operare in un quadro più stabile e certo con la necessità per il fisco di disporre di uno strumento più efficace per la lotta ai fenomeni elusivi. Il divieto di abuso del diritto, nella sua accezione generale, investe le operazioni prive di adeguata motivazione economica e realizzate principalmente per ottenere risparmi d'imposta attraverso l'impiego distorto di schemi giuridici, ciascuno dei quali peraltro perfettamente legittimo, ma che nel loro complesso sono adottati allo scopo prevalente (o esclusivo) di ottenere un vantaggio fiscale. Il concetto di abuso del diritto è nato nell'ambito dell'Unione europea, da sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea limitate al comparto dei tributi armonizzati: imposta sul valore aggiunto (IVA) e dazi doganali. Anche in Italia si è avuta una definizione giurisprudenziale, stabilita da sentenze della Corte di cassazione. Ciò ha determinato il sindacato ex post delle scelte dei contribuenti, in particolare per le operazioni più complesse, sulla base di orientamenti non noti nel momento in cui le operazioni oggetto di controlli sono state decise ed effettuate. Le esperienze maturate

**L'atto di indirizzo politico per il triennio 2013-2015**

L'Atto di indirizzo politico per il triennio 2013-2015, firmato dal Ministro dell'Economia e delle Finanze in data 1° ottobre 2012 fa assumere l'impegno a "rafforzare ulteriormente la lotta all'evasione e all'elusione fiscale, con misure di contrasto ai paradisi fiscali e agli arbitraggi fiscali internazionali[479]".

**A. C. 950 del 2013**

Il ddl A. C. 950 del 2013, infine, proposto dall'On. Zanetti e approvato recentissimamente dalla Camera dei Deputati e attualmente all'esame del Senato, prevede all'art. 9 co. 1 lett. a) che tra i principi e criteri direttivi rientra il "rafforzare i controlli mirati da parte dell'amministrazione finanziaria, utilizzando in modo appropriato e completo gli elementi contenuti nelle banche di dati e prevedendo, ove possibile, sinergie con altre autorità pubbliche nazionali, europee e internazionali, al fine di migliorare l'efficacia delle metodologie di controllo, con particolare rafforzamento del contrasto delle frodi carosello, degli abusi nelle attività di incasso e trasferimento di fondi (*money transfer*) e di trasferimento di immobili, dei fenomeni di alterazione delle basi imponibili attraverso un uso distorto del *transfer pricing* e di delocalizzazione fittizia di impresa, nonché delle fattispecie di elusione fiscale[480]".

**Le nozioni di abuso del diritto (cioè di elusione fiscale)**

Quanto, poi, alle nozioni di abuso del diritto (tributario) ed elusione fiscale, ve ne sono diverse. Si parla così di "utilizzo legale ma improprio del regime fiscale per

---

in altri Paesi (come Francia e Germania) mostrano che la codificazione della nozione di abuso è la via maestra per dare alle imprese un quadro di certezza e stabilità normative e amministrative. In questi Paesi si è intervenuti legislativamente: è stata ampliata la portata delle norme antielusive esistenti e sono state al contempo rafforzate le ga-ranzie procedurali per i contribuenti. La definizione di una serie di «punti fermi» ha effetti positivi anche per l'amministra-zione finanziaria, che può svolgere con maggiore rapidità ed efficacia la sua fun-zione di contrasto dell'elusione, indiriz-zando la propria attenzione sui casi meno dubbi e riducendo così le possibilità di contenzioso e l'incertezza sulle sanzioni. Il dibattito già svolto in Parlamento, su iniziativa dei gruppi parlamentari, ha evi-denziato l'opportunità di una norma generale anti-abuso per tutte le imposte, non vincolata da un'elencazione tassativa di fattispecie e con un'assimilazione tra elusione fiscale e abuso, a fronte di una norma antielusiva vigente nel nostro or-dinamento che è limitata alle imposte dirette e ad alcune specifiche operazioni espressamente indicate".

479 Dizionario di economia e finanza, voce "Arbitraggio", *sub* "A. fiscale": "Opportunità di sfruttare regolamentazioni fiscali vantaggiose localizzando, per es., società nei paradisi fiscali o anche utilizzando bare fiscali (a. da fusione o da incorporazione, ➔ bad company)". Si legga in proposito SCHAMMO P.

480 Ddl A. S. 1058, p. 23.

ridurre o eludere i debiti d'imposta" [481], di "uso distorto di strumenti giuridici idonei a ottenere un risparmio d'imposta" la cui configurabilità è però esclusa "se l'operazione è giustificata da ragioni extrafiscali non marginali"[482], di "considerare lo scopo di ottenere indebiti vantaggi fiscali come causa prevalente dell'operazione abusiva"[483], di "uso distorto di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio d'imposta, ancorché tale condotta non sia in contrasto con alcuna specifica disposizione"[484], di "utilizzo di singole disposizioni dell'ordinamento giuridico secondo modalità che, pur rispettando la lettera delle specifiche norme utilizzate, portano però a un risultato **difforme** o addirittura antitetico rispetto ai principi e alle finalità che sottendono all'ordinamento giuridico di cui quelle stesse norme sono parte"[485]. La funzione, però, rimane sempre identica in ogni posizione: "In definitiva l'interpretazione antielusiva nasce dalla esigenza di impedire lo svuotamento di efficacia delle norme tributarie di imposizione e di agevolazione, al fine esclusivo di dare piena attuazione al fondamentale obbligo di concorso alle spese pubbliche che deve gravare su tutti "indistintamente""[486].

La Corte di Giustizia Europea, dal canto suo, afferma che "perché possa parlarsi di comportamento abusivo, le operazioni controverse devono, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della sesta direttiva e della legislazione nazionale che la traspone, procurare un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da quelle stesse disposizioni. Non

481 Relazione sulla lotta contro la frode fiscale, l'evasione fiscale e i paradisi fiscali (2013/2060(INI)), p. 4, lett. D).

482 Ddl 5291 del 2012, p. 34, n. 2), in cui si legge pure che "costituiscono ragioni extrafiscali anche quelle che non producono necessariamente una redditività immediata dell'operazione ma rispondono ad esigenze di natura organizzativa e determinano un miglioramento strutturale e funzionale dell'azienda del contribuente".

483 *Ibidem*, p. 34, n. 1). Affermazione, questa, rilevantissima ai fini dei rapporti tra diritto tributario e civile.

484 *Ibidem*, p. 33, art. 5, lett. a), testualmente ripresa anche dalla proposta di legge delega Zanetti, ddl A. C. 950 del 15 maggio 2013 – in cui sono confluiti gli altri ddl A. C.. 282, Causi, A. C. 1122, Capezzone, A. C. 1339, Migliore – approvata dalla Camera in data 25 settembre 2013 e attualmente all'esame del Senato della Repubblica, rif. A. S. 1058.

485 ZANETTI E.

486 FALSITTA G [2]., p. 17.

solo. Deve altresì risultare da un insieme di elementi obiettivi che le dette operazioni hanno essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale"[487].

**Abuso ed elusione fiscale**

A riguardo si ritiene che abuso del diritto ed elusione fiscale rappresentino due concetti e, quindi, due istituti diversi, seppur collegati[488]. Sul primo ci siamo già pronunciati lungo tutto il presente lavoro (in particolare, v. *supra*, parte II, cap. III, par. 5). Il secondo, invece, ci pare essere fine e conseguenza dell'abuso dell'autonomia negoziale.

La norma impositiva fiscale[489], infatti, prevede il presupposto d'imposta e l'imposta stessa: al verificarsi del presupposto, l'imposta va applicata. Ne consegue che gli atti, i fatti e i negozi giuridici posti in essere dal contribuente si atteggiano a presupposti dell'imposta, cosicché siano essi connotati da una regolarità economica, siano essi caratterizzati da anormalità causale con finalità di risparmio tributario, sono comunque rilevanti al fine dell'applicazione dei tributi, sono cioè presupposti d'imposta. L'artificiosa costruzione di operazioni economiche mediante schemi negoziali tipici o atipici, allora, non rileva in diritto tributario in quanto tale, e cioè in quanto complesso di istituti giuridici del diritto civile con proprie caratteristiche e funzioni, ma in quanto fatti, collegati in funzione di presupposto a una certa imposizione[490].

---

487 CGE, C-255/02, HALIFAX, punto 86. Una delle prime applicazione del principio in ambito nazionale è data da CASS., 21221/06. Nella sentenza successiva, resa sulla causa C-256/02, al punto 38 la Corte dice, invece, più genericamente che "qualora un soggetto passivo o un gruppo di soggetti passivi aventi tra loro legami si impegnino in una o più operazioni che non hanno giustificazione economica, ma che producono una situazione artificiale il cui solo scopo è quello di creare le condizioni necessarie per il recupero dell'IVA pagata a monte, tali operazioni non dovrebbero essere prese in considerazione, perché integrerebbero una pratica abusiva".

488 *Contra*, ZANETTI E.: "Al di là dei differenti approcci descrittivi, la nozione di "abuso del diritto", se inquadrata nell'ambito del diritto tributario, viene sostanzialmente a coincidere con quella più comunemente utilizzata di "**elusione fiscale**"".

489 FALSITTA G [1], p. 41, distingue tre categorie di norme tributarie: quelle impositrici, quelle sanzionatorie, quelle agevolative.

490 FALSITTA G. [1], p. 13: "Anche quando l'evento imponibile consista in un comportamento liberamente scelto – e ciò accade quasi di norma – tale comportamento è trattato dalla legge di imposta come mero accadimento storico avente contenuto economico".

Ne consegue, allora, che non è possibile confondere i due concetti, i quali si relazionano in termini di causa ed effetto: causa è quella dovuta al fatto civile, effetto quello illecito dell'elusione, laddove il risparmio d'imposta appaia privo delle valide ragioni economiche imposte dalla Legge. Ma qual è questa Legge? È quella di cui all'art. 37-*bis*, ovvero è quella attualmente in fase di approvazione da parte delle Camere? La giurisprudenza della Cassazione, come vedremo, si è pronunciata in favore del riconoscimento di un divieto costituzionale implicito di elusione fiscale: ne consegue che punto di partenza, da un punto di vista logico e di gerarchia delle fonti, non possa che essere quest'ultimo.

Tuttavia, ciò non esclude che anche in campo tributario possano ravvisarsi ipotesi di vero e proprio abuso del diritto. Ne pare convinto il Tribunale di Bari, in due casi pervenuto recentissimamente di fronte la Suprema Corte[491], dove il contribuente aveva posto in essere tutta una serie di condotte evasive ma, per evitare il perfezionamento del reato di cui all'art. 5 d. lgs. 74/00 – omessa dichiarazione – presentava quest'ultima dichiarando redditi… per 5 euro (*sic*!) a fronte di ricavi accertati successivamente dalla Guardia di Finanza, per il solo 2008, di 53˙000˙000,00 di euro, "al solo fine di eludere i controlli automatizzati e di giovarsi dell'istituto del ravvedimento operoso". Il Tribunale di Bari riteneva la sussistenza del *fumus* del reato, perché "le dichiarazioni presentate per gli anni 2008 e 2009, anche se formalmente inoltrate, dovevano considerarsi (stante la mancanza a monte di tutta la documentazione contabile, societaria e fiscale) sostanzialmente omesse". Al contrario la Cassazione annulla con rinvio la decisione limitatamente a questo punto, sostenendo che "il Tribunale ha apoditticamente ritenuto che ci si trovasse in presenza di un abuso del diritto, senza indicare quale norma anti elusiva, specificamente prevista dalla legge (come in precedenza evidenziato), sia stata violata" (punto 2.1 del "Considerato in diritto"). In realtà la Suprema Corte confonde, qui, l'elusione fiscale relativa

491 CASS., 33184 e 33187/13.

all'abbattimento della base imponibile o dell'imposta, e l'abuso del diritto vero e proprio, e cioè l'abusare di un proprio diritto[492].

Ma anche il Tribunale di Bari sbaglia. Non può parlarsi, infatti, di "abuso del diritto", né con riferimento alla presentazione della dichiarazione – che è un obbligo e non certo un diritto – né in riferimento al contenuto della dichiarazione, sottratto alla volontà del contribuente e che deve coincidere con gli importi reddituali così come individuabili in base alla normativa vigente.

Al più, sul versante penalistico poteva farsi valere l'offensività sostanziale della condotta con ragionamento speculare a quello, utilizzato dalla giurisprudenza, in tema di falso inutile. Se, infatti, il falso inutile, in quanto inutile, non è idoneo a offendere il bene giuridico protetto, nel nostro caso la dichiarazione inutile, in quanto inutile, non è idonea a non offendere, e quindi offende il bene giuridico tutelato.

Quanto al versante civilistico, si potrebbe ancora far valere la responsabilità del contribuente per violazione del dovere di buona fede che deve improntare i rapporti tra Amministrazione e contribuente, ai sensi dell'art. 10 co. 1 l. 212/00.

## 2. ELUSIONE FISCALE E PRINCIPI COSTITUZIONALI

**I principi generali dell'ordinamento tributario**

I principi generali dell'ordinamento tributario[493] interno sono ricavabili da due fonti normative: la Costituzione, in particolare gli artt. 2, 3, 23 e 53, e dalla l. 212/00, il c.d. "Statuto del contribuente", la cui natura di legge ordinaria è rinforzata dalla speciale previsione di cui all'art. 1 co. 1[494].

492 GIULIANI F. M. [1].

493 Per una trattazione approfondita si legga FEDELE A., p. 447 e ss.

494 "1. Le disposizioni della presente legge, in attuazione degli articoli 3, 23, 53 e 97 della Costituzione, costituiscono princìpi generali dell'ordinamento tributario e possono essere derogate o modificate solo espressamente e mai da leggi speciali". Va altresì segnalato che la legge delega per la codificazione

**La discrasia tra principi costituzionali e legislativi generali**

Vi sarebbe da discutere sull'opportunità di affidare a una legge ordinaria i "principi generali dell'ordinamento tributario"[495], i quali tra l'altro intervengono "in attuazione degli articoli 3, 23, 53 e 97 della Costituzione", cosicché se quelli legislativi sono i principi generali, quelli costituzionali non si sa bene cosa siano. La fantasia può correre libera e pensare che siano principi "generalissimi" o "più generali", principi fondamentali o principi informatori[496], adottando l'interprete la formula di maggior simpatia. Ma l'errore più grave che il Legislatore ordinario ha compiuto è stato quello di omettere il riferimento all'art. 2 Cost., essendo l'obbligo tributario da ricondurre nell'alveo dei doveri inderogabili di solidarietà[497].

**Imposizione fiscale e principio di eguaglianza**

In qualsiasi caso, la lettura combinata del testo costituzionale e legislativo costituisce la base del diritto tributario, improntata alla qualificazione della prestazione tributaria quale *dovere* (apparentemente per il Legislatore ordinario non inderogabile, stante il mancato richiamo dell'art. 2 sopra rilevato) universale[498], informato ai criteri di progressività, nel rispetto dei principi di *eguaglianza* e, quale corollario, di *non discriminazione*[499]. Ne consegue che "è fuori dubbio che l'art. 53 enuncia il fondamentale

---

tributaria, n. 80/2003, poi rimasta inattuata, all'art. 2 co. 1 lett. a) imponeva il rispetto "dei principi di legalità, di capacità contributiva, di uguaglianza".

495 Tra i tanti, FALSITTA G. [1], p. 48.

496 In tal senso sembra deporre, almeno, l'art. 23 Cost.

497 FEDELE A., p. 452, e nota 33 per bibliografia a riguardo. Si legga pure FALSITTA G. [1], p. 13, il quale afferma che "l'imposta si radica in un dovere di solidarietà perché assume a suo presupposto gli «averi» posseduti da ciascuno e non i benefici ricevuti da ciascuno; in questo senso, quindi, è corretto dire che l'art. 53 è estrinsecazione del principio di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost.". Si v. pure il pregevole lavoro di ADAMS C.

498 FALSITTA G. [1], p. 78: "Il termine indefinito «tutti» costituisce per parte sua espressione del principio di universalità del tributo che, in armonia con il principio di uguaglianza affermato dall'art. 3 Cost. deve colpire, ricorrendone i presupposti, tutti i soggetti, senza distinzioni o privilegi o discriminazioni di sorta".

499 Il riferimento a detti principi è contenuto pure nel ddl A.S. 1058, comunemente noto come "delega fiscale, cui è dedicato il DOSSIER DEL SERVIZIO STUDI DEL SENATO DELLA REPUBBLICA n. 63 dell'ottobre 2013. All'art. 1 comma 1 del testo già approvata dalla Camera dei Deputati si legge, infatti, che "Il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, decreti legislativi recanti la revisione del sistema fiscale. I decreti legislativi sono adottati, nel rispetto dei princìpi costituzionali, in particolare di quelli di cui agli articoli 3 e 53 della Costituzione, nonché del diritto dell'Unione europea, e di quelli dello statuto dei diritti del contribuente di cui alla legge 27 luglio 2000, n. 212".

principio dell'eguaglianza dei cittadini di fronte al carico tributario: principio al quale sono tenuti a uniformarsi lo Stato e tutti gli altri enti investiti di potere tributario"[500].

**L'art. 53 co. 1 Cost. quale limite al potere Legislativo**

A guardar bene, tuttavia, il principio di eguaglianza nella sua manifestazione tributaria (che non è equità tributaria, anche se a volte viene con esso confusa[501]) ha trovato applicazione principalmente come limite all'intervento legislativo in materia. La struttura stessa del giudizio costituzionale, d'altronde, ha fatto sì che le questioni sottoposte alla Corte fossero relative a ritenute violazioni legislative del principio, cosicché la giurisprudenza costituzionale diventa fondamentale strumento di studio per la ragionevolezza *legislativa* tributaria, ma non per la ragionevolezza tributaria in sé[502].

**L'art. 53 co. 1 quale limite all'attività economica privata**

In altri termini, non bisogna cadere nell'errore di ritenere che il principio costituzionale di *eguaglianza tributaria* sia meramente un limite *favor contribuentis*: esso, in quanto principio generale, governa la materia sia nella fase normativa astratta che in

---

Per la giurisprudenza si legga C. COST., 155/63, punto 2 del "considerato in diritto", secondo cui l'art. 53 Cost. è "norma che, costituendo fra l'altro armonico e specifico sviluppo del principio d'eguaglianza contenuto nell'art. 3 della Costituzione, si traduce, per quanto riguarda le imposte sui redditi, nell'esigenza di imposizione uguale per redditi uguali e di imposizione diversa per redditi diversi", nell'ottica di una "giustizia distributiva" (punto 3, penultimo cpv. del "considerato in diritto"). Si legga anche C. COST., 62/65, punto 3 del "considerato in diritto", secondo cui l'art. 53 co. 1 "non rappresenti se non uno specifico sviluppo, nel campo tributario, del principio di eguaglianza sancito in via generale dall'art. 3"; C. COST. 69/65, punto 4 del "considerato in diritto": "L'imposizione tributaria va commisurata in modo uniforme nei confronti di soggetti, che si trovano nelle stesse situazioni" (sul punto si vedano anche i ""considerato in diritto"" di C. COST., 91/72, punto 4,

500 C. COST., 64/65, punto 5 del "considerato in diritto". Per i vincoli al Legislatore discendenti dal precetto costituzionale si legga C. COST., 89/66, punto 4 del "considerato in diritto": "In proposito va osservato che la capacità contributiva, presupposto di una legittima imposizione, condiziona certo la misura massima del tributo, nel senso che questa non può mai essere fissata ad un livello superiore alla capacità dimostrata dall'atto o dal fatto economico, ma non esclude, purché tale limite sia rispettato, che gli stessi atti o fatti possano in tempi diversi dar luogo a prelievi tributari di diversa entità, secondo gli obiettivi di politica fiscale di volta in volta perseguiti dal legislatore. È ovvio che tali variazioni non possano e non debbano essere arbitrarie, perché in tal caso verrebbe ad essere compromesso il principio di eguaglianza".

501 L'equità tributaria riguarda, infatti, la correttezza, la giustizia, il *quantum* onesto d'imposizione.

502 Per vero le dichiarazioni di incostituzionalità di norme tributarie sono state molto poche, dettate probabilmente dal limite autoimposto dalla Corte per cui "non spetta al giudice della legittimità delle leggi valutare e determinare, in funzione dell'art. 53 Cost., l'entità e la proporzionalità dell'onere tributario imposto, trattandosi di compito riservato al legislatore, salvo il controllo di legittimità sotto il profilo dell'assoluta arbitrarietà o irrazionalità delle norme" (C. COST. 144/72, punto 3 del "considerato in diritto"). Si ricordano, comunque, le dichiarazioni di illegittimità contenute in C. COST. 44/66, C. COST. 120/72, C. COST. 200/72, C. COST. 20/73, C. COST. 131/73.

quella procedimentale concreta e si pone quale limite all'attività regolativa e applicativa, richiedendo un'interpretazione delle norme da applicare idonea a garantire una giustizia distributiva e, cioè, a non discriminare nel richiedere i tributi.

**Costituzionalizzazione del divieto di elusione e del potere di accertarla**

Il principio di eguaglianza tributaria, infatti, impone da una parte al contribuente di versare quanto dovuto all'Erario, in ragione della propria capacità contributiva, dall'altra obbliga l'Amministrazione a provvedere alla sua riscossione. Si deve concludere, allora, che l'art. 53 co. 1 non solo pone un limite inderogabile *ex* art. 2 Cost. alla c.d. libertà economica del contribuente, ma al contempo grava la Repubblica di un obbligo, anch'esso a sua volta inderogabile, di controllo e percezione dell'esatto *quantum* legislativamente determinato: dal che risulterebbe costituzionalizzato non solo il divieto di elusione fiscale, ma anche, apparentemente, il potere di accertarla.

**L'art. 53 co. 1 quale fondamento del divieto di elusione**

Il principio cardine, sul punto, è proprio quello eguaglianza tributaria *ex* art. 53 co. 1 Cost.: il prevedere, infatti, un carico tributario uguale in ragione dell'identità di situazione, non significa soltanto che il Legislatore, nel disciplinare la materia, non possa aggravare o alleggerire la pressione fiscale in modo discriminatorio, ma altresì che il contribuente stesso non può e non deve discriminarsi rispetto ai consociati in modo a sé favorevole e cioè ottenere un risparmio d'imposta, conseguendo risultati civilistici ed economici identici a coloro che, invece, sono assoggettati all'ordinaria tassazione maggiore.

**L'art. 53 co. 1 quale limite alla discrezionalità legislativa e all'autonomia privata**

In altri termini, l'art. 53 Cost. si pone quale ascia bipenne – per usare una metafora colorita – tagliente sia dal lato del contribuente, il quale può contestare la discriminazione tributaria operata dal Legislatore, che da quello dell'ente impositore, Agenzia delle Entrate *in primis*, la quale deve istituzionalmente perseguire "il massimo livello di adempimento degli obblighi fiscali sia attraverso l'assistenza ai contribuenti, sia attraverso i controlli diretti a contrastare gli inadempimenti e l'evasione fiscale"[503].

