

Università degli Studi di Macerata

L'ABUSO DEL DIRITTO E BUONA FEDE NEI RAPPORTI SOCIETARI

Dott.ssa Sara Nicolini

Anno Accademico 2015/2016

Corso di dottorato di ricerca in Scienze Giuridiche
Curriculum in Diritto Privato

Indice

| | |
|---|----|
| Capitolo I | 6 |
| Le applicazioni dell'abuso del diritto nei rapporti tra soci | 6 |
| 1. L'assemblea quale organo di formazione della volontà sociale: le delibere assembleari..... | 6 |
| 2. Il metodo collegiale e principio di maggioranza..... | 7 |
| 3. L'esigenza di limitare i poteri attribuiti ai soci..... | 10 |
| 4. La figura giurisprudenziale dell'abuso della regola di maggioranza a tutela della minoranza. Preliminare distinzione con il conflitto di interesse di cui all'art. 2373 cod. civ. 12 | |
| 5. Segue. L'abuso della regola di maggioranza come eccesso di potere quale espressione della concezione istituzionalista. | 20 |
| 6. Eccesso o abuso del diritto nella concezione contrattualista dove l'interesse sociale corrisponde all'interesse comune dei soci..... | 24 |
| Numerose sono le teorie sviluppate sulla concezione della comunione di interessi e diverse, se non antitetiche, sono le argomentazioni addotte | 24 |
| Tra queste, infatti, particolare interesse ha suscitato l'argomentazione di..... | 24 |
| 7. Uno sguardo alla concezione «neutrale» di interesse sociale e alle sue la qualificazione dell'abuso della regola di maggioranza. | 28 |
| 8. L'applicazione della clausola di correttezza e buona fede oggettiva..... | 30 |
| 9. L'attuale impostazione giurisprudenziale italiana. | 36 |
| 10. Abuso di minoranza. | 40 |
| 11. I comportamenti ostruzionistici in occasione della delibera assembleare. La richiesta di convocazione per mero spirito di " <i>chicane</i> " quale comportamento abusivo esterno al momento deliberativo..... | 41 |
| 12. I comportamenti abusivi interni alla delibera assembleare. L'abbandono dell'assemblea in sede deliberante. | 43 |
| 13. Segue. L'abuso del diritto di intervento e l'«eccesso del diritto di discussione». | 45 |
| 14. Segue. L'esercizio abusivo del diritto al rinvio. | 47 |
| 15. Segue. L'abuso del diritto di voto della <i>minoranza di blocco</i> | 48 |
| 16. Ipotesi residuali di esercizio abusivo: abuso degli strumenti di tutela attribuiti al socio. 52 | |
| 17. Abuso del "blocco di fatto"..... | 53 |

| | |
|--|-----|
| 18. Le due figure giurisprudenziali esaminate applicate nei rapporti tra soci non offrono una effettiva tutela del socio..... | 53 |
| Capitolo II | 55 |
| Abuso del diritto in ambito civile | 55 |
| 1. Premessa. | 55 |
| 2. Le codificazioni del divieto dell'abuso del diritto negli ordinamenti stranieri..... | 56 |
| 3. I tentativi di inserimento nel codice civile italiano vigente di una norma che disciplini l'abuso del diritto..... | 59 |
| 4. La teoria dell'abuso del diritto nel diritto sostanziale civile. Brevi cenni storici. | 61 |
| 5. Definizione e elementi dell'abuso del diritto. | 65 |
| 1. L'abuso del diritto soggettivo e delle prerogative individuali. | 66 |
| 2. Il presupposto materiale: l'atto di esercizio del diritto | 72 |
| 3. Il criterio di valutazione della condotta abusiva. | 74 |
| 4. Segue. Criterio intenzionali soggettivi..... | 75 |
| 5. Segue. Criteri economici..... | 76 |
| 6. Segue. Criteri morali..... | 77 |
| 7. Segue. Criteri teleologici. | 82 |
| 8. Divieto dell'abuso del diritto come criterio di controllo di meritevolezza..... | 87 |
| 9. Il sistema rimediabile | 94 |
| 10. L'impiego del divieto dell'abuso del diritto nell'ambito europeo. | 101 |
| 11. 16. Riconoscimento del principio del divieto dell'abuso del diritto in ambito tributario. L'art. 10 <i>bis</i> dello Statuto del Contribuente: l'abuso del diritto in funzione elusiva. | 107 |
| 17. Il caso Renault. Il rapporto tra abuso e buona fede oggettiva..... | 113 |
| 12. La superfluità dell'abuso del diritto nel rapporto negoziale. | 117 |
| Capitolo III | 123 |
| La buona fede oggettiva | 123 |
| 1. Premessa. | 123 |
| 2. Sostanziale identità della correttezza e buona fede. Il principio generale espressione della solidarietà sociale. | 123 |
| 3. Buona fede e correttezza <i>in executivis</i> quale criterio tendente a rafforzare il contratto nella sua esigenza attuativa. | 126 |
| 4. La funzione integrativa della buona fede e correttezza. | 128 |