503 Art. 62 co. 1 d.lgs. 300/99. Si legga pure l'art. 2 dello Statuto dell'Agenzia.

Tale massimo livello di adempimento passa necessariamente per il contrasto all'elusione fiscale[504].

**L'art. 53 co. 1 quale fondamento del divieto di elusione**

Una corretta applicazione dell'art. 53 co. 1 Cost., infatti, non può non tener conto degli effetti discriminatori di un trattamento fiscale diverso rispetto a situazioni simili se non identiche, le quali rivelano – ove disciplinate espressamente o implicitamente[505] – ipocrisie e refusi normativi, incoerenze e irragionevoli disparità, che hanno l'effetto deleterio di radicare nel contribuente l'idea di un "diritto" alla disparità, il quale puntualmente rimarca l'*assenza di un obbligo* – neppure ricompreso nell'art. 2 Cost. – di perseguire la via fiscalmente più onerosa per soddisfare i propri interessi, poiché il dovere di contribuzione è sì solidaristico, ma non altruistico[506] (v. *infra*, par. 3). Proprio alla base di questo ragionamento si radica la difesa delle operazioni elusive, fondate sulla formale liceità degli atti, fatti e negozi posti in essere in spregio al principio fin qui esaminato.

Tuttavia, affermare l'esistenza del principio non lo rende per ciò solo esistente. Rimane, infatti, il problema della ricostruzione di un divieto generale anti elusivo, seppur implicito, all'interno della Costituzione. Può veramente ammettersi un divieto di tal genere?

504 L'art. 3 del regolamento di amministrazione dell'Agenzia delle Entrate istituisce la Direzione Centrale Accertamento con il compito di curare, tra l'altro, "le funzioni di programmazione, indirizzo e coordinamento dell'azione di controllo, mediante l'analisi dei fenomeni di evasione ed elusione, la ricerca, l'acquisizione e l'elaborazione di elementi utili all'investigazione fiscale".
505 Si pensi al caso del conferimento di azienda con successiva cessione di quote.
506 FEDELE A., p. 452.

## 3. DIVIETO D'ELUSIONE E PRINCIPI COSTITUZIONALI: LIMITI E CONTROLIMITI ALLE LIBERTÀ ECONOMICHE DEI PRIVATI

**I due ostacoli a un divieto costituzionale d'elusione**

Ipotizzando per un momento che esista un divieto di elusione fiscale implicitamente costituzionalizzato dagli artt. 2, 3 e 53 Cost., esso potrebbe incontrare due limiti in altrettanti disposti costituzionali: la libertà di iniziativa economica privata da un lato, il principio di legalità dell'azione amministrativa dall'altro.

**Il limite della libertà d'iniziativa economica privata**

Ai sensi dell'art. 41 co. 1 Cost., l'iniziativa economica privata è libera. Tale libertà, com'è ovvio, non è assoluta – al pari di qualunque altra libertà, che trova un limite naturale, quantomeno, nella libertà altrui – ma essa ben potrebbe porsi quale limite al divieto di elusione, giacché quest'ultimo imporrebbe al singolo contribuente, prevalentemente societario, l'adozione di schemi civilistici obbligati al fine di conseguire il massimo gettito fiscale: l'obbligo tributario si realizzerebbe così tramite l'obbligo di forma civilistica dell'operazione economica, il che equivale a dire che bisognerebbe riconoscere, accanto all'obbligo di versamento del tributo, l'obbligo di generarne il presupposto fiscalmente più oneroso: tale soluzione, tuttavia, pare violare tanto l'art. 41 co. 1 Cost. quanto l'art. 1322 c.c., quale espressione dei più generali principi di autodeterminazione da un lato, e di libertà delle forme dall'altro.

**Il rischio di una funzionalizza-zione dell'autonomia privata al massimo gettito fiscale**

L'imposizione che deriverebbe da tale interpretazione, infatti, comporterebbe una notevole restrizione della libertà d'iniziativa economica, forzata ad adottare schemi civilistici predeterminati al fine di realizzare l'interesse pubblico al massimo gettito fiscale: interesse che rimane estraneo alla logica del singolo – specie se imprenditore – e che determinerebbe una *funzionalizzazione dell'autonomia privata all'interesse pubblico erariale*, dal che la prima domanda: è sostenibile una funzionalizzazione del genere[507]?

507 Fortemente contraria è tutta la dottrina, tra cui STEVANATO D. [4]: "Nella prassi del Comitato [per l'applicazione delle norme antielusive] le ragioni economiche – anziché rilevare «in positivo» per paralizzare la norma antielusiva, pur in presenza di un «vantaggio indebito» allegato dall'Amministrazione – rilevano «in negativo»: la loro (presunta) assenza è utilizzata per asserire il

Si potrebbe rispondere di no perché, come visto, l'obbligo tributario è sì solidaristico[508], ma non altruistico (v. *supra*, par. 2). Da ciò discenderebbe l'impossibilità di ritenere obbligato il contribuente a percorrere la via civilistica fiscalmente più onerosa, perché un conto è l'obbligo di contribuire alla spesa pubblica, quale principio di civiltà[509], un conto è, come si dice volgarmente, "regalar soldi allo Stato", sottoponendosi a un obbligo tributario alternativo e più oneroso rispetto ad altri comunque legislativamente previsti e dunque leciti: il contribuente, posto nell'alternativa tra versare 10 e versare 100, dovrebbe per imposizione costituzionale implicita comunque versare 100, anche se lecitamente potrebbe versare 10. Poiché, come detto, l'obbligo tributario non è altruistico, altrimenti potrebbe pure arrivarsi

carattere elusivo dell'operazione. L'indagine sulle «valide ragioni economiche» assume così un ruolo abnorme e lo schema diventa: mancano le valide ragioni economiche, ergo l'operazione è elusiva. Ciò prelude ad un intollerabile sindacato delle scelte imprenditoriali, che si vorrebbero sostituire con altre più gradite agli interessi erariali ed equivale a negare cittadinanza al «lecito risparmio d'imposta» e ad affermare il principio illiberale per cui, tra più alternative, il privato è tenuto a scegliere sempre quella fiscalmente più onerosa". L'A. riafferma la stessa linea anche in STEVANATO D. [3].

Sulla presunzione di liceità delle scelte dei contribuenti, quand'anche mirino a conseguire un risparmio d'imposta, si v. CASS., 9837/99: "È legittima (dal punto di vista civilistico) la previsione in sede di contratto preliminare di vendita della possibile attuazione, a richiesta del promissario acquirente, della vendita in forma indiretta, attraverso la consegna del bene, il pagamento del prezzo e il rilascio di una procura irrevocabile a vendere, secondo un sistema diffuso nella pratica degli affari e diretto a soddisfare l'interesse della parte che abbia concluso il contratto preliminare per fini speculativi e miri a "rivendere" il bene evitando il doppio trasferimento e la connessa duplicazione degli oneri tributari".

Si richiama anche il contributo di ESCALAR G.: "L'abuso c'è quando un'operazione sia realizzata non per conseguire un risparmio d'imposta, ma per conseguire un risparmio d'imposta che non avrebbe dovuto essere conseguito. È soltanto l'indebito che comporta l'abuso e non il risparmio d'imposta. Il contribuente che intende perseguire un valido obiettivo extrafiscale deve poter scegliere fra le operazioni alternative, attraverso cui perseguire tale obiettivo, quella fiscalmente meno onerosa, anche se la scelta di tale operazione rispetto alle altre sia dettata da uno scopo di risparmio fiscale […] Diversamente argomentando si finisce con il legittimare l'Amministrazione finanziaria a contestare le operazioni che, pur se poste in essere per un valido obiettivo extrafiscale, hanno comportato un minore carico fiscale rispetto ad altre possibili operazioni alternative, così da esercitare un sindacato sulle scelte di ottimizzazione fiscale del contribuente in spregio al principio di libertà d'iniziativa economica privata sancito dall'art. 41 Cost.".

508 DE MITA E., p. 6: "Ora secondo la Costituzione repubblicana il pagamento del tributo è l'adempimento di un dovere civico di solidarietà, consistente nel concorrere alle spese pubbliche sulla base della propria capacità contributiva. Questa nozione si può ricavare dal coordinamento dell'art. 2 Cost. […] e dell'art. 53 Cost., il quale individua uno dei doveri di solidarietà quando stabilisce che «tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche sulla base della propria capacità contributiva»".

509 FEDELE A., p. 452.

all'assurdo di qualificare il tributo come una donazione di denaro (*sic*!), tra l'altro esente da imposta ai sensi dell'art. 3 co. 1 del testo unico successioni e donazioni, d.lgs. 346/90 (e ci mancherebbe pure!), ne discenderebbe che il divieto costituzionale di elusione fiscale non sarebbe legittimamente ipotizzabile. Tra l'altro, così ragionando, attenta dottrina ha rilevato che "si assisterebbe ad una sostanziale ma anche subdola riscrittura dell'art. 53 Cost. Si passerebbe in tal modo dalla tassazione «secondo capacità contributiva» alla tassazione «secondo la maggiore capacità contributiva di volta in volta possibile»[510].

**Il controlimite dell'utilità sociale**

Di contro, tuttavia, potrebbe obiettarsi che la lettura dell'art. 41 Cost. va fatta in modo unitario, e dunque non limitandosi al primo comma ma includendo – ai nostri fini – almeno il secondo, laddove prevede quale limite al limite della libertà d'iniziativa economica (e quindi come *controlimite*) l'utilità sociale. Dal che, una nuova domanda: è possibile ricondurre il divieto di elusione fiscale alla nozione di utilità sociale?

**La funzione del tributo**

Analizzando la funzione del tributo[511], si evince che esso è dovuto quale contributo per la comunità, la quale mette a disposizione, attraverso gli apparati pubblici, tutta una serie di servizi anche intangibili di cui ciascuno, al ricorrere dei presupposti, può usufruire. In tale ottica, è chiaramente sostenibile la riconducibilità dell'obbligazione tributaria all'utilità sociale, proprio perché è tramite essa, quale fonte primaria di entrate per la Repubblica, *in primis* lo Stato, che viene garantita la sopravvivenza stessa della società, attraverso il mantenimento e, si spera, il miglioramento delle condizioni di vita del partecipante alla comunità stessa[512].

---

510 BEGHIN M. [2], p. 511, il quale afferma anche che "nessuna disposizione obbliga il contribuente a scegliere, tra un ventaglio di possibili sequenze negoziali, quella fiscalmente più onerosa" (*ibidem*, p. 283).

511 FANTOZZI A. [2], p. 54: "*Il tributo* può perciò definirsi come una prestazione patrimoniale imposta, caratterizzata dall'attitudine a determinare il concorso alle pubbliche spese". *Contra*, FALSITTA G. [1], p. 12 e ss.

512 C. COST. 29/57, secondo cui l'art. 41 Cost. "si traduce nella possibilità di indirizzare liberamente, secondo le proprie convenienze, la propria attività nel campo economico. A tale libertà la Costituzione pone il limite del pubblico interesse, in quanto l'iniziativa privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, intesa come conseguimento del bene comune". V. anche, sul punto, C. COST., 241/90.

**Risparmio elusivo e art. 47 Cost.**

Tuttavia, potrebbe pure obiettarsi che l'elusione non provoca, come l'evasione, un illegittimo risparmio d'imposta, in aperta violazione della legislazione in materia. L'elusore, in realtà, attuando la propria libertà sancita *ex* art. 41 co. 1 Cost., realizza esso stesso l'utilità sociale di cui al comma 2, conseguendo un risparmio d'imposta di fonte lecita: tale risparmio, in sé, non sarebbe quindi contrario all'utilità sociale, anzi la realizzerebbe esso stesso, come d'altronde sa bene la Costituzione quando afferma che la Repubblica "incoraggia" e "tutela" in "tutte le sue forme" il risparmio (art. 47 Cost.). Ed ecco allora spuntare una terza domanda: la Repubblica, incoraggiando e tutelando il risparmio in tutte le sue forme, incoraggia e tutela anche il risparmio d'imposta attuato mediante l'uso attento e furbo degli strumenti civilistici?

**L'orientamento della Corte Costituzionale**

Secondo la Corte Costituzionale l'art. 47 Cost. segna "un indirizzo politico"[513], un "indirizzo generale"[514], un "principio programmatico"[515], cui il Legislatore deve attenersi. Tuttavia, "tale precetto costituzionale contiene soltanto un principio politico a cui dovrà ispirarsi la futura normativa, ma non può certo impedire al legislatore ordinario di emanare in materia finanziaria tutte le norme giuridiche dirette a disciplinare nella maniera più opportuna ed efficace il gettito delle entrate *e di predisporre le misure necessarie ad evitare frodi fiscali* [CORSIVO NOSTRO]. L'unico limite all'intervento del legislatore ordinario non può essere che quello della vera e propria contraddizione o compromissione dell'anzidetto principio politico, sancito dalla norma costituzionale"[516].

513 C. COST., 29/75.
514 C. COST., 60/80.
515 C. COST., 143/95.
516 C. COST. 143/82. Si legga pure C. COST., 143/95 secondo cui l'art. 47 Cost. esprime "un principio programmatico al quale deve ispirarsi il legislatore ordinario, ma non può certo impedire al medesimo di emanare, in materia finanziaria, quelle norme giuridiche che siano volte a disciplinare il gettito delle entrate, con l'unico limite della vera e propria contraddizione o compromissione dell'anzidetto principio". Conforme anche C. COST. 19/94, 73/96, 29/2002, punto 4.4.

Tale enunciazione trova la nostra adesione. L'incoraggiamento e la tutela del risparmio può assumere certamente molteplici forme[517], cosicché esso è classificabile quale principio cui il Legislatore deve ispirarsi. Il risparmio, tuttavia, seppur tutelato in tutte le sue forme, deve essere un risparmio *lecito*: dal che non può trovare tutela, men che meno incoraggiamento, ma solo sanzione, l'evasione tributaria, così come afferma correttamente la Corte parlando di frode fiscale. Ma nel concetto di frode fiscale – ed ecco la quarta domanda – è possibile ricondurre anche l'elusione fiscale?

**Frode fiscale ed elusione**

Il concetto di frode fiscale ha un suo ambito ben definito e vale quale grave espressione di evasione fiscale, perché non fondata sul mero occultamento di base imponibile, ma su produzione di elementi fittizi al fine di dare una parvenza di regolarità all'occultamento anzidetto. Lo stesso Parlamento Europeo, inoltre, distingue tra frode ed elusione[518].

È allora da ritenersi l'elusione una forma di risparmio incoraggiata e tutelata dalla Repubblica ai sensi dell'art. 47 co. 1 Cost., perché essa realizza quell'utilità sociale di cui all'art. 41 co. 2 Cost. e dunque consente al privato di opporre a un'asserita costituzionalizzazione implicita del divieto elusivo la libertà di iniziativa economica *ex* art. 41 co. 1 Cost.?

La risposta è negativa. Il fatto che la Corte Costituzionale non prenda in esame il fenomeno elusivo nella pronuncia citata, non significa che la stessa non possa porsi quale limite alla libertà di cui all'art. 41 co. 1, né tantomeno esclude che l'elusione sia estranea al disposto di cui al successivo art. 47 co. 1.

Intanto bisognerebbe chiedersi se la Corte abbia inteso parlare di frode fiscale in senso tecnico, cosa di cui si dubita: se infatti così fosse, Essa non avrebbe nemmeno ricompreso gli altri casi di evasione fiscale, ma tale risultato interpretativo sarebbe davvero assurdo. Il riferimento alla frode, nella pronuncia della Corte, è in senso

517 La giurisprudenza della Corte Costituzionale ha, infatti, riguardato nel tempo la normativa sulle locazioni, sulle fideiussioni, sul diritto all'abitazione, sulle banche, sui tributi, ecc.
518 Ris. 2013/2060(INI).

atecnico, idoneo a ricomprendere ogni fatto produttivo di danni ingiusti all'erario di matrice tributaria, e dunque tutti quelli evasivi ed elusivi.

**L'estraneità del risparmio elusivo all'art. 47 Cost. in quanto di fonte illecita**

Va, poi, rilevato che se è vero che la Repubblica deve incoraggiare e tutelare il risparmio, è anche vero che tale risparmio dev'essere necessariamente lecito, pena la contraddizione dell'intero sistema. Va da sé, infatti, che nessuna tutela riceve il risparmio derivante da accantonamento di proventi illeciti, i quali infatti sono soggetti a sequestro, confisca anche per equivalente, perfino a tassazione[519]. La qualifica di illiceità dell'elusione fiscale già consente di privare di qualsiasi protezione il risparmio d'imposta per tal via ottenuto.

**Il risparmio, l'utilità sociale e l'utilità individuale**

In terzo luogo, vi è un errore logico d'impostazione. Il risparmio, e quindi anche il risparmio d'imposta, non produrrebbe *ex se* alcuna utilità sociale, perché il risparmio del singolo, indipendentemente dalla fonte, dalla forma e perfino dalla sua liceità o illiceità, produce solo ed esclusivamente una utilità *individuale*, *egoistica*, *personale*, non certo sociale, e nasce proprio per esigenze di sicurezza finanziaria del soggetto che lo attua – il risparmiatore appunto – il quale potrà contare all'occorrenza sui fondi previdentemente accantonati: ma tali fondi saranno utilizzati, ovviamente, per

519 L'art. 14 co. 4 e 4-bis l. 537/93, nei testi attualmente riformati e in vigore, stabiliscono che "4. Nelle categorie di reddito di cui all'articolo 6, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, devono intendersi ricompresi, se in esse classificabili, i proventi derivanti da fatti, atti o attività qualificabili come illecito civile, penale o amministrativo se non già sottoposti a sequestro o confisca penale. I relativi redditi sono determinati secondo le disposizioni riguardanti ciascuna categoria.
4-bis. Nella determinazione dei redditi di cui all'articolo 6, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, non sono ammessi in deduzione i costi e le spese dei beni o delle prestazioni di servizio direttamente utilizzati per il compimento di atti o attività qualificabili come delitto non colposo per il quale il pubblico ministero abbia esercitato l'azione penale o, comunque, qualora il giudice abbia emesso il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'articolo 424 del codice di procedura penale ovvero sentenza di non luogo a procedere ai sensi dell'articolo 425 dello stesso codice fondata sulla sussistenza della causa di estinzione del reato prevista dall'articolo 157 del codice penale. Qualora intervenga una sentenza definitiva di assoluzione ai sensi dell'articolo 530 del codice di procedura penale ovvero una sentenza definitiva di non luogo a procedere ai sensi dell'articolo 425 dello stesso codice fondata sulla sussistenza di motivi diversi dalla causa di estinzione indicata nel periodo precedente, ovvero una sentenza definitiva di non doversi procedere ai sensi dell'articolo 529 del codice di procedura penale, compete il rimborso delle maggiori imposte versate in relazione alla non ammissibilità in deduzione prevista dal periodo precedente e dei relativi interessi".

soddisfare i propri interessi, non certo quelli della società, altrimenti si potrebbe pure arrivare a pensare che si risparmi non per sé, ma per gli altri (le banche?).

**L'art. 41 Cost. e il principio di eguaglianza tributaria**

Dirimente, infine, l'ultimo argomento, e cioè che pur volendo forzatamente riconoscere l'utilità sociale del risparmio elusivo, osterebbe alla prevalenza dell'art. 41 sul divieto implicito di elusione quello dell'eguaglianza tributaria, previamente esaminato e ricavabile dal combinato disposto degli artt. 3 e 53 co. 1 Cost. A prescindere, infatti, dalle interpretazioni del comma 2 dell'art. 41 Cost., quel che veramente si oppone a una "liberalizzazione" dell'elusione – se così si vuol dire con *slogan* da manifesto – è la necessaria osservanza di questo principio[520].

Nel campo dell'elusione, infatti, esso trova attuazione, quale direttrice di politica legislativa fiscale, nell'obbligo del Legislatore di disciplinare in modo eguale situazioni eguali e in modo diverso situazioni diverse, e cioè nel non discriminare. In ambito tributario, ciò significa prevedere tributi identici nell'identità dei presupposti impositivi ma significa anche, come visto, che lo stesso privato non può assoggettarsi, attraverso l'uso accorto di schemi civilistici, ad obblighi tributari diversi e meno onerosi rispetto agli altri contribuenti, nell'identità dell'utilità (ricchezza) conseguita.

Come si può conciliare, allora, il principio di autodeterminazione "economica" (se così lo si vuol chiamare), che ha come corollari la libertà d'iniziativa economica privata da un lato e il principio della libertà delle forme dall'altro, *ex* artt. 41 co. 1 Cost. e 1322 c.c.?

Abbiamo detto che il divieto di elusione fiscale risulterebbe implicitamente costituzionalizzato dal combinato disposto degli artt. 3 e 53 Cost., quale diretta conseguenza del principio di eguaglianza tributaria (v. *supra*, par. 2). Abbiamo anche detto che un primo ostacolo a tale tesi potrebbe riscontrarsi nella libertà d'iniziativa economica e delle forme civilistiche sancite dai già citati artt. 41 co. 1 Cost. e 1322 c.c. Si

520 In linea con questa impostazione CIPOLLINA S. [2], p. 127. L'A., tuttavia, conclude per l'inutilità della medesima, perché l'Amministrazione finanziaria non è interessata alla dichiarazione di nullità dei negozi, ma al recupero delle imposte dovute.

è, ancora, vagliata la possibilità di ritenere limitabile tali libertà in ragione dell'utilità sociale (che dunque si porrebbe come controlimite al limite): possibilità esclusa qualora si ritenesse coperto da garanzia costituzionale il risparmio elusivo, giusto il disposto dell'art. 47 co. 1 Cost., e invece ammessa se, come sembra più corretto, la portata della norma sia ricondotta nell'ambito delle forme di risparmio lecite, essendo l'elusione, *ex se*, un illecito.

La questione pare allora girare intorno a un unico problema: la liceità o meno delle operazioni elusive. Può cioè il privato agire, nel rispetto della legge, per pagare meno tributi? La risposta a questa domanda è il vero centro della questione, ma in realtà essa non aiuta l'analisi, la fa tornare al punto di partenza: rispondere di no, infatti, significa ritenere costituzionalizzato il divieto, seppur implicitamente, dando alla fattispecie un giudizio di valore negativo irretrattabile; viceversa, rispondere di sì presuppone di aver concluso per la liceità delle fattispecie, che dovrebbe essere conseguenza di un ragionamento e non presupposto occulto del medesimo.