| | |
|--|-----|
| 5. Buona fede tra interpretazione e integrazione: strumento di bilanciamento degli opposti interessi..... | 133 |
| 6. Buona fede e correttezza come strumento di controllo giudiziale..... | 135 |
| 7. La funzione correttiva del contenuto del contratto e i suoi limiti operativi sul contenuto economico..... | 137 |
| 8. Segue. Buona fede come limite «interno» agli atti di autonomia negoziale..... | 139 |
| 9. Osservazioni conclusive | 142 |
| Bibliografia..... | 147 |

CAPITOLO I

LE APPLICAZIONI DELL'ABUSO DEL DIRITTO NEI RAPPORTI TRA SOCI

SOMMARIO: – [1. L'assemblea quale organo di formazione della volontà sociale: le delibere assembleari.](#) – [2. Il metodo collegiale e il principio di maggioranza.](#) – [3. L'esigenza di limitare i poteri attribuiti ai soci](#) – [4. La figura giurisprudenziale dell'abuso della regola di maggioranza a tutela della minoranza. Preliminare distinzione con il conflitto di interesse.](#) – [5. Segue. L'abuso della regola di maggioranza come eccesso di potere quale espressione della concezione istituzionalista.](#) – [6. Eccesso o abuso del diritto nella concezione contrattualista dove l'interesse sociale corrisponde all'interesse comune dei soci.](#) – [7. Uno sguardo alla concezione «neutrale» di interesse sociale e alle sue implicazioni nell'individuazione dell'abuso della regola di maggioranza.](#) – [8. L'applicazione della clausola di correttezza e buona fede oggettiva.](#) – [9. L'attuale impostazione giurisprudenziale italiana. Requisito necessario ai fini del riconoscimento dell'abuso della regola di maggioranza: l'intento fraudolento.](#) – [10. L'abuso di minoranza.](#) – [11. I comportamenti ostruzionistici in occasione della delibera assembleare. La richiesta di convocazione per mero spirito di "chicane" quale comportamento abusivo esterno.](#) – [12. I comportamenti abusivi interni alla delibera assembleare. L'abbandono dell'assemblea in sede deliberante.](#) – [13. Segue. L'abuso del diritto di intervento e l'«eccesso del diritto di discussione».](#) – [14. Segue. L'esercizio abusivo del diritto al rinvio.](#) – [15. Segue. L'abuso del diritto di voto della minoranza di blocco.](#) – [16. Ipotesi residuali di esercizio abusivo: abuso degli strumenti di tutela attribuiti al socio.](#) – [17. Abuso del "blocco di fatto".](#) – [18. Le due figure giurisprudenziali esaminate applicate nei rapporti tra soci non offrono una effettiva tutela del socio.](#)

1. L'assemblea quale organo di formazione della volontà sociale: le delibere assembleari.

Prima di passare all'esame delle fattispecie giuridiche che la giurisprudenza ha elaborato al fine di sindacare e limitare l'esercizio dei diritti del socio, si espone brevemente alcune peculiarità dell'assemblea, unico organo al quale il socio, di regola, ha diritto di partecipare in quanto tale ed esercitare il proprio diritto di voto.

Tuttavia, l'affermazione necessita di alcune precisazioni poiché, mentre nelle società per azioni l'unico organo sociale al quale i soci (gli azionisti con diritto di voto) hanno diritto di partecipare è l'assemblea, nelle società a responsabilità limitata ex art. 2475 cod. civ. uno o più soci possono essere nominati nella gestione dell'amministrazione con decisione dei soci ai sensi dell'art. 2479 cod. civ., ma chiaramente tutti i soci partecipano alle decisioni spettanti all'assemblea. Diversa, invece, è la disciplina delle società di persone la quale prevede che tutti i soci partecipano all'amministrazione della società, in modo disgiunto salvo diversa pattuizione ex art. 2257 cod. civ.

La funzione dell'assemblea è quella di formare la volontà della società. In tale sede, infatti, i soci sono chiamati ad esercitare i loro diritti o meglio ad assumere «decisioni» – più tecnicamente «delibere assembleari» per quanto riguarda le società per azioni – nelle materie loro riservate dalla legge¹. Materie che sicuramente hanno subito un notevole ridimensionamento con la riforma del diritto societario del 2003 per le società di capitali. Da tale momento, infatti, per quanto riguarda le Spa, ai sensi dell'art. 2380*bis* cod. civ., «la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori», senza possibilità per l'assemblea di sostituirsi ad essi e, per le società prive di consiglio di sorveglianza, l'assemblea può deliberare nelle sole materie previste all'art. 2364, 2364*bis* e 2365 cod. civ.².

Ciò comporta che la maggior parte delle decisioni rimane nella discrezionalità (limitata) dell'organo amministrativo quale espressione della maggioranza. Si precisa però che tale questione è in parte superata per quanto riguarda le società di persone quando questa abbia previsto statutariamente l'amministrazione congiunta.

Anche se l'assemblea è stata per così dire spossessata delle competenze gestorie, vi è chi sostiene che questa conservi ancora una duplice funzione: quella di *disclosure* nei confronti dei soci, in quanto momento di pubblica assunzione delle decisioni, e quella di «salvagente» che permette al rito assembleare di ritornare principale foro di confronto di interessi quando vi siano contrasti per cui necessitano di essere affrontati pubblicamente e con il coinvolgimento anche delle minoranze³.

Circa l'efficacia della deliberazione assembleare, va ricordato che, ai sensi del primo comma dell'art. 2377 cod. civ. - regola applicabile anche alle società a responsabilità limitata ex art. 2479 cod. civ.-, questa vincola tutti i soci, ancorché non intervenuti o dissenzienti, laddove sia stata presa in conformità dalla legge e dell'atto costitutivo⁴.

2. Il metodo collegiale e principio di maggioranza.

E' fatto notorio che collegialità e maggioranza si pongono come termini di riferimento che consentono di individuare metodo e regola di organizzazione dell'assemblea imposta per

¹ Le disposizioni più rilevanti e significative che descrivono le materie sottoposte alla decisione assembleare sono i seguenti articoli: artt. 2252, 2257, 2258 cod. civ. per le società di persone; artt. 2364, 2364*bis*, 2365 cod. civ. per le società per azioni; artt. 2479 cod. civ. per le società a responsabilità limitata.

² Circa il depotenziamento delle prerogative assembleari in capo all'assemblea e del rispettivo ampliamento degli dei poteri deliberativi all'organo amministrativo a seguito delle importanti modifiche introdotte con la riforma del diritto societario del 2003, d.lgs. n. 6 del 2003, in applicazione della legge delega n. 366/2001, si veda N. ABRIANI, *L'assemblea.*, in *Le società per azioni*, in G. Cottino (a cura di), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2010, IV, I, p. 434 ss.

³ G.D. MOSCO, *S.P.A: Nuovi modelli di amministrazione e controllo e ruolo dell'assemblea*, in Benazzo-Presti-Patriarca (a cura di), *Nuovo diritto societario fra società aperte e private*, Milano, 2003, p. 121 e seg.

⁴ La disposizione in esame è stata reinserita dall'art. 5 lett. o), del d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37 dopo che era stata inspiegabilmente eliminata con la riforma del 2003.

legge. L'uno, appunto, metodo per determinare le fasi procedurali attraverso le quali i soci in assemblea esprimono le proprie determinazioni in ordine all'oggetto sottoposto ad esame e l'altro momento di autorità in grado di rendere funzionale un contesto ove non può operare il criterio del consenso, grazie al quale, quindi, la volontà della maggioranza si impone alla minoranza.