**Il vizio di prospettiva**

In realtà l'argomento appare un circolo vizioso, ma solo se ci si pone dalla prospettiva elusiva, e cioè se il punto di partenza del ragionamento – come volutamente abbiamo fatto noi – lo si pone negli artt. 3 e 53 co. 1 Cost. È chiaro che così il divieto incorre nel limite dell'art. 41 Cost., ma qualunque considerazione rimarrebbe assorbita nell'implicito giudizio di illiceità che aprioristicamente si è dato alla fattispecie elusiva, cosicché a nulla varrebbe ragionare sui limiti all'elusione, perché esso è già stato qualificato illecito, dunque prevalente su ogni forma di libertà che gli si intende opporre: ciò che dovrebbe essere un punto di arrivo, e cioè la qualifica di illiceità del fatto, diviene in quest'ottica un punto di partenza ingiustificato da giustificare a posteriori.

Ecco, allora, che l'argomento va affrontato in un ottica ribaltata, laddove il punto di partenza non sono gli artt. 3 e 53 co. 1 ma l'art. 41 co. 1 Cost., perché logicamente il ragionamento deve partire dalla regola (la libertà) e non dall'eccezione (il divieto). La

domanda che occorre porsi, allora, non è se la libertà d'iniziativa economica possa costituire un limite al divieto di elusione, ma se è il divieto di elusione a potersi porre come limite alla libertà d'iniziativa economica.

Da qui è possibile far discendere tutti i ragionamenti finora svolti: il divieto di elusione realizzerebbe quell'utilità sociale che è limite alla libertà d'iniziativa economica? Qualora si rispondesse affermativamente, si badi bene, si potrebbe ammettere la legittimità della funzionalizzazione dell'autonomia privata all'interesse pubblico al massimo gettito fiscale. Qualora si rispondesse negativamente, non potrebbe nemmeno immaginarsi un divieto elusivo, costituzionale o legislativo, ma ciò contrasterebbe a sua volta, tra l'altro, con l'art. 117 co. 1 Cost., laddove impone il rispetto degli obblighi internazionali e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario i quali sarebbero, per conseguenza, violati.

**L'art. 3 del d.l. 138/11**

In quest'ottica non può poi non essere analizzato il contributo legislativo recato dall'art. 3, commi 1 e 2, del d.l. 138/11, convertito con modificazioni con l. 148/11, i quali così statuiscono: "1. Comuni, Province, Regioni e Stato, entro il 30 settembre 2012, adeguano i rispettivi ordinamenti al principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge nei soli casi di: a) vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali; b) contrasto con i principi fondamentali della Costituzione; c) danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e contrasto con l'utilità' sociale; d) disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale; e) disposizioni relative alle attività di raccolta di giochi pubblici ovvero che comunque comportano effetti sulla finanza pubblica.

2. Il comma 1 costituisce principio fondamentale per lo sviluppo economico e attua la piena tutela della concorrenza tra le imprese"[521].

521 L'articolo in commento è stato oggetto di giudizio di costituzionalità, terminato con la sentenza 200/12, la quale ha chiarito al punto 3 del "Considerato in diritto" che "dopo aver enunciato il principio

Alla luce di quanto finora osservato, il primo elemento rilevante è la riconosciuta libertà non solo dell'iniziativa economica, ma anche dell'attività ad essa consequenziale. L'affermazione normativa non deve essere data per scontata. L'iniziativa, infatti, si differenzia dall'attività per diversi aspetti: quanto al tempo, la prima è logicamente antecedente la seconda; in relazione all'aspetto "quantitativo", mentre la prima richiede taluni adempimenti (autorizzazioni, licenze, concessioni, superamento di esami d'abilitazione, ecc.) *una tantum* (salvo, ad esempio, i casi di concessione, che vanno rinnovate), la seconda è supportata da una normativa vastissima che impone adempimenti periodici: si ricordi la liquidazione dell'IVA (mensile, trimestrale o annuale), il versamento dei contributi e delle tasse, le comunicazioni da effettuare agli enti pubblici, la tenuta e conservazione dei libri, gli adempimenti presso le Camere di Commercio, il rispetto degli orari e dei giorni di apertura e chiusura, tutti adempimenti imposti e a cui si aggiungono i *controlli* operati dall'Amministrazione (ad es. Agenzia delle Entrate, INPS, Ispettorato del Lavoro, ecc.). Sembra di trovarsi, pertanto, di fronte a un'attività fortemente vincolata più che libera, e ciò dà ancora più risalto alla novità legislativa, che si pone sulla scia di semplificare, liberalizzare e rilanciare l'attività economica privata.

Tuttavia, la considerazione che precede incontra un muro nel prosieguo della disposizione, laddove si è adottata la formula del "è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge". La norma rafforza ulteriormente il principio di legalità – casomai ce ne fosse stato bisogno – dell'azione amministrativa, e richiede un

summenzionato, il medesimo art. 3, comma 1, elenca una serie di principi, beni e ambiti che possono giustificare eccezioni al principio stesso: ai sensi di tali proposizioni, limiti all'iniziativa e all'attività economica possono essere giustificati per garantire il rispetto dei «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali» e dei «principi fondamentali della Costituzione»; per assicurare che l'attività economica non arrechi «danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» e non si svolga in «contrasto con l'utilità sociale»; per garantire «la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale»; e dare applicazione alle «disposizioni relative alle attività di raccolta di giochi pubblici ovvero che comunque comportano effetti sulla finanza pubblica»".

coordinamento con l'esercizio del potere di contestazione di condotte elusive di norme tributarie.

**L'assenza di un generale divieto anti-elusione *espresso***

Non esiste, infatti, in Italia, un divieto *espresso* di elusione – o di abuso del diritto, secondo taluni – di portata generale. Esistono, al contrario, diverse disposizioni sparse, dettate per l'occasione, relative a singoli tributi o, ancor meglio, a singole fattispecie di singoli tributi che la prassi ha avuto modo di evidenziare negativamente. Anche l'art. 37-*bis*, infatti, subisce limitazioni dal suo comma 3. Deve dunque ritenersi, in forza dell'introduzione di questa norma, l'impossibilità e magari anche l'inutilità di una ricostruzione teorica del divieto generale d'elusione fiscale implicito a livello costituzionale?

Nonostante le recenti disposizioni richiamate, non ci pare possibile concludere in senso affermativo, perché i casi esclusi dall'operatività delle norme giocano proprio in favore del suddetto divieto. La lettera a) parla di "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali": pertanto, quantomeno nel settore di tributi armonizzati, dovrebbero applicarsi le indicazioni giurisprudenziali della Corte di Giustizia elaborate dalla sentenza HALIFAX in poi. La lettera b) parla di "contrasto con i principi fondamentali della Costituzione", pertanto il riconoscimento di un principio antielusivo rientrerebbe in questa seconda previsione. La lettera c) parla di contrasto con l'utilità sociale, e abbiamo visto come potrebbe essere ipotizzabile il riconoscimento del divieto di elusione di un'utilità sociale, quanto meno sub specie di contribuzione corretta e non discriminatoria alle spese pubbliche. La lettera e) parla di disposizioni "che comunque comportano effetti sulla finanza pubblica", formula alquanto generica ma certamente idonea a ricomprendere, in via immediata, i tributi, dunque anche la loro elusione.

## 4. DIVIETO D'ELUSIONE E PRINCIPIO DI LEGALITÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA

**Il secondo ostacolo: il principio di legalità dell'azione amministrativa**

Venendo così al secondo dei potenziali limiti che un principio antielusivo costituzionale *implicito* si troverebbe a subire, va detto che il principio di legalità dell'azione amministrativa, fondato sull'art. 97 Cost., trova chiaramente applicazione anche in ambito tributario, e quindi pure in tema di elusione fiscale, attenendo la pretesa tributaria ai compiti della Pubbliche Amministrazioni sussumibili sotto il *genus* di enti impositori, siano essi Stato, Regioni, Province, Comuni, Città metropolitane.

Trattandosi, infatti, di Pubblica Amministrazione, non si può non applicare a detti enti tutti i principi valevoli per l'attività amministrativa in generale, e a maggior ragione deve ritenersi operante il principio di legalità amministrativa nel caso di un riconoscimento, in capo all'Amministrazione Finanziaria, del potere di contestare l'elusività delle operazioni poste in essere dal contribuente.

Prendendo spunto dal prototipo di clausola generale antielusiva che è l'art. 37-*bis* d.P.R. 600/73, il potere pubblico si sostanzia, nel caso di specie, nel disconoscimento dei vantaggi tributari conseguiti: l'Amministrazione, in sostanza, abbina gli effetti ottenuti con l'operazione posta in essere con quelli di altra operazione dai medesimi effetti individuata in base a determinati criteri nati dalla prassi – principalmente quello dell'*id quod plerumque accidit* e della reale intenzione delle parti – la quale risulta fiscalmente più onerosa e, di conseguenza, richiede il pagamento della differenza tra quanto già versato e quanto effettivamente dovuto.

Si realizza, in sostanza, una sostituzione d'obbligazione, conseguente a una interpretazione (non della norma ma) dell'operazione complessiva (atti, fatti, negozi, anche collegati tra loro), reputata "priva di valide ragioni economiche" e quindi creata artificiosamente al solo fine di conseguire il suddetto illegittimo (illecito) risparmio d'imposta, laddove a fronte di un obbligo tributario X correttamente individuato e anche adempiuto (ecco la differenza con l'evasione) si impone l'adempimento

all'obbligo tributario Y, più gravoso, meno conveniente al privato contribuente, ma risultante dalla riqualificazione dell'operazione posta in essere, e cioè del presupposto impositivo. Un potere di tal fatta, particolarmente penetrante, richiede a maggior ragione il rispetto del principio di legalità dell'azione amministrativa, cosicché in sua assenza non si potrebbe consentire all'Amministrazione alcunché, come ha d'altronde riconosciuto la dottrina e, a volte, anche la Suprema Corte[522]. Ma ci sembra che il riconoscimento di un principio generale costituzionale antielusivo ottemperi a questo requisito d'azione amministrativa (v. *infra*).

**Elusione fiscale e rimedi civili**

Il problema, in particolare, si è posto in ragione della tutela che, talvolta, i giudici hanno ritenuto accordare all'Amministrazione finanziaria, laddove mentre il contribuente lamentava il contrasto dell'accertamento antielusivo subìto con il principio di legalità dell'azione amministrativa, il giudice dava ragione all'Amministrazione utilizzando quale strumento di motivazione giuridica ora il buon costume[523], ora il difetto di causa[524], ora la simulazione e frode alla legge[525].

---

522 Ad es. CASS., 3979/00: "A fronte di divergenti trattamenti fiscali, a seconda del soggetto cui faccia capo un certo reddito, la frode alla legge ex art. 1344 cod. civ. non é ravvisabile per il solo fatto che un atto negoziale (reale e non simulato) abbia spostato la titolarità del bene al contribuente "favorito", occorrendo una norma che direttamente od indirettamente neghi la facoltà di trasmigrare con l'atto stesso dall'uno a l'altro regime di tassazione; in difetto, si rimane nell'ambito della mera lacuna della disciplina tributaria, per non aver prefigurato la possibilità dei contribuenti di optare per assetti privatistici fiscalmente proficui"; CASS., 11351/01 sull'irretroattività dell'art. 10 l. 408/90; CASS., 3345/02 che afferma "la legittimità delle operazioni di *dividend washing* nel regime anteriore all'introduzione con effetto *ex tunc* del comma 6 bis nell'art. 14 d.P.R. n. 917/86" sulla base del fatto che all'epoca dei fatti non era "rinvenibile nella normativa tributaria un divieto che negasse la facoltà di fare trasmigrare con un atto reale la titolarità di un bene tra soggetti sottoposti a divergenti trattamenti fiscali e di consentire lo spostamento di tale titolarità al soggetto più favorito". In proposito si legga pure STEVANATO D. [1]: "La vera ragione per cui le operazioni di *dividend washing* (e, con i necessari distinguo, quelle di usufrutto azionario, vista la "causa economica" che spesso le contrassegnava), erano tendenzialmente inattaccabili da parte dell'Amministrazione finanziaria, antecedentemente al 1992, risiede dunque in un vuoto normativo: all'epoca delle operazioni in esame, infatti, nel tassativo elenco contenuto nell'art. 10 della L. n. 408/1990 non figuravano le operazioni sulle partecipazioni societarie, mentre le modifiche introdotte all'art. 14 del Tuir per limitare la fruizione del credito d'imposta sui dividendi trovano applicazione solo a decorrere dal 10 novembre 1992". L'A. si esprime qui a commento di due sentenze di merito, CTP ROMA, 345/99 e CTP MILANO, 85/99, le quali ribadiscono il principio.

523 Ricorda CORASANITI G., nota 20, la sentenza CTR TORINO, sez. X, 167/98, in Rass. trib., 1999, p. 853 e ss., con nota di STEVANATO D. [2], secondo la quale la nullità dei contratti finalizzati al *dividend washing* discenderebbe dalla contrarierà al buon costume dell'intero assetto negoziale ai sensi degli artt. 1343 e

Sull'utilizzo del richiamo al buon costume, non può che concludersi in ordine all'assoluta estraneità del concetto alle fattispecie elusive, perché altrimenti esso verrebbe investito di un contenuto talmente ampio da consentire la sostituzione integrale del diritto con la morale "comune" – se di morale comune si potrà mai parlare (v. *supra*, parte II, cap. II, par. 1) – con i deleteri effetti che già abbiamo avuto modo di ipotizzare a suo tempo (v. *supra*, parte II, cap. II, par. 4) quale conseguenza dell'arbitrarietà del giudice. La dottrina, giustamente, ha aspramente criticato la decisione rilevando che "la tesi propugnata dalla commissione piemontese, nel postulare una valenza pregiudicativa dell'elusione tributaria, come regola di condotta antisociale (al di fuori quindi di ogni assetto di diritto positivo), comporta anche – a rigore – la perfetta superfluità di ogni clausola espressa antielusiva, generale o specifica, giacché la materia sarebbe a questo punto appannaggio della "morale" sociale, esternata dalla collettività per bocca del giudice chiamato a dichiarare la nullità dei contratti a causa "elusiva" e perciò contrari al buon costume", secondo un'impostazione tipica, come abbiamo visto prima, dei Paesi socialisti (v. *supra*, parte II, cap. II, par. 2)[526].

**La triade della Cassazione del 2005**

Il principio di legalità appare agli occhi della dottrina ancor più violato a partire dal 2005[527], quando la Suprema Corte ritiene di poter superare la mancanza di una norma antielusiva fondando il potere di contestazione degli Uffici finanziari sugli

1418 c.c., in quanto rappresenterebbero "un'operazione contraria ai principi ed alle esigenze etiche della coscienza morale collettiva, integranti il concetto di buon costume e, conseguentemente, il perseguimento di una finalità contraria ad un dovere fondamentale di solidarietà sociale". La questione è arrivata poi in Cassazione, che con sentenza 3345/02 ha rigettato la tesi e cassato senza rinvio la sentenza.

524 CASS., 20398/05 e 22932/05, su cui v. nota successiva e *infra* nel testo.

525 CASS., 20816/05, su cui v, *infra* nel testo.

526 STEVANATO D. [2], p. 864.

527 Con la triade CASS., 20398/05 per un caso di *dividend washing* e CASS., 20816/05 e 22932/05 per le ipotesi di *dividend stripping*, la Suprema Corte ha ritenuto che, pur in difetto di una norma antielusiva – e quindi del relativo potere amministrativo di contestare l'operazione sotto tale profilo – i negozi posti in essere erano da considerarsi, per la prima sentenza, nulli per frode alla legge, e per le altre due, nulli per difetto di causa. Tra la vastissima dottrina che ha commentato ferocemente le pronunce si ricordino CORASANITI G., GIULIANI F. M., MARIOTTI L.

istituti civilistici della nullità per difetto di causa o, alternativamente, della simulazione relativa e frode alla legge.

Quanto a quest'ultima ipotesi, la sentenza in esame si esprime così: "Il Collegio ritiene cioè pertinente anche[528] il richiamo all'art. 1344 del codice civile poiché le norme tributarie appaiono norme imperative poste a tutela dell'interesse generale del concorso paritario alle spese pubbliche (art. 53 della Costituzione) e su questo punto si dissente dalle argomentazioni accolte nella sentenza di questa Corte 3 settembre 2001, n. 11351 […] L'impugnata sentenza deve dunque essere cassata con rinvio al giudice di merito che si atterrà al seguente principio di diritto: l'Amministrazione finanziaria, quale terzo interessato alla regolare applicazione delle imposte, è legittimata a dedurre (prima in sede di accertamento fiscale e poi in sede contenziosa) la simulazione assoluta o relativa dei contratti stipulati dal contribuente, o la loro nullità per frode alla legge, ivi compresa la legge tributaria (art. 1344 del codice civile)".

La prima osservazione in merito è quella relativa all'impossibilità di accostare le due figure della simulazione relativa e della frode alla legge. La simulazione, infatti, presuppone un contratto simulato – che non produce effetti – e un contratto dissimulato, che è il vero contratto voluto dalle parti. La frode, al contrario, non riguarda un contratto non voluto, ma ogni atto e negozio giuridico posto in essere, anche collegato, è effettivamente voluto dalle parti: non vi è, insomma, nella frode alla legge, un'apparenza e una sostanza, ma solo sostanza, ovvero uno o più atti o negozi giuridici finalizzati alla frode legislativa. Del resto, in materia fiscale, i due fenomeni, pur potendo astrattamente ricorrere, agiscono in modo del tutto differente[529]: l'uno attenendo all'evasione (simulo per occultare capacità contributiva), riconducibile all'art.

528 L'Amministrazione finanziaria aveva motivato l'avviso di accertamento sulla base del concorso dell'art. 1344 c.c. con l'art. 1414 co. 2 c.c., sulla simulazione relativa. Tale ultimo profilo non è tuttavia richiamato dal disposto della pronuncia, la quale motiva sulla sola convinzione che l'operazione costituisse un collegamento negoziale in frode alla legge (tributaria).

529 Sulla simulazione si leggano le parole di FALSITTA G. [1], p. 116 e ss. in cui sono citate come esempi CASS., 22587/06, CASS., 1098/09, CASS., 3571/10, CASS., 4737/10.

37 co. 3 d.P.R. 600/73[530], l'altro attenendo all'elusione (manifesto l'esatta capacità contributiva ma con presupposti d'imposta diversi), riconducibile al successivo art. 37-*bis*[531] nonché alle singole disposizioni antielusive settoriali. Così anche l'interposizione, sia reale che fittizia, occultando materia imponibile, non genera elusione, bensì evasione[532].

**Il rimedio della *fraus legi***

Chiarita la distinzione, ciò che non ha soprattutto convinto la dottrina è stato il fatto di ritenere imperativa la norma tributaria impositiva, come tale idonea a fare da presupposto alla *fraus legi*[533]. Ricorrendo ad autorevolissima dottrina, possiamo distinguere tra diversi tipi di norme in base all'oggetto[534]: norme tributarie impositrici, sanzionatorie e agevolative che riguardano, per così dire, il diritto tributario sostanziale, e norme di carattere processuale quali quelle di procedura amministrativa (o formali o procedimentali), quelle di procedura giurisdizionale (o processuali), quelle probatorie, cui vengono accostate le figure delle norme di rinvio[535], di interpretazione autentica[536], derogatorie[537], concorrenti[538] e condizionate[539].

---

530 Norma relativa all'interposizione fittizia. In proposito merita menzione CASS. PENALE, 13276/11, vicenda in cui l'indagato aveva costituito un *trust* autodichiarato (dove cioè disponente e *trustee* sono la stessa persona) per preservare il proprio patrimonio: "Il *trust*, tipico istituto di diritto inglese, si sostanzia nell'affidamento ad un terzo di determinati beni perché questi li amministri e gestisca quale "proprietario" (nel senso di titolare dei diritti ceduti) per poi restituirli, alla fine del periodo di durata del *trust*, ai soggetti indicati dal disponente. Presupposto coessenziale alla stessa natura dell'istituto è che il detto disponente perda la disponibilità di quanto abbia conferito in *trust*, al di là di determinati poteri che possano competergli in base alle norme costitutive. Tale condizione è ineludibile al punto che, ove risulti che la perdita del controllo dei beni da parte del disponente sia solo apparente, il *trust* è nullo (*sham trust*) e non produce l'effetto segregativo che gli è proprio. Il giudice *a quo* ha ritenuto che, per il peculiare regime del *trust* in questione, la relativa costituzione sarebbe avvenuta in frode ai diritti dei creditori, tra i quali andava compreso anche lo Stato […] in quanto egli stesso era *trustee*". Il caso è citato da GIULIANO P. [2], p. 654, nota 189.

531 FALSITTA G. [4].

532

533 Sulla frode alla legge in ambito civilista si ricordano gli scritti di CARRARO L. [1] e [2] e di MORELLO U.

534 FALSITTA G. [1], p. 41 e ss., FANTOZZI A. [1], p. 168 e ss.

535 FALSITTA G. [1], p. 43 e FANTOZZI A. [1], p. 172, i quali ulteriormente distinguono tra rinvio formale e rinvio materiale.

536 FANTOZZI A. [1], p. 170.

537 ID., p. 172.

538 ID., *ibidem*, che ricorrono "quando due o più norme presentano fattispecie parzialmente coincidenti in modo che nessuna risulti interamente ricompresa nell'altra".

Rimanendo nell'ambito delle norme impositrici, la dottrina le qualifica come quelle che "descrivono gli elementi di ciascuna fattispecie tributaria (soggetto attivo e passivo, presupposto di fatto, criteri di determinazione della base imponibile, ecc.), i c.d. regimi fiscali sostitutivi, le cautele patrimoniali applicabili"[540]: "lo schema della norma tributaria può dunque ridursi, con estrema semplificazione, alla formula seguente: «Chi fa questo… deve corrispondere un tributo… in ragione di…»"[541].

L'orientamento dottrinale maggioritario si pone, sul punto, in modo da non riconoscere natura imperativa a detta tipologia di norme[542], nonostante qualche autorevolissima eccezione[543]. L'obiezione si basa, essenzialmente, sul lavoro del CARRARO, secondo cui per imperative devono intendersi solo le norme proibitive o precettive, le une "che dichiarano illecito un certo risultato materiale", le altre che "ne subordinano il conseguimento al verificarsi di particolari condizioni"[544]: in tale ottica l'elusione non sarebbe una frode alla legge ma, al più, una frode al creditore (il Fisco).

Tale posizione, tuttavia, era già stata oggetto di critiche in passato[545], le quali hanno poi giustificato il riconoscimento della possibilità di far valere una clausola generale antielusione per il tramite del principio di buona fede nei rapporti obbligatori, dunque anche tributari[546]: principio che, secondo la dottrina più autorevole e che trova il nostro più ampio consenso, "sarebbe comunque utile che travalicasse i confini delle branche del diritto […] e fosse preso in considerazione, come rilevante canone interpretativo, anche dai cultori del diritto tributario. Del resto si è visto sopra come la

539 ID., *ibidem*, quale sottospecie delle norme concorrenti, nelle quali "il momento iniziale o finale di efficacia è subordinato al verificarsi di un evento incerto non solo nel quando ma anche nell'*an*.