Per quanto riguarda, pertanto, la *ratio* della collegialità, nel periodo ante riforma, questa andava ricercata sotto un profilo pratico quale quello di consentire ai soci una ponderata assunzione delle decisioni⁵. In altri termini, nelle società per azioni il metodo collegiale era strumentale alla tutela dell'interesse generale alla gestione ponderata dell'impresa sociale, giacché fondata sul principio della responsabilità limitata dei soci, e strumentale alla tutela dell'interesse specifico della minoranza. Ciò giustificava anche la sua inderogabilità⁶. Ad oggi, tuttavia, il carattere dell'inderogabilità sembra esser posto in discussione considerato che le innovazioni normative intervenute con la riforma delle società capitali del 2003 hanno inciso significativamente sul tema della necessitata collegialità delle decisioni delle assemblee sociali⁷.

⁵ P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nelle società per azioni. Profili organizzativi*, Milano, 1975, p. 103. Che l'assemblea non sia sempre un arbitratore in un conflitto di interessi lo si affermava anche in T. ASCARELLI, *Studi in tema di società*, Milano, 1952, p. 109 e segg. Tuttavia, l'A. ritiene fondamentale effettuare una preliminare distinzione: il legislatore, nel prevedere diritti inderogabili, alcuni rinunciabili altri meno, e diritti derogabili in capo al socio, ammette l'annullamento della delibera che viola il diritto inderogabile ex lege. In tali casi, quindi, il legislatore stesso non ha ritenuto che la *maior pars* sia la *melior pars*. Innanzi ad un diritto inderogabile (seppur rinunciabile), come il caso del diritto al dividendo quando non è prevista nello statuto una deroga alla sua distribuzione, la maggioranza deve agire come *arbitrium boni viri*: nell'accertamento degli utili distribuibili e della decisione della modalità con cui procedere al dividendo, in cui sussiste una inevitabile discrezionalità, dovrà necessariamente tener conto del diritto dell'azionista. Quest'ultimo, infatti, potrebbe agire per l'annullamento, ai sensi dell'art. 2377 cod. civ., della delibera per iniquità (ex art. 1349 cod. civ.). Da ciò, osserva l'autorevole dottrina, emerge la disciplina delle relazioni interne delle società per azioni in particolare, riguardo ai limiti entro i quali il diritto extrasociale del socio può essere sacrificato di fronte ad un diritto inderogabile (seppur rinunciabile): l'interesse sociale non può prevaricare il diritto extrasociale (es. diritto di recesso). In tal modo, il principio della sovranità della maggioranza viene meno anche quando la legge ha riconosciuto alla maggioranza un semplice *arbitrium boni viri*.

⁶ Circa l'inderogabilità del metodo collegiale, tra le tante, Cass. 13 dicembre 2002, n. 17848, *Gir. Comm.* 2004, II con nota di Rossi, nonché *Foro it.* 2003, I, p. 2120; Cfr., in sede di merito, App. Brescia 13 gennaio 2000, *Giur. it.* 2000, p. 1878; Trib. Milano 13 gennaio 1988, *Soc.* 1988, p.384; Cass. 14 dicembre 1995, 12820, *Mass. giust. civ.* 1995, p. 12.

⁷ F. TERRUSI, *L'invalidità delle delibere assembleari della Spa, cit.*, p. 26 e seg. nell'indicare gli indici da cui desumere un ripensamento circa l'inderogabilità della collegialità, porta tra i tanti l'osservazione di S. ROSSI, *Diritto di discussione del socio e derogabilità del metodo assembleare*, in *Giur. comm.*, 2004, II, p. 274, il quale trova esemplificativo di tale conclusione la possibilità nelle società a responsabilità limitata di prescindere dalla consultazione assembleare (consenso dato per iscritto o consultazione scritta) almeno per alcune materie – tra cui nomina di amministratori o sindaci – nell'adozione delle decisioni sociali. Possibilità ammessa grazie alle modifiche apportate dalla riforma delle società.

Lasciando sottintendere anche ad oggi l'inderogabilità della collegialità, autorevole dottrina sottolinea che per quanto concerne la collegialità degli azionisti, nonostante la previsione codicistica delle consentite forme di voto «extrassembleare» per cui è possibile non partecipare alla riunione, è comunque indispensabile che una riunione sia comunque prevista e che all'azionista sia comunque riconosciuta la possibilità di parteciparvi, C. ANGELICI, *Principi e problemi*, cit., p. 284.

Passando ora al principio di maggioranza, in forza di tale principio la deliberazione si intende adottata, ed efficace in modo ineliminabile, quando riporta una data maggioranza di voti favorevoli secondo le disposizioni di legge o di statuto. In tal modo, le decisioni o le deliberazioni assembleari si fondano su di un consenso parziale dei soci che vi partecipano.