540 FALSITTA G. [1], p. 41-42.

541 FANTOZZI A. [1], p. 168.

542 Per la bibliografia si rimanda allo scritto di CORASANITI G. [1], nota 28, cui aggiungiamo CIPOLLINA S. [1], p. 112 e ss. e VERDE XXX.

543 GALLO F. [1] e [2], MORELLO U. [2], SANTONASTASO F., TABELLINI M. [1], p. 124 e ss.

544 CIPOLLINA S. [2], p. 126 e nota 12.

545 Per tutti, CIPOLLINA S. [2].

546 GALLO F. [1], p. 13 ma soprattutto p. 18: "il binomio autonomia privata-principio costituzionale [art. 53] acquista rilievo concreto in presenza anche dell'altra norma costituzionale che sancisce doveri inderogabili di solidarietà sociale (art. 2 Cost.), doveri fra i quali indubbiamente può collocarsi quello tributario".

difesa di un sistema – come l'attuale – imperniato solo su specifiche fattispecie antielusive si fondi nella sostanza sui soliti argomenti di comodo sulla "specialità" dell'ordinamento italiano e sull'inaffidabilità degli uffici verificatori mischiando retorici aneliti di libertà nelle scelte delle forme giuridiche ad esigenze di certezza del diritto e di incomprimibile espansione dell'autonomia privata. Può, dunque, essere lecito al riguardo avanzare il dubbio che tali impostazioni siano il frutto di un non del tutto disinteressato eccesso di formalismo giuridico applicato a danno dell'interesse fiscale: con tutto il rispetto che si deve prestare alle "forme", non è detto, infatti, che esse debbano essere nel campo tributario perennemente intangibili e debbano indefettibilmente sovrapporsi alla realtà economica e al gioco reale degli interessi"[547].

Certo il richiamo alla buona fede appare, a nostro avviso, ben più efficace di quello alla frode alla legge, e infatti qualche anno dopo esso è stato adottato dalla giurisprudenza della Suprema Corte quale principio fondante l'abuso del diritto nell'ordinamento civile nei celebri casi "Renault" (v. *supra*, parte I, cap. I, p. 1). Tuttavia, in un momento in cui non era ancora maturata presso i Giudici l'idea di un generale dovere di buona fede nei rapporti civili ricollegabile a quello di solidarietà *ex* art. 2 Cost., l'istituto che più si prestava, in campo tributario, a supplire alla mancanza di un divieto generale antielusivo, era l'art. 1344 c.c., sia per l'evidente collegamento con la materia negoziale che il tributo imponeva, sia perché, in effetti, gli schemi civilistici utilizzati miravano proprio a eludere l'imposta legislativamente prevista. La sua operatività, tuttavia, pur ammessa, era stata comunque mantenuta nei limiti della sussistenza di un vantaggio fiscale per il contribuente (elemento oggettivo) e della presenza del fine unico o prevalente di ottenere il risparmio d'imposta[548]: elemento, questo, che si trasformerà poi in quello – negativo – dell'assenza di valide ragioni economiche.

547 GALLO F. [1], p. 13, nota 5.
548 ID., p. 20.

Il problema, però, che emergeva da una siffatta ricostruzione era, spesso e volentieri, l'inutilità dell'eventuale rilevanza dell'art. 1344 c.c. Stabilendo quale "sanzione" la nullità dei negozi, la disposizione non necessariamente consentiva di perseguire il corretto gettito fiscale, poiché cadendo l'operazione economica realizzata cadeva, per l'effetto e retroattivamente, anche il presupposto impositivo, e cioè la manifestazione di capacità contributiva, ovvero la ricchezza conseguita[549].

Tra l'altro, si opponeva alla conclusione *de qua* anche la considerazione che, ove il Legislatore aveva voluto, aveva predisposto norme antielusive *ad hoc* (tipico il caso, anche se non pacifico in dottrina, dell'art. 20 d.P.R. 131/86[550]), cosicché al posto di una clausola generale – si diceva – vigeva un sistema a fattispecie chiuse, tassative, limitate alla disciplina settoriale ove tali divieti si collocavano e ove divenivano, per forza di cose, norme eccezionali, come tali insuscettibili di applicazione analogica. A un sistema frammentario, insomma, pareva inopponibile un rimedio generale, peraltro natìo di altra disciplina[551].

Né, tantomeno, sembrava praticabile la via della nullità, ora della causa in quanto perseguente un interesse immeritevole, ora degli atti e negozi posti in essere, non per illiceità della causa ma per suo difetto.

**Il sindacato sulla causa negoziale**

Quanto alla prima soluzione, essa non ha trovato accoglimento in giurisprudenza, stante il tradizionale orientamento, solo recentemente rivisitato,

549 ID., p. 14.

550 Su cui v. MONTESANO A.-IANNIELLO B., p. 115 e ss. Conforme anche CASS., 18374/07 *Contra*, STANCATI G. [2], da leggere per un'ottima ricostruzione delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali e CTP TREVISO, 30/06/2010, n. 76: "La Commissione osserva che l'Agenzia delle Entrate pretende di utilizzare l'art. 20 del D.P.R. 131/1986 con finalità antielusive. La norma in questione in realtà non ha finalità antielusive né può averle. Nel sistema generale dell'imposta di registro non esiste una norma antielusiva che consenta all'amministrazione finanziaria di disconoscere i negozi giuridici posti in essere dal contribuente. L'art. 20 del D.P.R. 131/1986 fornisce un mero criterio di interpretazione con il quale si indica all'Ufficio quelli che possono essere gli elementi cui può dare rilevanza nella registrazione dell'atto".

551 Di ciò è cosciente GALLO F. [1], pp. 14-15: "Pur nella coesistenza di fattispecie antielusive rigidamente definite e di stretta interpretazione, l'ufficio in grado di dimostrare la sussistenza di questi indici-condizioni può, dunque, a mio avviso far valere la invalidità del negozio-mezzo e, perciò, precludere al contribuente di fruire dei vantaggi fiscali che tale negozio avrebbe comportato. E ciò senza che la sua iniziativa cozzi contro la pretesa autosufficienza del (micro)sistema fiscale e senza che da ciò debba conseguire automaticamente una ingiustificata compressione dell'autonomia negoziale".

secondo cui non era concesso al giudice sindacare la causa dei negozi tipici, la quale sarebbe stata lecita *ex se*: la causa, in queste sentenze, era considerata in senso astratto, ovvero quale funzione economico-sociale del negozio. Diversa, ovviamente, la conclusione di chi aderisce, come le più recenti sentenze sul punto, alla teoria della causa in concreto. Definendo la causa quale funzione economico-sociale dell'atto, ovvero quale sintesi degli interessi concretamente perseguiti dalle parti, si aprono le porte al sindacato giurisdizionale della causa anche negli atti e contratti tipici: sindacato che ben potrebbe portare alla declaratoria di nullità dei medesimi qualora si rinvenisse l'intento elusivo. L'elusione fiscale, infatti, avviene di regole mediante una sapiente combinazione di atti e negozi tipici, non atipici, cosicché se per i sostenitori della causa in astratto essi rimarrebbero leciti in ogni caso, per i sostenitori dell'altra teoria andrebbe in concreto verificata l'effettiva volontà delle parti.

Da ciò, due fondamentali problemi: da un lato, coniugare il richiamo all'art. 1344 c.c. con quello della sindacabilità della causa *ex* artt. 1322 e 1343 c.c. Se, infatti, si ammette l'indagine sul concreto assetto di interessi voluto delle parti, quale margine di operatività rimarrebbe per l'art. 1344 c.c., che postula necessariamente proprio tale indagine al fine di cogliere eventuali effetti elusivi? La soluzione ideata per scongiurare l'abrogazione di fatto dell'art. 1344 è stata quella di distinguere tra negozio e negozi in frode alla legge[552]: laddove l'elusione è realizzata mediante un solo atto, si avrà nullità della causa per violazione di norma imperativa, mentre in caso di più atti collegati verrà in rilievo l'istituto della frode alla legge. Distinzione, questa, per vero di dubbia fondatezza, a cui preferiamo quella per cui l'art. 1343 c.c. fa discendere l'illiceità dalla violazione diretta di una norma imperativa, mentre l'art. 1344 c.c. si preoccupa di estenderne la portata anche alle violazioni indirette, nascoste, ben occultate, insomma a quelle elusive.

552 Sul punto si vedano i richiami di CIAN G.-TRABUCCHI A., *sub* art. 1344.

**I limiti del sindacato: i criteri d'interpretazione**

Ma la vera e più problematica questione non è tanto questa, quanto quella di individuare i limiti di sindacato della causa, che deve seguire necessariamente le regole di cui agli artt. 1362 e ss. c.c.[553].

Va' innanzitutto ricordato che primo interprete del contratto – o comunque degli atti e negozi posti in essere dal contribuente – non è il giudice, il quale è interprete eventuale e comunque interverrebbe in seconda battuta, ma l'Amministrazione finanziaria.

Le regole sopra citate, dunque, dovrebbero vincolare l'ufficio accertatore il quale, tuttavia, assume una posizione del tutto peculiare rispetto al contratto, posizione che potremmo definire di "terzo interessato". Esso, infatti, è certamente estraneo ai rapporti instaurati dal contribuente, ma è altrettanto certamente interessato all'assetto d'interessi costituito perché, laddove questo persegua la frode alla legge tributaria (o la violazione della norma imperativa impositrice, che dir si voglia), ha il dovere – imposto dalle finalità pubbliche di cui è gravato – di contestare i patti stipulati al fine di recuperare l'imposta elusa.

La premessa appena svolta è fondamentale per capire se gli artt. 1362 e ss. si debbano applicare, e in che misura, anche all'Amministrazione finanziaria. Questo perché essi, pur dettando regole d'interpretazione, si riferiscono chiaramente alla soluzione di conflitti interpretativi tra le parti, siano esse stesse a cimentarsi nell'operazione, ovvero demandino il compito all'autorità giudiziaria. Nulla dispone, il codice, per il "terzo" interprete.

Seppure, comunque, le regole degli artt. 1362 e ss. appaiano regole di pura logica, pertanto trascendenti il soggetto che l'interpretazione compie, il vero problema si pone in relazione all'art. 1366 c.c., giacché occorre chiedersi se il vincolo della buona fede

553 Per la sterminata dottrina e giurisprudenza sul punto si rinvia a CIAN G.-TRABUCCHI A., *sub* art. 1362 e ss.

nell'interpretazione possa ostacolare in qualche modo la propugnazione di una interpretazione antielusiva dell'Amministrazione[554].

A nostro avviso, la risposta dev'essere di segno negativo. La buona fede, in generale, è legata all'art. 2 Cost. (v. *supra*, parte II, cap. III, par. 2), che impone il rispetto degli obblighi di solidarietà politica, sociale ma, ai nostri fini, soprattutto economica.

**Il risvolto della buona fede nell'interpretazione da parte dell'Amministrazione finanziaria**

Come visto (v. *supra*, par. 1), l'articolo svolge una funzione essenziale per la ricostruzione di un divieto generale antielusivo di natura costituzionale, seppure implicito, poiché in combinato disposto con gli artt. 3 e 53 Cost. impone il rispetto del principio d'eguaglianza tributaria e, quindi, di corretta partecipazione al gettito fiscale: corretta sia dal punto di vista di non evasività, sia dal punto di vista di non elusività. Principio, questo, peraltro già ricavabile dall'art. 10 co. 1 l. 212/00, il quale statuisce che "i rapporti tra contribuente e amministrazione finanziaria sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede".

Di contro, tuttavia, la buona fede *ex* art. 1366 c.c. si pone anche quale limite all'attività pubblica d'accertamento, nel momento in cui serve da base per la qualifica di elusività o meno di una certa costruzione negoziale. In tal senso va ricordato che il risparmio d'imposta non è *ex se* illecito, ma diviene tale solo in quanto frutto di elusione o evasione. Tralasciando la seconda ipotesi, chiaramente estranea alla buona fede, in

554 I rapporti tra P.A. e privato devono essere sempre improntati alla correttezza e alla buona fede, come si evince dai principi costituzionali di buon andamento e imparzialità, e come statuisce anche l'art. 1 l. 241/90. La necessaria correttezza di tali rapporti è presente anche in ambito comunitario, e si evince da ultimo dalle conclusioni dell'avvocato generale MELCHIOR WATHELET in merito alla causa C-534/11, ARSLAN, secondo cui è ipotizzabile un abuso del diritto della richiesta di asilo al fine di paralizzare il provvedimento di rimpatrio dell'immigrato clandestino già emesso. L'esercizio del diritto, insomma, paralizzerebbe l'esecuzione del provvedimento amministrativo adottato. Si v. pure C-73/06, punto 46, secondo cui "anche se l'amministrazione tributaria dello Stato membro di rimborso nutre dubbi, ad esempio nel caso di un sospetto di abuso fiscale, quanto alla realtà economica dell'impresa indicata in tale attestazione, essa non può tuttavia, tenuto conto della presunzione ricollegata alla suddetta attestazione, opporre al soggetto passivo un rifiuto di rimborso senza altra modalità di verifica preliminare" anche perché, in tal caso (punto 47) l'Amministrazione "dispone della possibilità, offerta dall'art. 6 dell'ottava direttiva, di costringere il soggetto passivo a fornirle le informazioni necessarie a valutare la fondatezza della domanda di rimborso (v., in tal senso, sentenza Monte dei Paschi di Siena, cit., punto 31), come ad esempio, informazioni considerate idonee a permetterle di valutare la realtà economica dell'impresa menzionata nell'attestazione della qualità di soggetto passivo dell'imposta".

**L'assenza di una presunzione *juris tantum* d'elusività**

ambito elusivo quest'ultima viene in rilievo quale freno all'interpretazione amministrativa dei patti contrattuali, la quale non può spingersi a considerare sempre e comunque elusivi i negozi generatrici di risparmio d'imposta, ma solo quelli che così sono in forza di elementi idonei a fondare un giudizio di tal illiceità[555].

In altri termini, non esiste in Italia, né potrebbe ragionevolmente ritenersi esistente, una *presunzione relativa d'illiceità elusiva* dei negozi giuridici fonti di risparmio d'imposta, essendo tali solo quelli che, in ragione degli elementi desumibili dai fatti, atti e negozi posti in essere dai contribuenti, individuati mediante i canoni di cui agli artt. 1362 e ss. c.c., sono privi di valide ragioni economiche. Ne consegue, allora, che solo in presenza di detti elementi, i quali dovranno evincersi dalla motivazione dell'atto di accertamento pena l'invalidità del medesimo, potranno contestarsi i negozi posti in essere per realizzare l'operazione elusiva, e detti elementi dovranno altresì risultare nell'eventuale contraddittorio processuale instauratosi, riguardando l'onere probatorio dell'Amministrazione l'elusività contestata – seppur Essa sia convenuta formale, le è riconosciuta la qualifica di attrice sostanziale[556] – e quello del contribuente ogni prova idonea a ritenere legittimo (lecito) il risparmio d'imposta conseguito, e che normalmente viene assolto mediante la giustificazione economica dell'operazione[557], la

555 La CGE, sentenziando sulle cause riunite C-621/10 e C-129/11, BALKAN AND SEA PROPERTIES E PROVADINVEST, ha ad esempio statuito che il prezzo anormalmente basso o alto di beni o servizi non può bastare per fondare una presunzione di elusione o evasione fiscale, quando entrambi i soggetti godono in pieno della detrazione IVA, mentre "solo se la persona interessata dall'operazione non ha interamente diritto alla detrazione sussiste un rischio di elusione o di evasione fiscale che gli Stati membri possono prevenire". Allo stesso modo in C-32/03, I/S FINI H, la Corte statuisce ai punti 33 e 34 che "L'amministrazione fiscale, se dovesse constatare che il diritto a detrazione è stato esercitato in maniera fraudolenta o abusiva, avrebbe il diritto di chiedere, con effetto retroattivo, il rimborso delle somme detratte (v., tra altro, citate sentenze Rompelman, punto 24; INZO, punto 24, e Gabalfrisa e a., punto 46). Spetta comunque al giudice nazionale negare il beneficio del diritto a detrazione se è dimostrato, alla luce di elementi obiettivi, che tale diritto viene invocato in modo fraudolento o abusivo".

556 CASS., SS. UU., 30055 (confermata anche da 30056 e 30057), specifica il principio si traduce "nella tradizionale affermazione secondo cui l'amministrazione è attore in senso sostanziale e perciò gravata dall'onere di provare la fondatezza della pretesa tributaria così come azionata con l'atto impositivo".

557 *Ex multis*, BASILAVECCHIA M. e i recentissimi articoli "Elusione e abuso del diritto. Onere della prova per tutti", su Fiscooggi del 23 ottobre 2013. Per la giurisprudenza, *ex multis*, CASS., 10807/12, CASS., 1372/11, CASS., 12042/09, commentata su Fiscooggi, "Abuso di diritto, il principio esiste. L'onere della prova? Si divide a metà".

quale ovviamente deve essere valutata in modo unitario, e non prendendo a fondamento solo fasi, parti, "pezzetti" negoziali isolandoli dal contesto economico e giuridico in cui si inseriscono[558].

**Il punto di equilibrio tra libertà e divieto: le valide ragioni economiche**

Ecco allora il punto di equilibrio tra libertà e divieto, tra interesse privato e interesse pubblico: le valide ragioni economiche[559]. Non ogni attento e studiato percorso civilistico genera un illecito elusivo, ma solo quello che produce un risparmio d'imposta attraverso atti, fatti e negozi, anche collegati fra loro, privi di valide ragioni economiche. Il che equivale a dire, all'inverso, come la Suprema Corte ha avuto modo di precisare[560], che è lecito un risparmio d'imposta, pure rilevante o rilevantissimo, fintanto che si persegue principalmente od esclusivamente un fine economico diverso

558 In proposito, ANDREANI G., in tema di LBO (*Leveraged Buyout*): "le ragioni economiche che sorreggono la fusione non possono essere ricercate e verificate isolando tale singola operazione dalle altre fasi facenti parte dello schema di acquisizione, ma devono essere necessariamente valutate in una prospettiva unitaria, come se si trattasse – anche sotto il profilo giuridico – di una operazione unica". Contro l'elusività dell'operazione si legga CTR LOMBARDIA, 96/65/2013, con breve commento su Norme e tributi, 05.08.2013, p. 20.

559 VACCA I., p. 26 ritiene invece non importante l'elemento: "La individuazione delle valide ragioni economiche "extra-fiscali" non è un aspetto essenziale per coloro che, come me, intravedono l'elusione o l'abuso del diritto in quegli atti ed operazioni che pur rispettando formalmente i canoni della fattispecie legale o tributaria realizzano effetti impositivi contrari alla loro "ratio" o finalità e per questo risultano non conformi alla corretta attuazione del principio di capacità contributiva".

560 *Ex multis*, CASS., 21221/06, punto 3.3, ultimo capoverso: "Il Collegio è consapevole delle particolari cautele che devono guidare l'interprete nella ricostruzione di una e vera e propria clausola generale antielusiva. Da una parte, anche nel nostro ordinamento deve essere riconosciuta la liceità dell'obiettivo della minimizzazione del carico fiscale; dall'altra, il ricorso a clausole generali non deve, a sua volta, rappresentare uno strumento di elusione del principio di legalità e della difesa del contribuente in materia d'imposizione fiscale. A ciò si aggiunga l'esigenza fondamentale di non invadere il campo della libertà d'impresa, garantito dall'art. 41 Cost.". La sentenza è aspramente criticata da STANCATI G. [1]: "Tanto nella sentenza n. 21221/06, cit., quanto nella più recente 8772/08, cit., si assiste ad una fantasiosa e strumentale combinazione di alcuni elementi, segnatamente (i) la libertà di iniziativa del contribuente, (ii) le libertà fondamentali del Trattato, (iii), i poteri del'Amministrazione finanziaria, (iv) l'autonomia del legislatore nazionale in campo tributario. Come se tutto questo non bastasse, nella pronuncia in discorso, oltre all'immanenza, si sbandiera la trasversalità del principio ai comparti impositivi, anzi, per riaffermarne la posizione verticistica, addirittura se ne ravvede esplicazione nell'art. 20 del T.U. Registro!!". Per l'analisi del medesimo A. sull'art. 20 citato si legga STANCATI G. [2]. ANDRIOLA M. [2], rileva invece che "se si mette a confronto il dispositivo e l'*iter* logico-argomentativo della sentenza *Halifax* con l'*iter* logico-argomentativo e le menzionate conclusioni cui giunge il nostro Supremo Collegio, si riscontra *ictu oculi* l'ipervalutazione del requisito dell'assenza di valide ragioni economiche e l'assenza di qualsiasi traccia di argomentazione con specifico riferimento al fondamentale requisito della strumentalizzazione delle regole fiscali".

dal risparmio d'imposta in sé e per sé[561]. Quest'ultimo, infatti, non può mai assurgere a *fine* (causa civilistica concreta) dell'operazione ma solo a sua *conseguenza* o, al massimo, *a fine accessorio o secondario*[562], pena altrimenti l'illiceità della causa con conseguente nullità dell'intero assetto negoziale.

**Valide ragioni economiche e principi costituzionali**

Né, si precisa, una ricostruzione così concepita ci pare violare i principi costituzionali in materia, anzi essa è diretta conseguenza dell'art. 3 Cost., il quale impone, tra l'altro, di disciplinare in modo eguale situazioni eguali e in modo diverso situazioni diverse: e infatti mentre alla regolarità delle operazioni, tali perché sorrette da valide ragioni economiche estranee alla materia fiscale, corrisponde la liceità del risparmio d'imposta ad esse conseguenti (in piena conformità con gli artt. 2, 3, 47 co. 1 e 53 co. 1 Cost.), al diverso caso delle operazioni irragionevoli sotto il profilo economico, estranee a una logica di perseguimento di profitto che impronta l'attività privata – specialmente commerciale – e, dunque, sostanzialmente realizzate in perdita, ma che tale perdita non producono perché essa è compensata e magari superata da un risparmio d'imposta, corrisponde un divieto di elusione fiscale, che qualifica l'operazione come illecita e da cui consegue, ecco il punto, un indebito (cioè non dovuto, in quanto di fonte illecita) risparmio, non tutelato dall'art. 47 Cost., contrastante l'utilità sociale di cui all'art. 41 co. 2 Cost., violante il principio di eguaglianza tributaria *ex* artt. 3 e 53 co. 1 Cost., elusore della solidarietà contributiva come imposta dall'art. 2 Cost.

---

561 CASS., 8772/08: "In definitiva, deve essere formulato il seguente principio di diritto cui dovrà attenersi il giudice di rinvio: "non hanno efficacia nei confronti della amministrazione finanziaria quegli atti posti in essere dal contribuente che costituiscano "abuso di diritto", cioè che si traducano in operazioni compiute essenzialmente per il conseguimento di un vantaggio fiscale; ed incombe sul contribuente fornire la prova della esistenza di ragioni economiche alternative e concorrenti di carattere non meramente marginale o teorico"".

562 Per tutti, CGE, C-255/02, Halifax, punto 86: "Perché possa parlarsi di comportamento abusivo, le operazioni controverse devono, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti

disposizioni della sesta direttiva e della legislazione nazionale che la traspone, procurare un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da quelle stesse disposizioni. Non solo. Deve altresì risultare da un insieme di elementi obiettivi che le dette operazioni hanno essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale".

Gli effetti di tale impostazione, e di questo ne siamo ben consci, possono e di fatto sono dirompenti. Ne sono esempio le tre sentenze della Cassazione del 2005[563], sopra citate, dove addirittura si arriva riqualificare i contratti posti in essere da negozi a effetti reali (cessione e ritrasferimento di usufrutto) a negozio reale (mutuo) garantito da cessione di crediti futuri da dividendi (contratto a effetti obbligatori), dietro anticipazione dell'importo presuntivo degli stessi, con effetti appunto di finanziamento della cedente da parte della cessionaria.

**La fantomatica eccezione di cui all'art. 20 TUR**

Unica eccezione, al più, è stata ritenuta l'art. 20 d.P.R. 131/86[564], ma solo per una certo orientamento[565]. A nostro avviso, la disposizione è meramente ripetitiva di quanto abbiamo appena affermato e comunque, se pur si volesse attribuire maggiori poteri interpretativi all'Amministrazione, essi non potrebbero che essere circoscritti all'ambito dell'imposta di registro, nel cui testo unico la disposizione si inserisce[566].

**La CGE e l'interpretazione comunitariamente orientata**

Vi è poi una decisione della Corte di Giustizia Europea che, a nostro avviso, è assolutamente fondamentale in materia. Relativamente alla causa C-321/05, HANS MARKUS KOFOED, la Corte, in merito a una vicenda di cessione di quote e percezione di dividendi, precisa che in caso di direttive non *self-executing*, e dunque necessitanti un intervento legislativo nazionale di recepimento, non è possibile investire la Corte stessa del potere di decidere sulla eventuale abusività o meno di una condotta (o di una operazione o pratica commerciale, come nel caso di specie), bensì occorre una norma

563 CASS., 20398/05, 20816/05 e 22932/05.

564 Art. 20 – Interpretazione degli atti: "L'imposta è applicata secondo la intrinseca natura e gli effetti giuridici degli atti presentati alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente".

565 SANTARCANGELO G., p. 755: "Nel tassare gli atti si deve prescindere anche dall'intenzione dei contraenti (CASS. 1.12.1978, n. 5693), essendo rilevante solo l'obiettiva e giuridica sistemazione del negozio o anche di più negozi registrati distintamente, ma costituenti unica operazione economica (CASS., 11.06.2007, n. 13580; CASS., 7.7.2003, n. 10660)". *Contra*, MONTESANO A.-IANNIELLO B., p. 115: "nella ricostruzione del contenuto giuridico dell'atto, occorre tener conto dei dati risultanti dal documento nel quale l'atto stesso è incorporato; si può soltanto far riferimento al comportamento complessivo delle parti (anche successivo alla stipulazione dell'atto) nei limiti in cui esso è idoneo a ricostruire, ai sensi dell'articolo 1362, codice civile, la volontà negoziale dei contraenti espressa nell'atto".

566 Conforme, CASS., 11351/01.

nazionale che sanzioni, in via generale o specifica, l'abuso del diritto, ed è compito del giudice del rinvio applicarla[567].

Tuttavia, la Corte ha altresì specificato al punto 45 che "tutte le autorità di uno Stato membro, quando applicano il diritto nazionale, sono tenute ad interpretarlo per quanto possibile alla luce della lettera e dello scopo delle direttive comunitarie, al fine di conseguire il risultato perseguito da queste ultime. Orbene, se è vero che tale obbligo di interpretazione conforme non può giungere sino al punto che una direttiva, di per se stessa e indipendentemente da una legge nazionale di trasposizione, crei obblighi per i singoli ovvero determini o aggravi la responsabilità penale di coloro che trasgrediscono le sue disposizioni, è tuttavia riconosciuto che lo Stato può, in linea di principio, opporre un'interpretazione conforme della legge nazionale nei confronti di singoli (v., in questo senso, citate sentenze Kolpinghuis Nijmegen, punti 12-14, e Arcaro, punti 41 e 42)".

Il punto fondamentale della sentenza è, a nostro avviso, proprio questo, e cioè la possibilità di una lettura "comunitariamente orientata" ai principi espressi dalle direttive comunitarie (nel caso di specie in materia fiscale, un domani in qualunque ambito disciplinato), cosicché non sarebbe preclusa, in linea di principio, un'opzione interpretativa antielusiva basata su principi espressi da direttive comunitarie: in tal caso, chiaramente, non si violerebbe il principio di legalità dell'azione amministrativa, esercitandosi un potere inesistente, ma si eserciterebbe un potere esistente in modo conforme ai principi del diritto comunitario, in modo dunque pienamente legittimo e doveroso[568].

---

567 Punto 46: "Nella causa principale, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 63 delle sue conclusioni, spetta dunque al giudice del rinvio esaminare se nel diritto danese esiste una disposizione o un principio generale sulla cui base l'abuso del diritto è vietato ovvero se esistono altre disposizioni sulla frode o sull'evasione fiscale che possano essere interpretate conformemente all'art. 11, n. 1, lett. a), della direttiva 90/434 e, pertanto, giustificare la tassazione dello scambio di quote sociali di cui trattasi (v., altresì, sentenza 19 gennaio 1982, causa 8/81, Becker, Racc. pag. 53, punto 34)".

568 L'attuazione pratica del principio si vede, ad es., in CASS., 21221/06.

**La nuova triade del 2008 delle Sezioni Unite**

Il primo riconoscimento ufficiale di un divieto generale d'elusione costituzionalizzato (ancorché in forma implicita) è stato rinvenuto nella sentenze della Suprema Corte 10257 e 25374 del 2008, seguite da tre pronunce rese dalle Sezioni Unite nello stesso anno, nn. 30055, 30056 e 30057[569].

In particolare, nella prima, al punto 2.2, si legge che "nel merito, ritengono le Sezioni Unite di questa Corte di dover aderire all'indirizzo di recente affermatosi nella giurisprudenza della Sezione tributaria (si veda, da ultimo, Cass. 10257/08, 25374/08), fondato sul riconoscimento dell'esistenza di un generale principio antielusivo; con la precisazione che la fonte di tale principio, in tema di tributi non armonizzati, quali le imposte dirette, va rinvenuta non nella giurisprudenza comunitaria quanto piuttosto negli stessi principi costituzionali che informano l'ordinamento tributario italiano. Ed in effetti, i principi di capacità contributiva (art. 53, primo comma, Cost.) e di progressività dell'imposizione (art. 53, secondo comma, Cost.) 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 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 contrastate 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"[570].

569 *Ex multis*, CANTILLO M., CAPOLUPO S., LUPI R. [1], scrive: "Comunque, come vediamo su *Dialoghi* da qualche tempo, e abbiamo visto commentando le sentenze n. 30055 e 30057, la Suprema Corte ha mostrato equilibrio nelle decisioni sostanziali".

570 Principio poi ribadito in modo costante dalla giurisprudenza successiva. Di recente, si legga CASS., 7393/12 e la giurisprudenza ivi citata.

La portata innovativa dei principi appena riportati, si noterà, sembra scontrarsi con il principio di legalità dell'azione amministrativa[571], come la dottrina ha avuto modo di rilevare, ad esempio, in tema di leasing nautico[572]. Tuttavia, integrando quanto stabilito dalla Corte, non ci pare che un divieto generale antielusivo implicito di livello costituzionale si ponga in contrasto con il principio di legalità dell'azione amministrativa.

In primo luogo, infatti, ritenere costituzionalizzato il divieto significherebbe, di per sé, ritenere fondato il relativo potere d'accertamento negli artt. 2, 3 e 53 co. 1 Cost.

In secondo luogo, risolvendosi l'accertamento elusivo in un'attività interpretativa, di certo essa non ha bisogno di una norma che abiliti la Pubblica Amministrazione a interpretare, essendo tale attività connaturata alla valutazione giuridica degli atti privati e, cioè, all'attività amministrativa tipica di cui è investita l'Amministrazione finanziaria.

**Divieto costituzionale implicito e principio di legalità dell'azione amministrativa**

È lecito chiedersi, casomai, se la costituzionalizzazione implicita di un divieto di elusione basti a sostenere il rispetto del principio di legalità dell'azione amministrativa. Riteniamo di dover propendere per la tesi affermativa, con le precisazioni del caso.

La valenza di un principio generale in materia sarebbe, per forza di cose, quella di un principio, e cioè di portata generale. Il diritto tributario contemporaneo, invece, conosce una serie di disposizioni antielusive *ad hoc*, dettate in funzioni delle

571 MULEO S.: "Il pericolo è evidente. Se si permette a chi non è il legislatore di stabilire «dall'esterno» quali fatti siano odiosi e quali non lo siano, quali soggetti siano da colpire, poiché più o meno «furbetti» e quali no, si rinunzia d'un tratto al principio di legalità, con tutto ciò che ne consegue".

572 Sul punto si legga MARANI M.: "In sede di verifica sulle società finanziarie operanti nel leasing per nautica da diporto, i contratti di leasing nautico sarebbero stipulati unicamente in forza del regime IVA meno gravoso rispetto all'acquisto delle imbarcazioni in proprietà. È uno degli sconquassi che le contestazioni basate sull'elusione tributaria, o sull'abuso del diritto, possono arrecare. Dapprima il settore è stato agevolato da un'interpretazione pro-contribuente della normativa da parte del Fisco, che avrebbe dovuto spingere gli acquirenti, anche stranieri, a scegliere tale forma contrattuale; successivamente il settore è stato invece accertato dalla stessa Amministrazione finanziaria sull'assunto che la preferenza verso contratti di leasing rispetto all'acquisto in proprietà fosse dovuta unicamente alla convenienza fiscale, ravvisandosi a detta dei verificatori un'ipotesi di abuso del diritto".

caratteristiche peculiari della singola imposta o della singola componente positiva o negativa del reddito.

La dottrina sul punto contesta in radice la possibilità di fondare un accertamento sui meri principi costituzionali, sostenendo che si arriverebbe a una retroattività del divieto antielusivo basato sul disposto costituzionale, applicata per forza di cose a fatti pregressi alle pronunce a Sezioni Unite del 2008.

Si è infatti rilevato[573] che se da un lato esiste l'art. 53 Cost., dall'altro esiste l'art. 23 Cost., il che equivale a dire che se è pur vero che esiste il principio di eguaglianza tributaria, deve pure esistere una norma che disciplini la rilevazione dell'elusività, a cui andrà ricollegata poi la norma che impone la prestazione patrimoniale tributaria relativa all'operazione elusa, pena la violazione sia dell'art. 23 Cost., sia del principio di legalità dell'azione amministrativa. Il divieto costituzionale implicito di elusione sarebbe allora un principio programmatico, non direttamente applicabile, essendo rimesso alla Legge e, per l'effetto, alla discrezionalità del Legislatore, nei limiti della non ragionevolezza e della non arbitrarietà come individuati dalla Corte Costituzionale (v. *supra*, par. 2), stabilire la portata applicativa del divieto.

Una norma del genere non esiste ancora in Italia (per la c.d. delega fiscale v. *supra*, par. 1), tuttavia dovremmo chiederci se effettivamente essa possa dire di più rispetto a quanto abbia fatto la Corte. È certamente vero che l'Amministrazione finanziaria, in quanto Pubblica Amministrazione, deve sottostare al principio di legalità. Ma è anche vero che una norma fondante un potere di accertamento elusivo esteso all'intera materia tributaria, e dunque a ogni forma di tributo, non potrebbe dire nulla di più di quanto non abbia già detto la Corte di Giustizia, la Suprema Corte o la dottrina, osservando gli articoli della Costituzione. Dire, infatti, che è vietata l'elusione fiscale, secondo la formulazione dell'art. 37-*bis* co. 1 o similare, non servirebbe a nulla, così come abbiamo visto che non servirebbe a nulla, in ambito civile, introdurre un

573 BEGHIN M. [1], il quale richiama la dottrina di MOSCHETTI.

norma per cui "è vietato l'abuso del diritto" (v. *supra*, parte II, cap. II, par. 4), che nulla aggiungerebbe a quanto già sapevamo prima[574]. Piuttosto essa potrebbe assumere un ruolo fondamentale in materia penale, ma di questo ne parleremo dopo (v. *infra*, par. 5).

**L'art. 37-*bis* e il principio di legalità dell'azione amministrativa**

Inoltre, vi è da rilevare come anche il prototipo di clausola antielusiva per eccellenza, l'art. 37-*bis*, potrebbe dare problemi in relazione al principio di legalità: l'articolo, infatti, pur prevedendo al comma 1 una clausola generale valevole in ogni settore dell'ordinamento tributario, ne limita l'applicazione ai soli casi tassativamente ivi previsti. Come si concilia, allora, nel quadro ordinamentale e interpretativo vigente, il divieto *generale* di elusione con una clausola falsamente generale di applicazione *esplicitamente ridotta* e per di più a *fattispecie tassative*?

Se, infatti, si ammette l'esistenza di un principio generale antielusivo costituzionalmente codificato, seppur in forma implicita, non si capisce il perché poi, nel formulare una clausola potenzialmente generale, il Legislatore abbia voluto limitarne la portata a specifici casi. La discrasia è evidente.

Una soluzione potrebbe essere quella di ritenere incostituzionale l'art. 37-*bis*, nella parte in cui limita l'applicazione del divieto alle sole ipotesi ivi previste. Si richiederebbe, cioè, alla Consulta una pronuncia manipolativa riduttiva. Tuttavia tale via difficilmente troverebbe accoglimento in sede di giudizio di legittimità: la giurisprudenza costituzionale in materia d'imposte, infatti, fa emergere una netta

574 *Contra*, per la dottrina, ANDRIOLA M. [1], "Ciò premesso evidenti necessità di coordinamento normativo impongono un itnervento legislativo volto a prevedere una disciplina, sostanziale e procedimentale uniforme. A tal fine, tre appaiono gli interventi basilari da operare: abrogazione dell'art. 37-*bis*; inserimento di una disposizione normativa, nel *corpus* dello **Statuto dei diritti del contribuente**, depurata dalla disposizione normativa attualmente contenuta nel comma 3; precisazione che un disegno elusivo può configurarsi solo mediante l'effettuazione di più atti o negozi giuridici tra loro collegati e/o di atti o negozi giuridici atipici e/o di atti e negozi giuridici tipici contenenti più manifestazioni di volontà, scienza e giudizio giuridicamente rilevanti". Conforme LUNELLI L.
Per la giurisprudenza CASS., 3979/00: "fronte di divergenti trattamenti fiscali, a seconda del soggetto cui faccia capo un certo reddito, la frode alla legge ex art. 1344 c.c., non è ravvisabile per il solo fatto che un atto negoziale (reale e non simulato) abbia spostato la titolarità del bene al contribuente "favorito", occorrendo una norma che direttamente od indirettamente neghi la facoltà di trasmigrare con l'atto stesso dall'uno all'altro regime di tassazione; in difetto, si rimane nell'ambito della mera lacuna della disciplina tributaria, per non aver prefigurato la possibilità dei contribuenti di optare per assetti privatistici fiscalmente proficui".

astensione della Corte a sindacare le scelte legislative in materia fiscale – spesso criticata in termini di eccessivo protezionismo – a meno che esse non sfocino, come detto precedentemente, nella mera arbitrarietà o irragionevolezza (v. *supra*, par. 2). Non a caso le pronunce di illegittimità sono di molto inferiori a quelle di non fondatezza delle questioni proposte.

Tuttavia, si può agevolmente obiettare che quanto detto non riguarda il rapporto tra divieto d'elusione e principio di legalità amministrativa, attenendo più ai rapporti tra il primo e la politica economica e tributaria della Repubblica. In realtà, le considerazioni che precedono sono prodromiche proprio all'analisi di questo rapporto, laddove la tassatività delle ipotesi previste dall'art. 37-*bis* impone di chiedersi se l'interprete, funzionario tributario o giudice, possa o non possa ritenere elusive condotte estranee alle fattispecie indicate dal Legislatore nel citato articolo (o in altra norma antielusiva settoriale).

Il problema attiene, più precisamente, alla portata del criterio interpretativo dell'analogia in diritto tributario[575], che però non potrebbe applicarsi in relazione a un divieto costruito a comparti chiusi, e cioè a fattispecie tipiche e tassative. Ci pare doveroso concludere contro l'applicazione analogica del divieto anche in ragione dei profili di incompatibilità che si verrebbero altrimenti a creare con l'ordine pubblico, *sub specie* di ordine pubblico economico, qualora l'Amministrazione applicasse volontariamente una norma oltre il disposto legislativo. Tuttavia, a nostro avviso, ben potrebbero ravvisarsi gli estremi di un giudizio di costituzionalità che, facendo valere i principi comunitari, internazionali e nazionali in materia, consentisse l'annullamento del comma 3 dell'art. 37-*bis* d.P.R. 600/73. In assenza di tale iniziativa, non rimane che affidarsi al disegno di legge pendente in questi giorni di fronte al Senato.

575 Su cui FALSITTA G. [1], p. 120 e ss.

## 5. DIVIETO D'ELUSIONE, PRINCIPIO DI LEGALITÀ E PROFILI PENALI DELLE FATTISPECIE ELUSIVE

**Elusione e discrimine tra illecito amministrativo e penale**

In tema della rilevanza penale delle condotte elusive, la dottrina sintetizza bene il problema: "fino a che punto si rimane nell'ambito dell'elusione, penalmente non sanzionabile, e da quale punto in poi si cade nel reato tributario, punibile"[576]?

La questione si è posta in relazione alla formula dell'art. 4 del d.lgs. 74/00, il quale prevede il reato di dichiarazione infedele[577]. Poiché una delle condotte oggetto di sanzione è proprio quella di indicare in dichiarazione "elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo", gli uffici finanziari e una certa giurisprudenza hanno ritenuto che potessero rilevare non solo le condotte evasive – certamente ricomprese nell'ambito di applicazione della norma – ma anche quelle elusive, giacché talvolta l'effetto finale di quest'ultime non è necessariamente quello di usufruire di un'aliquota più favorevole a parità di base imponibile[578], ma può essere pure quello di sottrarre base imponibile all'imposizione, mediante un sapiente schema combinato di forme civilistiche e regimi agevolativi o d'esenzione.

**I tre problemi derivanti dal rapporto elusione-diritto penale**

I problemi che una tale ricostruzione comporta sono essenzialmente tre: il rispetto del principio di *legalità* della fattispecie penale, sia sotto il profilo della possibilità di ricondurre l'elusione al reato, stante la necessità del dolo specifico richiesto dalla norma ("al fine di *evadere* le imposte sui redditi o sul valore aggiunto"), sia sotto il diverso profilo della *atipicità* delle fattispecie elusive; il rapporto tra la

576 CARACCIOLI I., p. 29.

577 1. Fuori dei casi previsti dagli articoli 2 e 3, è punito con la reclusione da uno a tre anni chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, indica in una delle dichiarazioni annuali relative a dette imposte elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi fittizi, quando, congiuntamente: a) l'imposta evasa è superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte, a euro cinquantamila; b) l'ammontare complessivo degli elementi attivi sottratti all'imposizione, anche mediante indicazione di elementi passivi fittizi, è superiore al dieci per cento dell'ammontare complessivo degli elementi attivi indicati in dichiarazione, o, comunque, è superiore a euro due milioni.

578 La quale fattispecie non darebbe mai luogo a reato, perché l'infedele dichiarazione non richiede l'errata autoliquidazione delle imposte, ma l'omissione di base imponibile.

fattispecie penale e l'atto di accertamento dell'elusione, avente natura provvedimentale, con i conseguenti problemi in ordine alla prova dei fatti; il rapporto tra il reato e l'errore su legge extrapenale (tributaria) che, come tale, esclude la colpevolezza.

**Atipicità dell'elusione e principi di tipicità e tassatività nel diritto penale**

Il primo problema è efficacemente sintetizzato nelle osservazioni difensive contenute in una recente sentenza della Corte di Cassazione: "Del resto vi è contraddizione tra la atipicità degli istituti in questione e la necessaria tipicità dell'illecito penale nonché la liceità del fenomeno abusivo. Infine, manca il dolo specifico del fine precipuo di evadere le imposte, incompatibile con una finalità meramente elusiva"[579].

Il principio di tassatività, secondo autorevolissima dottrina, "sta ad indicare, nella sua interezza: 1) il dovere per il legislatore, di procedere, al momento della creazione della norma, ad una precisa determinazione della fattispecie legale, affinché risulti tassativamente stabilito ciò ch è e ciò che non è penalmente vietato; 2) il divieto, per il giudice, di applicare la stessa a casi da essa non espressamente preveduti e, quindi, dell'analogia: *nullum crimen sine lege poenali scripta et stricta*"[580].

**Il rigetto della rilevanza penale dell'elusione fiscale**

Che l'elusione sia una fattispecie aperta ad infinite applicazioni lo si è visto nelle pagine precedenti (v. *supra*, parr. 1, 2, 3 e 4). Tale atipicità della fattispecie, che si riflette nella formulazione ampia legislativa (art. 37-*bis*, ma anche la nuova norma contenuta nel ddl sulla delega fiscale, v. *supra*, par. 1), seppur efficace su un piano strettamente amministrativo-tributario, cozza inevitabilmente con i principi di tipicità e tassatività nel diritto penale. Mentre la dottrina è nettamente schierata contro la sanzionabilità penale delle condotte elusive[581], la giurisprudenza più recente muove in direzione esattamente opposta[582].

579 CASS., 26723/11.
580 MANTOVANI F., p. 62.
581 FASANI F., GIULIANI F. M. [1] [2], TROYER L.-STEVANATO D.,
582 Si segnalano, tra le ultimissime pronunce, CASS. 36894/13, CASS. 33184 e 33187/13, CASS., 19100/13, CASS. 7739/12 sul caso DOLCE&GABBANA. Per un commento alle pronunce GIULIANI M. F. [1].

Prima questione è la compatibilità di una fattispecie tributaria atipica con le necessarie tipicità e tassatività delle fattispecie penali. È infatti evidente che la condotta elusiva possa *potenzialmente* rientrare nell'ambito dell'art. 4 d.lgs. 74/00, ma ciò solo a una lettura superficiale. La stessa costruzione dell'ipotesi delittuosa milita contro la tesi giurisprudenziale.