La regola in esame trova applicazione in tutte le società⁸ eccetto che nelle società organizzate su base personale. Infatti, per esse, il contratto sociale può essere modificato con il consenso di tutti i soci o per le cause ammesse dalla legge, ai sensi dell'art. 2252 cod. civ., salvo che non sia diversamente previsto⁹.

L'unanimità, così, è ammessa esclusivamente nella società a responsabilità limitata e in delimitate ed eccezionali ipotesi. Tra queste, ad esempio, quella prevista all'art. 2468, comma III cod. civ. secondo il quale si richiede il consenso di tutti i soci quando vi è la necessità di attribuire o sopprimere i diritti particolari ovvero nell'ipotesi di limitazione od esclusione del diritto di opzione o sottoscrizione¹⁰.

L'inderogabilità del principio maggioritario è incontrovertita, dottrina e giurisprudenza concordano sul punto. Esempio è la conseguenza fatta discendere dalla sua violazione: elevato a principio di ordine pubblico, sia nel previgente sistema di diritto societario che in quello attuale, la Corte di Cassazione in più occasioni non ha esitato a dichiarare l'invalidità della clausola dello statuto di una società per azione che prevedeva l'unanimità dei consensi dei soci, presenti in assemblea o titolari dell'intero capitale sociale, per ogni mutamento dello statuto stesso¹¹.

Un'opposta scelta legislativa, orientata quindi verso l'unanimità, non solo avrebbe creato una paralisi del funzionamento della società ma sarebbe risultata incoerente con le altre scelte del legislatore stesso: scelte, invero, tendenti a garantire la celerità delle assunzioni delle delibere aventi ad oggetto decisioni finanziarie, industriali ed economiche della società funzionali al buon andamento della società¹².

E' diretta conseguenza, pertanto, che la volontà maggioritaria si imponga sulla minoranza.

⁸ Cfr. artt. 2368, 2369, 2479 *bis* cod. civ.

⁹ C. RUGGIERO, *La tutela delle minoranze nella S.r.l.*, Paolo Cendon (a cura di), in *Il diritto privato oggi*, Milano, 2014, p. 37; G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, C. Angelici – G.B. Ferri (a cura di), Milano, 2015, p. 208.

¹⁰ L'esclusività delle ipotesi richiamate è confermata anche da quanto previsto, ad esempio, dall'art. 2368, primo comma, cod. civ. allorché stabilisce che l'assemblea delibera a maggioranza assoluta, salvo che lo statuto richieda una maggioranza più elevata. E' possibile, perciò, dedurre che nelle società per azioni, l'unanimità è esclusa in quanto inidonea a garantire l'effettivo funzionamento dell'organo assembleare anche quando quest'ultimo è chiamato ad assumere decisioni particolarmente delicate per l'ordinato e corretto svolgimento della vita sociale. Si veda, SERRA, *L'assemblea: procedimento*, in *Trattato delle società per azioni*, G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 1994, III, p. 53 seg.

¹¹ Cass. 15 aprile 1980, n. 2450, in *Foro it.* 1980, I, p. 1914;

¹² C. RUGGIERO, *La tutela delle minoranze nella S.r.l.*, cit., p. 38.

Autorevole dottrina insegna che l'imposizione della volontà maggioritaria su quella della minoranza trova giustificazione nel cd. concetto di rischio. Concetto, questo, riassumibile nella considerazione che la deliberazione, raccogliendo la maggioranza dei voti, raccoglie perciò stesso i voti di quanti, avendo un interesse economico prevalente, corrono un maggior rischio¹³.

Sappiamo, però, che se da una parte la disciplina della regola di maggioranza è uno strumento tecnico che permette di garantire l'efficienza e la speditezza dell'azione sociale, dall'altra comporta che la minoranza rimanga esposta al pericolo di vedere sacrificati i propri diritti per l'esclusivo vantaggio del gruppo di controllo, giacché soggetta a subire l'esercizio abusivo del potere della maggioranza¹⁴.

3. L'esigenza di limitare i poteri attribuiti ai soci.

La ricerca di una tutela effettiva da predisporre a favore della minoranza e il tentativo di delimitare il potere della maggioranza, consistente nell'imporre gli interessi sociali su quelli extrasociali – individuali, è da sempre stato centro di studi e di elaborazioni dottrinali.