**Il dolo specifico d'evasione e il divieto di analogia *in malam partem***

L'elemento del *dolo specifico d'evasione*, infatti, è ontologicamente incompatibile con il *dolo specifico d'elusione*, perché evasione ed elusione sono, come visto, due concetti differenti e autoescludenti (v. *supra*, par. 1): in presenza dell'una, non v'è l'altra (quantomeno con riferimento alla singola fattispecie, mentre può darsi che il contribuente contemporaneamente eluda ed evada, ma si tratterebbero di condotte diverse e concorrenti vertenti su oggetti diversi, come nel caso di chi in materia di IVA utilizzi fatture false da un lato e ponga in essere operazioni elusive dall'altro).

In secondo luogo l'atipicità del fenomeno elusivo non può comportare un *vulnus* al principio di tipicità e tassatività del sistema penale, il quale impone sia la predeterminazione in astratto delle fattispecie rilevanti, le quali non devono mai essere vaghe o indeterminate, e sia che queste siano insuscettibili di analogia *in malam partem*, ossia non possano essere estese oltre i casi e i tempi in esse considerati. L'interpretazione fornita dai giudici, invece, pare muoversi in questa illegittima direzione, poiché estende a casi d'elusione norme incriminatrici dall'ambito chiaramente limitato all'evasione.

**Elusione, discrezionalità tecnica e rigore della prova penale**

Quanto al secondo problema, occorre rilevare come la qualifica in termini di elusività – al pari di quella d'evasività – della condotta del contribuente sia rimessa a una valutazione dell'Amministrazione finanziaria, ossia a un provvedimento amministrativo. Tuttavia, mentre nel caso di evasione la valutazione degli Uffici si muove su un terreno probatorio particolarmente rigoroso (fatture false, redditi percepiti diversi da quelli dichiarati, contabilità parallela emergente da documenti), in campo elusivo la valutazione è assolutamente rimessa alla discrezionalità tecnica

dell'Amministrazione, dai risultati per loro natura opinabili. Ne consegue che mentre le fattispecie evasive ben si prestano a ricevere la sanzione penale, perché il rigore probatorio è rispettato tanto in fase amministrativa che in quella penale, nel caso dell'elusione tale rigore probatorio cessa di esistere, muovendosi l'ufficio accertatore in base a presunzioni, ad elementi probatori non sempre certi e univoci, a valutazioni di sostanza civilistica (v. *supra*, parr. 2, 3 e 4, spec. 4) rispetto alla forma adoperata dal contribuente. In un ambito del genere, l'onere probatorio inevitabilmente si attenua, passando dalla gravità tipica dell'evasione alla più blanda incertezza valutativa connaturata all'attività interpretativa antielusiva ed esso si scontra, ovviamente, con il rigore del diritto penale, il quale richiede la certezza o quasi certezza in ordine alla sussistenza di tutti gli elementi costitutivi del reato, dal che se ne dovrebbe ricavare l'impossibilità di sanzionare penalmente condotte che trovano il loro presupposto, quale antecedente logico, in una valutazione in termini meno rigorosi della condotta dell'imputato.

Ma vi è di più. L'art. 37-*bis* fonda il divieto sulla sussistenza o meno di valide ragioni economiche, ma lo scotto da pagare se si impernia l'istituto sulla loro presenza o meno, significa accettare che intanto sono da considerarsi valide o invalide le ragioni economiche in quanto qualificate tali da un giudizio discrezionale, ancorché tecnico, della P.A., contenuto in un provvedimento amministrativo, il quale è, per l'appunto, il presupposto logico della rilevanza penale dell'elusione.

Ma ciò significa, d'altro canto, rimettere a un provvedimento amministrativo l'integrazione del precetto penale, perché la qualifica di elusività dell'operazione, operata mediante avviso di accertamento, è elemento presupposto del reato, cosicché in sua assenza non potrebbe contestarsi alcunché.

In proposito, la Corte Costituzionale ha più volte stabilito che "non è violato il principio della riserva di legge in materia penale "quando sia una legge (o un atto equiparato) dello Stato - non importa se proprio la medesima legge che prevede la

sanzione penale o un'altra legge - a indicare con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, alla trasgressione dei quali deve seguire la pena"". Il principio attiene, come noto, al problema delle sanzioni penali per violazione del provvedimento amministrativo.

Tuttavia, riteniamo che il principio enunciato dalla Consulta valga anche, *mutatis mutandis*, per i casi di atto-presupposto. La domanda che ci si deve fare, in sostanza, è: "È possibile far discendere la rilevanza penale di un fatto dalla qualifica d'illiceità del medesimo da parte di un provvedimento amministrativo?".

La risposta può essere sì, a condizione che una norma definisca con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti del provvedimento. Possono dirsi rispettati tali vincoli in relazione all'avviso di accertamento reso *ex* art. 37-*bis*?

Va preliminarmente precisato che, nel caso di disposizioni *ad hoc*, avente ad oggetto fattispecie ben determinate, il problema non si pone, poiché l'oggetto della norma è assolutamente tipico, non atipico, e dunque non cozza con i principi della materia penale.

L'art. 37-bis, al contrario, è atipico, ma non solo, rimette all'esistenza o meno di valide ragioni economiche la qualifica d'illiceità del fatto, cosicché la valutazione dell'Amministrazione, come abbiamo già detto, è frutto di una discrezionalità tecnica. Ne consegue che, seppur le norme in materia di accertamento delineano in modo sufficientemente specifico i presupposti, i caratteri e i limiti del provvedimento, non di meno il contenuto dell'atto di accertamento reso sulla base dell'art. 37-*bis* si presenta a contenuto atipico, per sua natura a fattispecie aperta, come tale incompatibile con il sistema penale italiano. Alla maggior portata applicativa in sede amministrativa si contrappone il divieto di rilevanza penale della disposizione, almeno finché il Legislatore non trovi criteri più stringenti per sanzionare penalmente ogni tipo di condotta elusiva.

**Atipicità dell'elusione e tipicità delle fattispecie elusive**

Tuttavia, se certamente è vero che nella maggior parte dei casi si versa in tema di discrezionalità tecnica, è anche vero che certe prassi operative sono ormai acquisite al "patrimonio comune" dell'Amministrazione e degli stessi contribuenti, ad es. il *dividend washing* (v. supra, par. 4). Al di là delle fattispecie tipiche speciali, laddove l'art. 37-*bis* sia utilizzato per contrastare prassi elusive oramai assodate, qualche dubbio l'interprete dovrebbe porselo.

**L'errore su legge extrapenale (tributaria)**

Quanto, infine, al terzo problema, relativo all'errore su legge extrapenale, due sono le norme da ricordare. Ai sensi del'art. 47 co. 3 c.p. "l'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce reato". A ciò si aggiunga il disposto di cui all'art. 15 d. lgs. 74/00 secondo cui "al di fuori dei casi in cui la punibilità è esclusa a norma dell'articolo 47, terzo comma, del codice penale, non danno luogo a fatti punibili ai sensi del presente decreto le violazioni di norme tributarie dipendenti da obiettive condizioni di incertezza sulla loro portata e sul loro ambito di applicazione".

Le due norme in commento escludono la punibilità proprio in ragione della natura confusionaria che certe volte assume il diritto tributario, la cui interpretazione potrebbe non chiarire esattamente se una fattispecie sia conforme o meno alle sue norme.

Va', tuttavia, fatta una precisazione. Le disposizioni richiamate attengono, a nostro avviso, ad ipotesi diverse. L'art. 47 co. 3 si riferisce, chiaramente, all'errore su norma extrapenale, il quale si differenzia come noto dal mero dubbio[583]. In tal caso, che per l'appunto è fatto salvo dall'art. 15, il contribuente cade in errore pensando, ad esempio, di realizzare una fattispecie esclusa da una disposizione antielusiva specifica, mentre invece essa vi è riconducibile. La prova, ovviamente, di un tale errore è quanto mai complessa, e la relativa eccezione di difficilissimo accoglimento.

583 Di recente, CASS., 5975/12.

**Il *dubbio* sulla norma tributaria**

L'art. 15 d. lgs. 74/00, invece, riteniamo non si riferisca all'errore, quale elemento prettamente soggettivo, ma specificamente al *dubbio*. L'esimente così costruita, infatti, si pone al di fuori, per sua stessa ammissione, dell'art. 47 co. 3 c.p., il quale è sufficiente a coprire ogni ipotesi di errore su norma tributaria.

In secondo luogo, l'ipotesi di cui all'art. 15 richiede solo ed esclusivamente l'elemento oggettivo dell'obiettiva incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione della norma tributaria, non richiedendo alcun contributo psicologico. Con questa disposizione, insomma, ci pare che il Legislatore abbia voluto non sanzionare il contribuente che, nel porre in essere la condotta, soffra dell'incerta qualifica della medesima da parte *in primis* dell'Amministrazione finanziaria, *in secundis* della magistratura. La *ratio* andrebbe così rinvenuta non nel rendere non punibile l'errore, ma nel non far ricadere sul soggetto privato una responsabilità che nemmeno i soggetti preposti all'applicazione della normativa (Amministrazione e Giudice) sono in grado di sciogliere in modo deciso quanto alla sua sussistenza o meno.

**Il rapporto tra l'esimente e il diritto d'interpello**

Tuttavia, in proposito, occorre ricordare la predisposizione, in favore del contribuente, degli istituti dell'interpello generale *ex* art. 11 l. 212/00 "concernenti l'applicazione delle disposizioni tributarie a casi concreti e personali, qualora vi siano obiettive condizioni di incertezza sulla corretta interpretazione delle disposizioni stesse"; di quelli relativi alle CFC[584]; di quello antielusivo *ex* art. 21 l. 413/91 che riguarda, ai sensi del comma 2, "l'applicazione, ai casi concreti rappresentati dal contribuente, delle disposizioni contenute negli articoli 37, comma terzo, e 37-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n.600, e successive modificazioni"; di quello *ex* art. 37-bis co. 8, a tenore del quale "le norme tributarie che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario, possono essere disapplicate qualora il contribuente dimostri che nella particolare

584 *Controlled Foreign Companies*, di cui agli artt. 47 co. 4, 68 co. 4, 87 e 89 TUIR.

fattispecie tali effetti elusivi non potevano verificarsi. A tal fine il contribuente deve presentare istanza al direttore regionale delle entrate competente per territorio, descrivendo compiutamente l'operazione e indicando le disposizioni normative di cui chiede la disapplicazione". Lo stesso art. 16 d. lgs. 74/00 si premura di specificare che "non dà luogo a fatto punibile a norma del presente decreto la condotta di chi, avvalendosi della procedura stabilita dall'articolo 21, commi 9 e 10, della legge 30 dicembre 1991, n. 413, si è uniformato ai pareri del Ministero delle finanze o del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive previsti dalle medesime disposizioni, ovvero ha compiuto le operazioni esposte nell'istanza sulla quale si è formato il silenzio-assenso".

Dato l'apparato predisposto a garanzia del contribuente, occorre chiedersi se possa avvalersi dell'esimente di cui all'art. 15 d. lgs. 74/00 anche il contribuente il quale non si sia mosso proponendo interpello prima di porre in essere l'operazione contestata.

**Abuso per non uso del diritto d'interpello**

A tal riguardo va rilevato che l'interpello è qualificato dalla Legge come diritto, ma non come dovere, cosicché il contribuente in dubbio può anche non esercitare il proprio diritto e "rischiare" un'eventuale contestazione. Tuttavia tale interpretazione ci pare svilisca la *ratio* degli istituti, perché il contribuente, pur in presenza di un vero e proprio diritto, potrebbe non esercitarlo e successivamente contestare i rilievi dell'Amministrazione finanziaria, realizzando un vero e proprio abuso per non uso.

La lettura corretta delle norme, invece, appare quella di ritenere doveroso l'interpello in tutti i casi di dubbio da parte del contribuente, il quale potrà avvantaggiarsi della risposta a sé favorevole impedendo il successivo accertamento da parte degli Uffici. Non di meno, tuttavia, è ben noto che la tempistica delle operazioni poste in essere dai contribuenti, spesso e volentieri, è molto rapida, cosicché in certi casi non è possibile attendere i tempi tecnici di risposta. Ne consegue, a nostro avviso, che solo un esame del merito della questione possa far giungere a una conclusione in ordine all'applicabilità o meno dell'esimente, ove invocata. Qualora, infatti, la natura della

concreta operazione posta in essere non consentiva l'attesa della risposta all'interpello, essa potrà essere legittimamente invocata. Qualora, invece, i tempi l'avessero consentito, ma il contribuente non ha profittato dell'opportunità concessa dall'ordinamento, dovrà concludersi per la sua inapplicabilità, poiché egli stesso si è messo in condizione, volontariamente, di soggiacere all'incertezza normativa, realizzando poi un abuso processuale qualora invocasse l'art. 15 per escludere la propria colpevolezza.

# CONCLUSIONI

Se all'inizio ci siamo preoccupati di capire cosa fosse l'abuso, poi l'abuso del diritto, infine l'illecito abusivo, c'è da chiedersi adesso cosa possa succedere in futuro, se l'istituto godrà del suo meritato posto nel panorama degli istituti giuridici o se scomparirà, di sicuro temporaneamente, per essere riscoperto magari tra qualche decennio.

Al momento, sembra più probabile la prima ipotesi, visto che esso ha raggiunto i massimi livelli di positivizzazione, il diritto europeo, è ormai collegato all'art. 2 della nostra Costituzione e trova adeguato riscontro nell'art. 17 CEDU. L'illecito abusivo appare, insomma, una realtà che ormai non si può più né rifiutare né confutare, perché essa fa parte davvero della storia del diritto, anzi dei diritti di tutte le nazioni.

Vero è che il suo contenuto varia in base ai valori fondanti il singolo ordinamento, ma rimane comune e costante l'avvertita esigenza di tutelare il soggetto vittima di un uso accorto e distorto del diritto da parte di un altro soggetto.

Che poi si voglia trovare la *ratio* dell'istituto nella morale o nella ragionevolezza è questione ideologica che abbiamo già trattato.

Si è detto, infatti, che o si accetta la commistione con l'etica (sociale, religiosa, ecc.) o si esclude l'extragiuridico per rifarsi al solo Diritto. Preferendo questa seconda soluzione, riteniamo tuttavia che la miglior soluzione al problema della tutela avverso l'abuso del diritto risieda solo parzialmente in una sua positivizzazione.

Esclusa l'utilità di formule vuote e generiche ("è vietato l'abuso del diritto", dicevamo, non dà nulla all'interprete) il Legislatore dovrebbe quantomeno codificare le ipotesi più ricorrenti, come ci siamo premurati di individuarle e categorizzarle.

Tuttavia, quand'anche ciò avvenisse, non si potrebbe prescindere dalla discrezionalità giurisprudenziale per garantire un'effettiva tutela inibitoria e risarcitoria

– da illecito, insomma – perché solo il caso concreto, con le sue circostanze uniche e peculiari, può dire se un uso o non uso del diritto è o meno abusivo.

La sintesi di norma e prassi, dunque, appare l'unica via utile e percorribile, ma essa, occorre dirlo, agisce sempre a posteriori, sanzionando e non prevenendo.

L'abuso, come ogni altro illecito, va infatti prevenuto e non solo sanzionato. Purtroppo però, in quanto istituto a connotazione fortemente morale, ancorato nel nostro ordinamento ai canoni di correttezza e ragionevolezza, richiede una forte carica morale e logico-razionale per essere scongiurato.

Ci si deve rimettere, insomma, alla coscienza del prossimo, la quale sfugge per natura a qualunque controllo giuridico. La sentita necessità, tuttavia, di introdurne l'applicabilità in ambito giuridico è indice sintomatico di una volontà orientata a fini di giustizia, assolutamente da seguire e sostenere, perché avvenga un mutamento nelle coscienze, indirizzato anche dal Diritto, e si affermi una concezione sempre più regolare, pari ordinata, corretta dei rapporti sociali economici e non: superando le motivazioni egoistiche di sopraffazione, che a nulla portano se non all'approfittamento altrui, è la stessa convivenza sociale che va rivista e ripensata quale necessità strumentale alla realizzazione di tutti, e non di pochi, dell'onesto e non del furbo, del corretto e non dello scorretto, in un clima di generale considerazione reciproca e di reciproco rispetto, quale base fondamentale di ogni rapporto umano.

E su ciò dovrà vegliare, soprattutto nei rapporti economici, il giudice, quale terzo e imparziale. Ma il pericolo dell'arbitrarietà del giudice è sempre avvertito e osteggiato, ma, in cuor nostro, speriamo di aver dato un valido contributo per scongiurarlo.

Come dicevamo in premessa, infatti, l'abuso è un mosaico, multicolore e composto di tanti tasselli, ciascuno dei quali contribuisce a delineare la figura senza completarla. Nella nostra più fiduciosa speranza preferiamo pensare di esserci finalmente riusciti ma, se così non fosse, confidiamo quantomeno di aver dato una sistemazione adeguata ai vari tasselli che si sono affastellati nel corso del tempo.

# BIBLIOGRAFIA


AA. VV., *Diritto privato 1997*, Padova, Cedam, 1998

AA. VV. *L'abuso del processo, Atti del XXVIII Convegno Nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Bologna, Bonomia University Press, 2012

ADAMS C., *For good and evil. L'influsso della tassazione sulla storia del'umanità*, Macerata, Liberilibri, 2008

ANAGNOSTOPOULOU D., *Do Francovich and the principle of proportionality weaken Simmenthal (II) and confirm abuse of rights*?, in "Common Market Law Review", 2001, n. 38, p. 767 e ss.

ALBANESE B., *voce "Illecito a) Storia"*, in Enc. dir., Milano, Giuffrè, 1970

ALLARA M., *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, vol. I, Torino, Utet, 1945

ALPA G. [1], *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, Laterza, 2003

ALPA G. [2], *Esercizio del diritto e abuso del diritto*, in BESSONE M., *Casi e questioni di diritto privato*, vol. IX, tomo 2, Milano, Giuffrè, 2001, p. 173

ALPA G. [3], *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, nota a TRIB. BOLOGNA 21 luglio 1970, in Riv. dir. comm., 1971, parte II, p. 277

ALPA G. [4], Status *e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, Laterza, 1993

ALPA G. [5], *voce "Interessi legittimi"*, in Dig. disc. priv., sez. civ., vol. IX, Torino, Utet, 1993

ANASTASI A., *voce "Facoltà e diritti facoltativi"*, in Enc. dir., vol. XVI, Milano, Giuffrè, 1967

ANDREANI G., *Sono elusive le operazioni di «merged leveraged buyout»?*, in Corr. trib., 2011, n. 7, p. 524 e ss., Banca dati Fisconline

ANDRIOLA M. [1], *Abuso del diritto: necessità di un intervento legislativo o della Corte Costituzionale*, in Il fisco, 2008, n. 14, Banca dati Fisconline

ANDRIOLA M. [2], *Quale incidenza della clausola anti-abuso comunitaria nella imposizione sui redditi in Italia?*, in Rass. trib., 2008, n. 1, p. 270 e ss., Banca dati Fisconline

ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, V, 1134b, trad. it. di MAZZARELLI C., Milano, Bompiani, 2007

ASCARELLI T., *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA A.-BRANCA G., Bologna, Zanichelli, 1955

ATIENZA M.-RUIZ MANERO J., *Illeciti atipici*, trad. di CARNEVALE V., Bologna, Il Mulino, 2004

AUSTIN J., "*Province of Jurisprudence determined*", London, John Murray, 1832

AVOLIO D.-SANTACROCE B., *Il beneficiario effettivo nella giurisprudenza nazionale e internazionale*, in Corr. Trib., 2010, n. 6, p. 429 e ss.

BALLESTRERO M. V., *voce "Licenziamento individuale"*, in Enc. dir., Annali vol. V, Milano, Giuffrè, 2012, p. 791

BARAK A., *La discrezionalità del giudice*, trad. di MATTEI I., Milano, Giuffrè, 1995

BARALDI M., *Il recesso* ad nutum *non è, dunque, recesso* ad libitum. *La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto*, nota a CASS. 20109/10, in Contr. e impr., 2010, f. 1, p. 41

BARASSI L. [1], *La proprietà nel nuovo codice civile*, Milano, Giuffrè, 1943 [nota 152]

BARASSI L. [2], *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1946 [nota 242]

BARBA A., *voce "Diritto soggettivo"*, in Enc. giur. IlSole24ore, vol. 5, Milano, IlSole24Ore

BARBERO D. [1], *Il diritto soggettivo*, in Foro it., 1939, vol. IV, c. 25

BARBERO D. [2], *Sistema istituzionale di diritto privato*, vol. I, Torino, Utet, 1958

BARTOSĒK M., *Sul concetto di atto emulativo specialmente nel diritto romano*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1951

BASILAVECCHIA M., *Elusione e abuso del diritto: una integrazione possibile*, in GT – Riv. giur. trib., 2008, n. 9, p. 741 e ss., Banca dati Fisconline

BAUDOUIN L., "*Le droit civile de la Province de Québec*", Montréal, Wilson et Lafluer, 1953

BEGHIN M. [1], *L'abuso e l'elusione fiscale tra regole «scritte», giustizia tributaria e certezza del diritto*, in Corr. trib., 2012, n. 17, p. 1298 e ss., Banca dati Fisconline

BEGHIN M. [2], *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, Padova, Cedam, 2013

BELVEDERE A.-DE CRISTOFARO M., *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano, Giuffrè, 1980

BENEDETTO XVI, "*Caritas in veritate*", 2009

BERGAMINI E., *Il difficile equilibrio fra riconoscimento del diritto alla libera circolazione, rispetto della vita familiare e abuso del diritto*, in Dir. Un. Eur., 2006, f. 2, p. 347 e ss.

BERTINI A., *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*, Milano, Giuffrè, 1951

BESSONE M.-D'ANGELO A., *voce "Buona fede"*, in Enc. giur. Treccani, vol. V, Roma, Treccani, 1988

BETTI E., *voce "Interesse (Teoria generale)"*, in Noviss. dig. it., vol. VIII, Torino, Giappichelli, 1962

BETTI R.-SBARAGLIA G., *L'abuso del diritto in materia tributaria: la giurisprudenza comunitaria*, in Il fisco, 2011, n. 39, Banca dati Fisconline dottrina

BETTI R.-SBARAGLIA G., *L'abuso del diritto in materia tributaria: la giurisprudenza italiana*, in Il fisco, 2011, n. 42, Banca dati Fisconline dottrina

BIANCA C. M. [1], *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della Cassazione*, nota a CASS. 2315/99, in Giust. civ., 1999, parte I, p. 1324

BIANCA C. M. [2], *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in Riv. dir. civ., 1983, parte I, p. 205

BIANCA C. M. [3], *Diritto civile*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2000

BIANCA C. M. [4], *Diritto civile*, vol. V, Milano, Giuffrè, 1995

BIGLIAZZI GERI L. [1], *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1967

BIGLIAZZI GERI L. [2], *voce "Buona fede nel diritto civile"*, in Dig. disc. priv., Sez. civ., vol. IV, Torino, Utet, 1988

BIGLIAZZI GERI L. [3], *voce "Interesse legittimo: diritto privato*", in Dig. disc. priv., Sez. civ., vol. IX, Torino, Utet, 1993

BOBBIO N. [1], *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, ristampa 2012

BOBBIO N. [2], *voce "Giusnaturalismo e giuspositivismo"*, in Enc. scienze sociali, Vol. IV, Roma, Treccani, 1994

BOBBIO N. [3], *voce "Principi generali del diritto"*, in Noviss. dig. it., vol. XIII, Torino, Utet, 1966

BODRITO A.-CONTRINO A.-MARCHESELLI A. (a cura di), *Consenso, equità e imparzialità nello Statuto del contribuente: studi in onore del Prof. Gianni Marongiu*, Torino, Giappichelli, 2012

BRECCIA U., *L'abuso del diritto*, in AA. VV., *Diritto privato 1997*, Padova, Cedam, 1998

BRECCIA U.-BRUSCUGLIA L., *Il Diritto Privato nel prisma dell'interesse legittimo*, Torino, Giappichelli, 2001

BRENNER J., "*Nuisance Law and the Industrial Revolution*", in Journal of Legal Studies, 1974, vol. 3

BRESCIANI L., *La normativa antielusiva tra nullità negoziale e assenza di valide ragioni economiche*, in Il Fisco, 2007, n. 25, Banca dati Fisconline dottrina

BRUGI B., *Della proprietà*, vol. I, Napoli-Torino, Marghieri-Ute, 1911

BRUNETTI E., *Alberi, veduta del golfo di Napoli e lite tra vicini*, in Danno e resp., 1997, p. 615

BUCCIANTE A. [1], *La potestà dei genitori*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO P., vol. IV, tomo III, Torino, Utet, 1997

BUCCIANTE A. [2], *voce "Potestà dei genitori"*, in Enc. dir., vol. XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985

BUONOCORE V., *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, Esi, 1960

BUSNELLI F. D., *voce "Illecito civile"*, in Enc. giur. Treccani, vol. XV, Roma, Treccani, 1987

BUSNELLI F. D.-NAVARRETTA E., *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in AA. VV., *Diritto privato 1997*, Padova, Cedam, 1998

CAFARO S., *L'abuso di diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in Dir. Un. Eur., 2003, nn. 2-3, p. 291 e ss.

CALAMANDREI P., *Il processo come situazione giuridica*, in Riv. dir. proc., 1927, f. 1, p. 219

CANDIAN A., *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1949

CANTILLO M., *Profili processuali del divieto di abuso del diritto: brevi note sulla rilevabilità d'ufficio*, in Rass. trib., 2009, n. 2, p. 475 e ss., Banca dati Fisconline

CAPOLUPO S., *Elusione ed abuso del diritto*, in Il Fisco, 2007, n. 42, Banca dati Fisconline

CAPONI R., *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?*, in Foro it., 2008, parte I, c. 1515

CAPOZZI G., Successioni e donazioni, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2009

CARACCIOLI I., *Profili penal-tributari dell'"abuso del diritto"*, in NEΩTERA, 2009, n. 1, p. 29 e ss.

CARBONE V., *Abuso del processo: frazionamento del credito unitario*, in Corr. giur., 2008, n. 1, p. 22

CARNELUTTI F. [1], *Concorrenza parassitaria?*, in Riv. dir. civ., 1950, parte I, p. 491

CARNELUTTI F. [2], *Sistema del diritto processuale civile*, vol. I, Padova, Cedam, 1936

CARNELUTTI F. [3], *Teoria generale del diritto*, Roma, Foro italiano, 1950

CARPINO B. [1], *Il mandato, la commissione, la spedizione*, Torino, Giappichelli, 2007

CARPINO B. [2], *voce "Diritti potestativi"*, in Enc. Giur. Treccani, vol. XI, Roma, Treccani, 1988

CARRARO L. [1], *Il negozio in frode alla legge*, Padova, Cedam, 1943

CARRARO L. [2], *Valore attuale della massima* "Fraus omnia corrumpit", in Riv. trim. dir. proc. civ., 1949, p. 782

CASSARINO S., *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956

CASSESE S., *Problemi delle ideologie dei giudici*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1969, p. 413

CASTRONOVO C., *"Good faith and the principle of European Contract law"*, in Europa e dir. priv., 2005, f. 3, p. 589

CATALANO E. M., *L'abuso del processo*, Milano, Giuffrè, 2004

CATTANEO G., *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1971, p. 613

CELANO B., *Principi, regole, autorità. Considerazioni su M. Atienza, J. Ruiz Manero, Illeciti atipici*, in Europa e dir. priv., 2006, vol. 3, p. 1061

CESARINI-SFORZA W., *voce "Diritto soggettivo"*, in Enc. dir., vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964

CHARMONT J., "*L'abus de droit*", in "Revue trimestrielle de droit civil", 1902, p. 122

CHIOVENDA G., *L'azione nel sistema dei diritti*, ora in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, Milano Giuffrè, 1993

CIAN G.-TRABUCCHI A., *Commentario breve al codice civile*, Padova, Cedam, 2011

CIPOLLINA S. [1], *La legge civile e la legge fiscale: il problema dell'elusione fiscale*, Padova, Cedam, 1992

CIPOLLINA S. [2], *voce "Elusione fiscale"*, in Riv. dir. fin. e sc. fin., 1988, parte I, p. 122 e ss., nonché, in forma aggiornata, in Dig. disc. priv., Sez. comm., Aggiornamento 2007, vol. I, Torino, Utet, 2007, p. 371 e ss.

COMANDUCCI P., *Abuso del diritto e interpretazione giuridica*, in *L'abuso del diritto*, a cura di VELLUZZI V., Milano, Ets, 2012

COMOGLIO P. L. [1], *Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?*, nota a CASS., SS. UU., 26373/08, in Riv. dir. proc., 2009, p. 1686 e ss.

COMOGLIO P. L. [2], *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in Riv. dir. proc., 2008, p. 319 e ss.

CONVERSO A., *Note minime in tema di abuso del diritto*, in Giur. merito, 2013, f. 6, p. 1314

CORASANITI A., *voce "Stato delle persone"*, in Enc. dir., vol. XLIII, Milano, Giuffrè, 1990

CORASANITI G.-DE' CAPITANI DI VIMERCATE P.-UCKMAR V.-CORRADO OLIVA C., *Diritto tributario internazionale*, Padova, Cedam, 2012

CORASANITI G. [1], *La nullità dei contratti come strumento di contrasto alle operazioni di* dividend washing *nella recente giurisprudenza della Suprema Corte*, in Dir. e prat. trib., 2006, n. 2, parte II, p. 235 e ss., Banca dati Fisconline

CORASANITI G. [2], *Sul generale divieto di abuso del diritto nell'ordinamento tributario*, in Dir. e prat. trib., 2009, n. 2, parte II, p. 213 e ss., Banca dati Fisconline

CORDEIRO GUERRA R. [1], *Diritto tributario internazionale*, Padova, Cedam, 2012

CORDEIRO GUERRA R. [2], *Il legislatore nazionale e l'elusione fiscale internazionale*, in MAISTO G. [1], p. 211 e ss.

CORDERO F., *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 1956

CORDOPATRI F., *L'abuso del processo*, Padova, Cedam, 2000

COSSIGNANI F., *Improponibilità della domanda frazionata e limiti oggettivi del giudicato*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2009, n. 4, p. 1495

COSTA P., *Pagina introduttiva. Giudici, giuristi (e legislatori): un "castello di destini incrociati"?*, in Quaderni fiorentini, 2011, vol. XL, p. 1

COSTANTINO L., *La tutela del contraente debole nelle relazioni negoziali lungo la filiera agro-alimentare nelle più recenti esperienze giuridiche europee e statunitensi*, in Riv. dir. agr., 2013, f. 1, p. 166

COSTANZA M., «*Note critiche*» *in tema di funzione sociale della proprietà*, oggi in *Il diritto privato nella società moderna*, a cura di ALPA G.-ROPPO V., Napoli, Jovene, 2009

COSTELLO C., "Metock*: free movement and "normal family life" in the union"*, in Common Market Law Review, 2009, n. 46, p. 587 e ss.

CRIFÒ G., *voce "Illecito (Diritto romano)"*, in Noviss. dig. it., vol. VIII, Torino, Utet, 1962

CRISCUOLI G., *Variazioni e scelte in tema di* status, in Riv. dir. civ., 1984, p. 157

CUNHA DE SÁ F. A., "*O abuso do direito na doutrina e na jurisprudência de Portugal*", in ROTONDI M. [1]

DABIN J., "*Le droit subjectif*", Paris, Dalloz, 1952

DAVID R., "*Les grands systèmes de droit contemporain*", Paris, Dalloz, 1966

DE LA FERIA R.-VOGENAUER S., "*Prohibition of Abuse of Law: A new general principle of EU Law?*", Portland, Hart Publishing, 2011

DELL'UTRI M., *Poteri privati e situazioni giuridiche soggettive (riflessioni sulla nozione di interesse legittimo in diritto privato)*, in Riv. dir. civ., vol. II, 1993, p. 303

DEL PUNTA R., *L'abuso nel diritto del lavoro*, in AA. VV., *Diritto privato 1997*, Padova, Cedam, 1998

DE MITA E., *Principi di diritto tributario*, Milano, Giuffrè, 2007

DE PAGE H., "*Traité élémentaire de droit civil belge*", Bruxelles, Bruylant, 1962

DE STEFANO G., *Note sull'abuso del processo*, in Riv. dir. proc., 1964, p. 581

DI MAJO A. [1], *Discorso generale sulla responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da LIPARI N.-RESCIGNO P., vol. IV, tomo III, Milano, Giuffrè, 2009

DI MAJO A. [2], *La fideiussione* «omnibus» *e il limite della buona fede*, nota a Cass. 3362/89, in Foro it., 1989, parte I, c. 2753

DI PIETRO A. [1] (a cura di), *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, Milano, Giuffrè, 1999

DI PIETRO A. [2], *Presentazione*, in DI PIETRO A. [1]

DI ROBILANT A., "*Abuse of Rights: The Continental Drug and the Common Law*", in "Hastings Law Journal", vol. 61, 2009, p. 688

DISTASO N., *Superamento della personalità giuridica nei casi di abuso della stessa e ordinamento giuridico italiano*, in Giur. It, 1970, parte IV, c. 158

DONATI A., *Buona fede, solidarietà, esercizio parziale del credito*, in Riv. dir. civ., 2009, parte II, p. 347

DONDI A., *voce "Abuso del processo (diritto processuale civile)*", in Enc. dir., Annali 2010, vol. III, Milano, Giuffrè, 2010

DOSSETTI M., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di abuso del diritto*, nota a CASS. 1.683/68, in Giur. it., 1969, vol. I, parte I, p. 1573

DWORKIN R., *Diritto e morale*, in *La giustizia in toga*, trad. di MAGNI S. F., Bari-Roma, Laterza, 2010

ENNECCERUS L., "*Rechtsgeschäft, bedingung und anfangstermin*", Marburg, N. G. Elwert, 1889

EÖRSI G. "*The abuse of right in doctrine and court practice in Hungary*", in ROTONDI M. [1]

ESCALAR G., *Indebita trasformazione del divieto di abuso del diritto in divieto di scelta del regime fiscale meno oneroso*, in Corr. trib., 2012, n. 35, p. 2707

FALSITTA G. [1], *Corso istituzionale di diritto tributario*, Padova, Cedam, 2012

FALSITTA G. [2], *L'interpretazione antielusiva della norma tributaria*, in MAISTO G. [1]

FALSITTA G. [3], *Per un fisco civile*, Milano, Giuffrè, 1996

FALSITTA G. [4], *Spunti critici e ricostruttivi sull'errata commistione di simulazione ed elusione nell'onnivoro contenitore detto «abuso del diritto»*, in Riv. dir. trib., 2010, parte II, p. 349 e ss.

FANTOZZI A. [1], *Il diritto tributario*, Torino, Utet, 2003

FANTOZZI A. [2], *L'esperienza italiana,* in DI PIETRO A. [1], Milano, Giuffrè, 1999

FASANI F., *L'irrilevanza penale dell'elusione tributaria*, in Le società, 2012, n. 7, p. 791 e ss.

FATHY M., "*La doctrine musulmane de l'abus des droits*", Lyon-Paris, H. Georg-P. Geuthner, 1913

FAVA P. [1] (a cura di), *La responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2009

FAVA P. [2] (a cura di), *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2012

FAVA P. [3] (a cura di), *Le obbligazioni*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2008

FEDELE A., *voce "Diritto tributario (principi)"*, in Enc. dir., Annali 2008, Milano, Giuffrè, p. 458 e ss.

FEDELI F., *Correttezza e buona fede*, in FAVA P. [3], p. 389 e ss.

FERRANTI G., *Il coordinamento della «pex» con la disciplina antielusiva proposto dalla Commissione Biasco*, in Corr. trib., 2007, n. 36, p. 2905 e ss., Banca dati Fisconline

FERRARA F. *senior*, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, Roma, Athenaeum, 1921

FERRI G. B., *La formula "funzione sociale" dalle idee del positivismo giuridico alle scelte del legislatore del 1942*, oggi in *Il diritto privato nella società moderna*, a cura di ALPA G.-ROPPO V., Napoli, Jovene, 2009

FICO V., *La tormentata vicenda del frazionamento della tutela giudiziaria del credito*, in Giust. civ., 2008, parte I, p. 12

FINESSI A., *Frazionamento volontario del credito e obbligazione plurisoggettiva*, Milano, Giuffrè, 2007

FINOCCHIARO A.-FINOCCHIARO M., *Riforma del diritto di famiglia*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1975

FRAGOLA U., *Le situazioni giuridiche nel diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1939

FROSINI V. [1], *voce "Diritto soggettivo"*, in Noviss. dig. it., vol. V, 1960

FROSINI V. [2], *voce "Equità (nozione)"*, in Enc. dir., vol. XV, Milano, Giuffrè, 1966

FROSINI V. [3], *voce "Facoltà"*, in Noviss. dig. it., vol. VI, Torino, Giappichelli, 1960

FROSINI V. [4], *voce "Potere (Teoria generale)"*, in Noviss. dig. it., vol. XIII, 1957

FROSINI V. [5], *voce "Situazione giuridica"*, in Noviss. dig. it., vol. XVII, 1970

GALGANO F., *Diritto privato*, Padova, Cedam, 1983

GALLO F. [1], *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in Rass. trib., 1989, parte I, p. 11 e ss.

GALLO F. [2], *Elusione risparmio d'imposta e frode alla legge,* in Giur. comm., 1989, parte I, p. 377 e ss.

GAMBARO A., *voce "Abuso del diritto, II) Diritto comparato e straniero"*, in Enc. giur. Treccani, Roma, Treccani, 1988

GAMBARO A-SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, Torino, Utet, 2000

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, Esi, 2007

GENY F., "*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*", vol. II, Paris, Chevalier-Marescq, 1919

GENTILI A., *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, in Ianus, 2009, n. 1, p. 2 e ss.

GENTILI P., *Spunti di metodo in tema di "abuso del diritto"*, in NEΩTERA, 2009, n. 1, p. 36 e ss.

GESTRI M., *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, Giuffrè, 2003

GHIRGA M. F., *La meritevolezza della tutela richiesta: contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, Giuffrè, 2004

GIANNINI M. S., *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1950

GIORGIANNI V., *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, Giuffrè, 1963

GIULIANI M. F. [1], *Elusione, abuso ed evasione simulatoria nella giurisprudenza penale tributaria*, in Il Fisco, 2013, n. 40, Banca dati Fisconline

GIULIANI M. F. [2], *Su talune categorie privatistiche, evocate da tre pronuncee del Supremo Collegio in tema di elusione-evasione*, in Riv. dir. trib., 2006, n. 10, parte II, p. 711 e ss.

GIULIANO P., *La causa*, in FAVA P. [2], p. 622 e ss.

GOLDSCHMIDT J. [1], "*Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*", Berlin, Sprinter, 1925

GOLDSCHMIDT J. [2], *Problemi generali del diritto*, Padova, Cedam, 1950, trad. it. a cura di RAVÀ T.

GOZZI M., *Il frazionamento del credito in plurime iniziative giudiziali, tra principio dispositivo e abuso del processo*, in Riv. dir. proc., 2008, n. 5, p. 1435

GRAZIOSI A., *Pluralità di azioni a tutela dello stesso diritto (frazionato) o abuso del diritto di azione?*, nota a CASS. SS. UU. 23.726/08, in Corr. giur., 2009, f. 8, p. 1133

GROSSO G., *voce "Abuso del diritto, a) Diritto romano"*, in Enc. dir., vol. I, Milano, Giuffrè, 1958

GUALAZZINI U., *voce "Abuso del diritto, b) Diritto intermedio"*, in Enc. dir., vol. I, Milano, Giuffrè, 1958

GUARINO G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, Jovene, ristampa 1990

GUIDA G., *Le figure speciali*, in *Trattato delle obbligazioni*, vol. V, a cura di PATTI S.-VACCA L., Padova, Cedam, 2010

GULLO N., *L'abuso del diritto nell'ordinamento comunitario: un (timido) limite alla scelta del diritto*, in Ragion pratica, 2005, n. 24, p. 181 e ss.

GUTTERIDGE H. C., "*Abuse of rights*", in "Cambridge Law Journal", 1933, vol. 5, p. 22

HABERMAS J., *Morale, Diritto, Politica*, Torino, Einaudi, 2007

HART H. L. A., "*Definition and theory in jurisprudence*", Oxford, 1953

HOBBES T. [1], "*Elementa philosphica de cive*", 1642, Amsterodami (Amsterdam), Henr & Viduam Th. Boom, ed. 1742

HOBBES T. [2], "*Leviathan, sive de materia, forma, & potestate civitatis ecclesiasticae et civilis*", 1651, Amstelodami (Amsterdam), apud Joannem Blaev., ed. 1670

HOHFELD W. N., "*Fundamental legal concepts as applied in juridical reasoning*", Yale University Press, 1920

IELASI R., *Difficile tracciare il confine tra le competenze nei casi di violenza o abuso*, nota a TRIB. CATANIA 23 marzo 2010, in Fam. e min., 2010, f. 9 p. 52

INVREA F., *La parte generale del diritto*, Padova, Cedam, 1934

IORIATTI FERRARI E., *Interpretazione e traduzione del diritto*, Padova, Cedam, 2008

IRTI N. [1], *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, Cedam, 1990

IRTI N. [2], *Tecnicità dell'avvocatura*, in Foro it., 2013, parte V, c. 141

IVONE PACE D., *Diritto di rinvio assembleare, conflitto di interessi e abuso della maggioranza per scioglimento volontario nelle società a responsabilità limitata*, in Banca, borsa, tit. cred., 2014, 1, parte II, p. 71 e ss.

JOSSERAND L., "*De l'esprit des droits et de leur relativité*", Paris, Dalloz, ristampa anastatica 2006

KANT I., "*Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*", in "Berlinische Monatsschrift", 1793, vol. XXII, p. 201, oggi in *Kant: scritti di storia, politica e diritto*, a cura e traduzione di GONNELLI F., Roma, Laterza, 2007

KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, trad. it a cura di TREVES R., Torino, Einaudi, 1952

KJELLGREN A., "*On the border of abuse*", in European Business Law Review, 2000, p. 179 e ss.

LAMANUZZI A., *L'abuso del diritto nei rapport di godimento su cosa altrui*, Bari, Cacucci Editore, 2005

LEMLY MARK A.-LESLIE CRISTOPHER R., "*Categorical Analysis in Antitrust Jurisprudence*", in "Iowa Law Review", 2008, Vol. 93, p. 1207

LENAERTS A., "*The general principle of the prohibition of abuse of rights: A critical position on its role in a codified European contract Law*", in "European Review of Private Law", n. 6, 2010, p. 1121

LENER A., *voce "Potere b) Diritto privato"*, in Enc. dir., vol. 34, Milano, Giuffrè, 1985

LENTI L., *voce "Status"*, in Dig. disc. priv., sez. civ.., vol. XIX, Torino, Utet, 1999

LEONARDI F.-AMATO V., *Il cittadino e la giustizia*, vol. I, Catania, Marsilio editore, 1968

LETTIERI N.-MARINI G.-MERONE G., *L'abuso del diritto nel dialogo tra corti nazionali ed internazionali*, Napoli, ESI, 2014

LEVI A., *Teoria generale del diritto*, Padova, Cedam, 1950

LEVI G., *L'abuso del diritto*, Milano, Giuffrè, 1993

LIMPENS J.–KRUITHOF R. M.–MEINERTZHAGEN-LIMPENS A., *voce "Abuse of rights and disturbances affecting neighbours"*, in "International Encyclopedia of Comparative Law", vol. 11, parte I, Paris, International Association of Legal Science, 1980

LIPARI N., *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica*, in Riv. dir. civ., 1969, I, p. 297

LOCKE J., "*Two treatises of Government*", 1690, London, C. Baldwin printer, ed. 1824

LONGEHAMPS DE BÉRIER F., *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino, Giappichelli, 2013

LOSURDO F., *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e Giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2011

LUNELLI R., *Senza affidabilità nella applicazione delle regole, non esiste un "diritto tributario"*, in NEΩTERA, 2009, n. 1, p. 13 e ss.

LUPI R. [1], *Contrasto all'elusione e incertezza del diritto*, in Dial. trib., 2009, n. 1, p. 30 e ss., Banca dati Fisconline

MACARIO F., *Recesso* ad nutum *e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, nota a CASS. 20.106/09, in Corr. giur., 2009, f. 12, p. 1577

MAISTO G. [1] (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario*, Quaderni della rivista di diritto tributario, vol. 4, Milano, Giuffrè, 2009

MAISTO G. [2], *Norme anti-elusive, abuso del diritto e convenzioni internazionali per evitare le doppie imposizioni sul reddito*, in MAISTO G. [1]

MANCINI T., *Brevi considerazioni in tema di ammissibilità della categoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, in Giust. civ., parte IV, p. 5 e ss.

MANONI E., *Elusione fiscale: criticità giurisprudenziali e particolare caso della riorganizzazione societaria*, in Il fisco, 2012, n. 32, Banca dati Fisconline

MANTOVANI F., *Diritto penale*, Padova, Cedam, 2013

MARANI M., *Il leasing nautico, l'abuso del diritto e il «comma 22»*, in Dial. trib., 2009, n. 4, Banca dati Fisconline

MARICONDA V., *Fideiussione* «omnibus» *e principio di buona fede*, nota a Cass. 3362/89, in Foro it., 1989, parte I, c. 2763

MARONGIU G., *Elusioni e forzature nell'applicazione dell'imposta di registro*, in NEΩTERA, 2009, n. 1, p. 31 e ss.

MARKOVITCH M., "*La théorie de l'abus de droits en droit comparé*", Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1936

MAYRAND A., "*Abuse of rights in France and Quebec*", in "Lousiana Law Journal", 1974, vol. 34, n. 5, p. 993

MARCO evangelista, 12, 31

MARIOTTI L., *Dividend washing e norme antielusive*, in Giust. trib., 2006, n. 1, p. 26 e ss.

MARSILIO da Padova, "*Defensor pacis*", 1324, ed. curata da GOMARUS F., 1592

MATTEO evangelista, 19, 19

MECCARELLI M., *Diritto giurisprudenziale a autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento*, in Quaderni fiorentini, 2011, vol. XL, p. 721

MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in Riv. crit. dir. priv., 1986, p. 5

MESSINA G., *voce "Diritti potestativi"*, in Nuovo dig. it., vol. IV, Torino, Giappichelli, 1960

MESSINA M., *L'abuso del diritto*, Napoli, Esi, 2003

MESSINEO G., *Istituzioni di diritto privato secondo la nuova legislazione*, Padova, Cedam, 1939

MESSINETTI D., *voce "Abuso del diritto"*, in Enc. dir., Agg., vol. II, Milano, Giuffrè, 1998

MICARI G., *La teorica del Rechtmissbrauch nell'ordinamento giuridico italiano: rapporti con la buona fede e gli atti leciti dannosi*, in Giust. civ., 2005, parte II, p. 357 e ss.

MIELE G., *Principi di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1953

MOLITERNI A.-PALMIERI A., «Dormientibus iura succurrunt»: eutanasia dell'art. 833 c.c., nota a CASS. 10.250/97 in Foro it., 1998, parte I, c. 67

MONATERI P. G. [1], *Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di* Comparative Law and Economics*)*, in AA. VV., *Diritto privato 1997*, Padova, Cedam, 1998

MONATERI P. G. [2], *voce "Diritto soggettivo"*, in Dig. disc. priv., Sez. civile, vol. VI, Torino, Utet, 1990

MONTELEONE P., *Clausola di recesso* ad nutum *dal contratto e abuso del diritto*, nota a CASS. 20106/09, in Giur. it., 2010 , f. 3, p. 557

MONTESANO A.-IANNIELLO B., *Imposte di registro, ipotecaria e catastale*, Milano, Gruppo24ore, 2010

MORELLO U. [1], *Frode alla legge*, Milano, Giuffrè, 1969

MORELLO U. [2], *Il problema della frode alla legge nel diritto tributario*, in Dir. prat. trib., 1991, parte I, p. 8 e ss.

MORELLI S.-MORELLI M. R., *Il diritto alla identità personale del nato da fecondazione eterologa al duplice vaglio della Corte Costituzionale e della Cassazione*, nota a CASS. 2315/99, in Giust. civ., 1999, parte I, p. 1333

MOSCARINI A., *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, Padova, Cedam, 2003

MUCCIARELLI F., *Abuso del diritto, elusione fiscale e fattispecie incriminatrici*, in MAISTO G. [1], p. 421 e ss.

MULEO S., *I principi comunitari come norma antielusione implicita?*, in Dial trib., 20089, n. 6, p. 5 e ss., Banca dati Fisconline

MÜLLER ERZBACH R., *L'abuso di diritto secondo la dottrina giuridica teleologica*, in Riv. dir. comm., 1950, parte I, p. 89

NAPIER B. W., "*Abuse of rights in British Law*", in ROTONDI M. [1]

NARDELLI M., *Nota a Trib. Marsala, ordinanza 7 giugno 2005*, in Giur. merito, 2007, fasc. 2, p. 412

NATOLI U. [1], *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A.–MESSINEO F., vol. 2, Milano, Giuffrè, 1974

NATOLI U. [2], *Il diritto soggettivo*, Milano, Giuffrè, 1943

NATOLI U. [3], *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1958, p. 26

NICOLÒ R., *Istituzioni di diritto privato*, vol. I, Milano, 1962

NICOTINA G., *L'abuso nel processo civile,* Roma, Aracne, 2005

NIZZO C., *L'abuso dei «diritti comunitari»: un quesito non risolto*, in Dir. comm. internaz., 1997, p. 766 e ss.

OHANOWICZ A., *L'abuso del diritto soggettivo nella dottrina e nella giurisprudenza della Polonia*, in ROTONDI M. [1]

OFFIDANI A. M., *Contributo alla teoria della posizione giuridica*, Torino, Giappichelli, 1953

ORLANDI M. [1], *Contro l'abuso del diritto*, in Riv. dir. civ., 2010, nonché in Nuov. giur. civ. comm., 2010, n. 3, parte II

ORLANDI M. [2], *Abuso del diritto e teoria della fonte*, in *L'abuso del diritto: Teoria, storia e ambiti disciplinari*, a cura di VELLUZZI V., Pisa, Ets, 2012

ORNAGHI L., *voce "Interesse"*, in Enc. scienze sociali, vol. V, Roma, Treccani, 1996

PAGLIANTINI S., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di., Torino, Giappichelli, 2010

PALADINI M., *La filiazione nella famiglia di fatto*, in *Familia*, 2002, p. 619

PALMA A., *Violazione del criterio della buona fede e risarcibilità del danno conseguente: brevi profili comparatistici*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di GAROFALO L., vol. III, Padova, Cedam, 2003, p. 27

PALMIERI A., *La riducibilità «ex officio» della penale e il mistero delle «liquidated damages clauses»*, in Foro it., 2000, parte I, c. 1930

PALMIERI A.-PARDOLESI R., *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile*, in Foro it., 2008, parte I, c. 1515

PAOLANTONIO N., *voce "Abuso del processo (diritto processuale amministrativo)*, in Enc. dir., Annali 2008, Vol. II, tomo I, Milano, Giuffrè, 2008

PAOLO [1], in "*Digesta"*, I, I, 11

PAOLO [2], in "*Digesta*", I, III, 29

PAOLO [3], in "*Digesta"*, VII, I, 1

PAPARELLA F., *Considerazioni generali in tema di elusione fiscale ed abuso del diritto*, in NEΩTERA, 2009, n. 1, p. 7 e ss.

PARADISO M. [1], *L'abuso della potestà sui figli*, in *Diritto Privato 1997*, Padova, Cedam, 1998

PARADISO M. [2], *Potestà dei genitori, abuso e «interesse morale e materiale della prole»*, in *Studi in onore di Antonio Palazzo*, vol. 2, a cura di MAZZARESE S.-SASSI A., Torino, Utet, 2009

PARDOLESI R., nota a CASS. 3362/89, in Foro it., 1989, parte I, c. 2750

PATTI S. [1], *voce "Abuso del diritto"*, in Dig. disc. priv., sez. civ., vol. I, Torino, Utet, 1987

PATTI S. [2], *voce "Verwirkung"*, in Dig. disc. priv., sez. civ., vol. XIX, Torino, Utet, 1999

PEROZZI S., *Istituzioni di diritto Romano*, Roma, Athenaeum, 1928

PINO G. [1], *L'Abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, a cura di MANIACI G., Milano, Giuffrè, 2006

PINO G. [2], *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in Ragion pratica, 2005, vol. 24, p. 161

PINO G. [3], *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in Diritto & questioni pubbliche, 2011, n. 11, p. 75

PIRAINO F., *Il divieto di abuso del diritto*, in Europa e dir. priv., 2013, n. 1, p. 75 e ss.

PLANIOL, M., "*Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des Facultés de droit*", vol. II, Paris, Librarie générale de droit et de jurisprudence, 1900

POGGIOLI M., *La Corte di Giustizia elabora il concetto di "comportamento abusivo" in materia d'Iva e ne tratteggia le conseguenze sul piano impositivo: epifania di una clausola generale antielusiva di matrice comunitaria?*, nota a CGE C-255/02, HALIFAX, in Riv. dir. trib., 2006, parte III, p. 122 e ss.

PONTIN B., "*Nuisance Law and the Industrial Revolution: A Reinterpretation of Doctrine and Institutional Competence*", in "The Modern Law Review", 2012, Vol. 75, Issue 6, p. 1010

PORCHEROT E. , "*De l'abus de droit"*, Dijion, Librairie J. Venot, 1901

PORRECA P., *Abuso processuale e principi regolatori del giusto processo*, in *La giurisprudenza delle Sezioni Civili (2011)*, a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione, p. 20

PORTALE G. B., *Impugnative di bilancio ed* exceptio doli, in Giur. comm., 1982, parte I, p. 407

PUCHTA G. F. [1], "*Cursus der Institutionen*", vol. I, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1841

PUCHTA G. F. [2], "*Vorlesungen über das heutige römische Recht*", Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1873

PUGLIATTI S. [1], *Istituzioni di diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1935

PUGLIATTI S. [2], *voce "Alterum non laedere"*, in Enc. dir., vol. II, Milano, Giuffrè, 1958

RESTIVO C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, Giuffrè, 2007

RAISER L., "*Der stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht*", in "Juristenzeitung", 1961, p. 465, oggi in *Il compito del diritto privato*, a cura di MAZZONI C. M. e trad. di GRAZIADEI M., Milano, Giuffrè, 1990

REINER H., *Etica: teoria e storia*, trad. it a cura di GALLINGARI L., Roma, Armando Armando, 1971

RESCIGNO G. U., *Corso di diritto pubblico*, Bologna, Zanichelli, 2007

RESCIGNO P. [1], *L'abuso del diritto*, Bologna, Il mulino, 1998

RESCIGNO P. [2], *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, Jovene, 1997

RESCIGNO P. [3], *Situazione e* status *nell'esperienza del diritto*, in Riv. dir. civ., 1973, p. 209

RICCIARDI M., Status. *Genealogia di un concetto giuridico*, Milano Giuffrè, 2008

RIGHINI A., *Il beneficiario effettivo nelle Convenzioni internazionali : alcuni recenti casi affrontati dalla giurisprudenza straniera*, scaricabile al *link* www.studiorighini.it/Upload/pubbl41.pdf

RINALDI F., «Verwirkung, *ritardato esercizio del diritto e giudizio di buona fede*», nota a CASS. 5240/04, in Nuova giur. civ. comm., 2004, parte I, p. 448

RIPERT G., "*La règle morale dans les obligations civiles*", Paris, Dalloz, 1935

RIPERT G., "*L'exercice des droits et la responsabilité civile*", in "Revue critique de législation et de jurisprudence", 1906

RODOTA S., [1], *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in Riv. dir. comm., 1967, p. 83

RODOTA' S. [2], *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1964

ROMANO SALVATORE [1], *voce "Abuso del diritto, c) Diritto attuale"*, in Enc. dir., vol. I, Milano, Giuffrè, 1958

ROMANO SANTI, *Frammenti di un dizionario giuridico,* Milano, Giuffrè, Ristampa 1983

ROSCOE POUND N., *"Mechanical Jurisprudence"*, in "Columbia Law Review", 1908, vol. 8, n. 8, p. 605

ROSELLI M. R., *In margine ad un'ipotesi di collegamento tra « buona fede obiettiva » ed « abuso del diritto »*, in Giust. civ., 1975, fasc. 11, parte I, p. 1700

ROSSI R., *Il danno esistenziale*, in *Trattato dei nuovi danni*, a cura di CENDON P., Padova, Cedam, 2011

ROTONDI M. [1] (a cura di), *Inchieste di diritto comparato*, vol. 7, Padova, Cedam, 1979

ROTONDI M. [2], *L'abuso di diritto*, in Riv. dir. civ., 1923

RUSSO E., *Le nozioni generali del diritto civile*, Padova, Cedam, 2005

SACCO R. [1], *L'abuso della libertà contrattuale*, in AA. VV., *Diritto privato 1997*, Padova, Cedam, 1998

SACCO R. [2], *voce "Abuso del diritto"*, in Dig disc. priv., Sez. civ., Agg. VII, Torino, Utet, 2012

SACCO R. [3], *voce "Motivo, fine, interesse"*, in Dig disc. priv., Sez. civ., vol. IX, Torino, Utet

SALVI C. [1], *Norme costituzionali e diritto privato. Attualità di un insegnamento*, oggi in *Il diritto privato nella società moderna*, a cura di ALPA G.-ROPPO V., Napoli, Jovene, 2009

SALVI C. [2], *voce "Abuso del diritto"*, in Enc. giur. Treccani, vol. I, Roma, Treccani, 1988

SANDULLI A., *La consultazione pubblica per la riforma della* Judicial Review *in Inghilterra*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2013, f. 2, p. 580

SANDULLI A. M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1959

SANFILIPPO C., *Istituzioni di diritto romano*, Catania, Università di Catania, 1964

SAN PAOLO, "*Epistula ad Romanos*", XIII, I

SANT'AURELIO AGOSTINO, "*Confessiones*", XI, 14

SANTAMARIA B., *Diritto tributario. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2006

SANTARCANGELO G., *La tassazione degli atti notarili*, Torino, Utet, 2011, p. 755

SANTONASTASO F., *I negozi in frode alla legge fiscale*, in Dir. prat. trib., 1970, parte I, p. 505 e ss.

SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, ristampa 2012

SAVATIER R., "*Traité de la responsabilité civile en droit français*", vol. I, Paris, Dalloz, 1951

SAVOIA R., *Ieri la Spagna, oggi la Romania. E domani?*, in Altalex, 6 giugno 2013, http://www.altalex.com/index.php?idnot=63233

SCAFATI I., *L'elusione e l'evasione*, in Corr. trib., 2006/, n. 28, p. 2205 e ss., Banda dati Fisconline

SCARSELLI G., *Sul c.d. abuso del processo*, in AA.VV. *L'abuso del processo, Atti del XXVIII Convegno Nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Bologna, Bonomia University Press, 2012

SCHAMMO P., "*Arbitrage and Abuse of Rights in the EC Legal System*", in "European Law Journal", vol. 14, n. 3, May 2008, p. 351

SCHLESINGER P., *Invalidità di deliberazioni assembleari nelle società di capitali per «abuso» del diritto di voto?*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di GAROFALO L., vol. III, Padova, Cedam, 2003, p. 459

SCIALOJA V. [1], *voce* "*Aemulatio*", in Enc. giur. it., vol. I, parte I, Napoli, Vallardi, 1892

SCIALOJA V. [2], *nota a Cass. 3040/60*, in Foro it., 1961, parte I, c. 256

SCIALOJA V. [3], *nota a Cass. di Firenze 13 dicembre 1877*, in Foro it., 1878, vol. III, parte I, c. 481

SCIALOJA V. [4], *Teoria della proprietà nel diritto romano*, vol. II, Anonima Romana Editoriale, Roma, 1933

SCOGNAMIGLIO C., *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in Nuova giur. civ. comm., 2010 , parte II, p. 139, oggi pure in PAGLIANTINI S.

SCOGNAMIGLIO R., *voce "Illecito (Diritto vigente)"*, in Noviss. dig. it., vol. VIII, Torino, Giappichelli, 1968

SECKEL E., "*Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*", Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, 1954

SENATO DELLA REPUBBLICA, *Dossier del Servizio Studi* n. 63 dell'ottobre 2013

SICCHIERO G., *voce "Possesso di stato"*, in Dig. disc. priv., sez. civ., vol. XIV, Torino, Utet, 1996

SIMONCELLI V., *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, in ID., *Scritti giuridici*, vol. I, Roma, Foro italiano, 1938

ENGSIG SØRENSEN K., "A*buse of rights in community law: a principle of substance or merely rhetoric*", in Common Market Law Review, 2006, n. 43, p. 423 e ss.

SPERDUTI G., *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, Giuffrè, 1944

SPOTA A. G. [1], "*El abuso del derecho en la legislación latinoamericana*", in ROTONDI M. [1]

SPOTA A. G. [2], "*Tratado de derecho civil*", vol. 2, Buenos Aires, Rocque Depalma, 1961

STANCATI G. [1], *I principi comunitari come norma antielusione implicita?*, in Dial. trib., 2008, n. 6, p. 5 e ss., Banca dati Fisconline

STANCATI G. [2], *Riqualificazione negoziale e abuso della clausola antielusiva nell'imposta di registro*, in Corr. trib., 2008, n. 21, p. 1685 e ss., Banca dati Fisconline

STEVANATO D. [1], Dividend washing *e usufrutto su azioni: riflessioni "a caldo" su sostituzione dei redditi, simulazione ed elusione tributaria*, in Rass. trib., 1999, n. 5, p. 1496 e ss., Banca dati Fisconline

STEVANATO D. [2], Dividend washing, *nullità del contratto per contrarietà al buon costume e "giustizialismo fiscale"*, in Rass. trib., 1999, p. 853 e ss.

STEVANATO D. [3], *Elusione tributaria, abuso dell'autonomia negoziale e natura del risparmio d'imposta*, in GT – Riv. giur. trib., 2006, n. 7, p. 614 e ss., Banca dati Fisconline

STEVANATO D. [4], *L'elusione secondo il Comitato consultivo e il ruolo abnorme delle «valide ragioni economiche»*, in Fisconline dottrina e in Corr. trib., 2000, n. 41, p. 4963

STOLZI I., *L'abuso del diritto: Salvatore Romano e la necessaria strutturale plurale dell'esperienza giuridica*, in Judicium, 2012

SUAREZ F., "*Tractatus de legibus, ac Deo legislatore in decem libros distributus, utriusque fori hominibus non minus utilis, quam necessarius*", 1612, Moguntiae (Meinz), ed. 1619

TABELLINI M. [1], *Libertà negoziale ed elusione d'imposta*, Padova, 1995.

TAGGART M., "*Private Property and Abuse of Rights in Victorian England: The Story of Edward Pickles and the Bradford Water Supply*", Oxford, Oxford University Press, 2002

TAMPONI M., *Rapporti reali*, in TAMPONI M.-GABRIELLI E. (a cura di), *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, volume della collana *Cinquanta anni della Corte Costituzionale della Repubblica italiana*, Napoli, Esi, 2006, p. IX

TARUFFO M., *L'abuso del processo: profili generali*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2012, p. 117

TOMASSINI A., *Abuso del diritto o «Leviatano»*?, in Corr. trib., 2013, n. 27, p. 2145 e ss., Banca dati Fisconline

TORRENTE A.-SCHELINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1999

TRABUCCHI A. [1], *Il nuovo diritto onorario*, in Riv. dir. civ., 1959 I, p. 497

TRABUCCHI A. [2], *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 1983

TRIANTAFYLLOU D., "*Abuse of rights* versus *primacy?*", in Common Market Law Review, 1999, n. 99, p. 157 e ss.

TRIMARCHI M., *voce "Danni da svalutazione monetaria (in materia extracontrattuale)"*, in *Dizionari del diritto privato*, vol. V, *Diritto monetario*, a cura di IRTI N.-GIACOBBE G., Milano, Giuffrè, 1987

TRIMARCHI P. [1], *voce "Illecito, b) Diritto privato"*, in Enc. Dir., vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970

TRIMARCHI P. [2], *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2009

TROISI B., *L'abuso del diritto negli obiter dicta e nelle rationes decidendi della Corte Costituzionale*, in TAMPONI M.-GABRIELLI E. (a cura di), *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, volume della collana "Cinquanta anni della Corte Costituzionale della Repubblica italiana", Napoli, Esi, 2006, p. 279

TROYER L.-STEVANATO D., *Profili penali dell'elusione: conferme sull'irrilevanza penale dell'elusione*, in Dial. trib., 2012, n. 1, Banca dati Fisconline

ULPIANO, in *"Digesta"* I, I, 10, 1

VACCA I., *Elusione tributaria: l'abuso del diritto tra norma comunitaria e norma interna*, in ΝΕΩΤΕRA, 2009, n. 1, p. 19 e ss.

VALENTE P., *Manuale del transfer pricing*, Milanofiori Assiago, Ipsoa, 2012

VAN GROOT H., "*De jure belli ac pacis*", 1625, Amstelodami (Amsterdam), Jansson-Waesberg, ed. 1689

VELLUZZI V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2010

VERCELLONE P., *La potestà dei genitori*, in *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di ZATTI P., vol. II, Milano, Giuffrè, 2002

VERDE C., *Frode alla legge e fisco: uno spunto da una recente sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione in tema di applicabilità dell'art. 1344 c.c.*, in Dir. prat. trib., 1990, parte II, p. 77 e ss.

VIARO S., *Abuso del diritto ed eccezione di dolo generale*, in *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di GAROFALO L., Padova, Cedam, 2006

VIETTI M.-TASCA G., *Abuso di diritto e di potere*, Roma, Luiss university press, 2012

VIGLIONE F., *Il giudice riscrive il contratto per le parti. L'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, in Nuova giur. civ. comm., 2010, parte II, p. 148 e ss.

VON JHERING R., "*Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*",

VON SAVIGNY, F. C., "*System des heutigen römischen Rechts*", vol. I, 1840

WATTEL P., "*Case C-23/93, TV 10 SA v. Commissariaat voor de Media, Judgment of 5 October 1994; Circumvention of national law; Abuse of Community law?*", in Common Market Law Review, 1995, n. 32, p. 1257 e ss.

WEBER M., *Economia e società*, vol. II, Milano, Edizioni di Comunità, 1968

WILLIAM OF OCKHAM, *"Opus nonaginta dierum*", 1332

WINDISCHEID B.-MUTHER T., "*Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts*", Düsseldorf, 1856

WINDISCHEID B., *Diritto delle pandette*, 1856, trad. it. a cura di FADDA C.-BENSA P. E., Vol. I, Tomo I, Torino, Utet, 1902

ZANETTI E. *Abuso del diritto: in particolare sulla rilevabilità d'ufficio e sull'applicazione delle sanzioni*, in Il Fisco, 2010, n. 38, Banca dati Fisconline dottrina

ZANOBETTI PAGNETTI A., *Il ricongiungimento familiare fra diritto comunitario, norme sull'immigrazione e rispetto della vita familiare*, in Fam. e dir., 2004, p. 545 e ss.

ZANOBINI G., *Interessi occasionalmente protetti nel diritto privato*, in *Studi in memoria di F. Ferrara*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1943, p. 710

ZOPPINI G. [1], *Abuso del diritto e dintorni,* in Riv. dir. trib., 2007, I, p. 354 e ss.

ZOPPINI G. [2], *Lo strano caso delle procedure di interpello in materia di elusione fiscale*, in Riv. dir. trib., 2002, I, p. 991

ZOPPINI G. [3], *Prospettiva critica della giurisprudenza "antielusiva" della Corte di Cassazione (1969-1999)*, in Riv. dir. trib., 1999, I, p. 919 e ss.

ZUPPETTA M., *Abusi di posizione dominante (anno 2012)*, in Concorrenza e Mercato, 2013, vol. unico, parte II, p. 409 e ss.