Tuttavia, il problema della delimitazione dei poteri non riguarda esclusivamente la tutela della minoranza, anche se dottrina e giurisprudenza si sono dedicate più che altro all'ipotesi appena riferita¹⁵.

La minoranza, infatti, non è l'unica "parte" del contratto sociale che potrebbe subire una lesione. La stessa maggioranza potrebbe ritrovarsi soggetta ad un esercizio abusivo dei poteri della minoranza. Esempio è allora il fenomeno delle cd. abuso delle minoranze di blocco o delle azioni di «*chicane*» con riferimento all'esercizio abusivo degli strumenti procedurali posti a tutela delle minoranze. Altresì, la maggioranza potrebbe vedersi "minoranza" a fronte del diverso fenomeno conosciuto come «*assenteismo*», il quale crea delle situazioni, non così eccezionali, all'interno delle società per azioni quotate nei mercati regolamentati. In tale caso, infatti, il controllo non è generalmente costituito dalla maggioranza della partecipazione azionaria, ma dalla minoranza azionaria a causa delle numerosissime azioni societarie vendute in percentuali inferiori al 50%. Da ciò accade che i possessori di queste azioni, vista la propria percentuale posseduta e considerata di per sé ininfluenza, non partecipano in sede assembleare.

¹³ T. ASCARELLI, *Studi in tema di società*, Milano, 1952, p. 150.

¹⁴ C. PASQUARIELLO, *Il principio di correttezza applicato alle delibere assembleari: l'abuso della regola di maggioranza al vaglio dei giudici*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 131.

¹⁵ P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, p. 20, il quale considera queste le "ipotesi più insidiose di abuso della posizione di controllo nella società per azioni". Analogamente, L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria del conflitto d'interessi nelle deliberazioni di assemblea di una società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, p. 434 e seg., p. 453 e 454. Per uno studio approfondito riferito alla tutela delle minoranze, tra le dottrine già indicate in nota ed elaborate nel periodo ante-riforma, M. CASSOTTANA, *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, Milano, 1991, p. 1 e seg.

In tal modo, entra in gioco l'esigenza di tutelare la maggioranza che, costituita da piccole quote possedute da azionisti del risparmio ovvero meri investitori, i quali hanno come unico interesse il profitto delle proprie azioni, si ritrova tuttavia lesa da quella parte di minoranza azionaria che è l'unica a partecipare attivamente in assemblea¹⁶.

L'attenzione va, pertanto, riposta più genericamente verso la tutela della parte considerata "debole" qualunque essa sia. E in questa direzione sembra, invero, essersi rivolta anche la riforma societaria del 2003 la quale ha mutato l'ambito degli interessi tutelati dal diritto societario che ora non sono più legati alla sola tutela dei diritti dei terzi ma anche degli acquirenti di titoli azionari con finalità di investimento e rendita che possono insieme costituire la maggioranza o la minoranza azionaria¹⁷.

La questione appena delineata investe senza dubbio il problema generale dell'esercizio dei poteri attribuiti dalla legge compiuti attraverso comportamenti formalmente ossequiosi della norma giuridica ma che sono sostanzialmente lesivi degli interessi di coloro che sono fuori dal governo dell'impresa¹⁸.

L'apparente contraddizione dell'esercizio attribuito al soggetto dall'ordinamento e formalmente rispettoso delle norme ma lesivo dei diritti altrui (in tal caso del socio) rievoca la tematica dell'abuso del diritto.

Nell'ordinamento italiano, nonostante l'evoluzione giurisprudenziale della maggior parte delle branche del diritto¹⁹, gli apporti della disciplina comunitaria e, da ultimo, gli sviluppi legislativi in materia fiscale, non è prevista una norma che identifichi espressamente una fattispecie di abuso nelle deliberazioni assembleari, né sotto forma di divieto di abuso da parte dei singoli soci, o dei soci unanimi, né sotto forma di divieto di abuso di maggioranza²⁰.

Da qui, l'esigenza di poter procedere ad un sindacato giudiziale degli abusi posti in essere nell'esecuzione del rapporto sociale²¹ e la seguente apparizione della figura dell'abuso della regola di maggioranza e dell'abuso di minoranza.

¹⁶ T. ASCARELLI, *Studi in tema di società*, cit., p. 139 e 149.

¹⁷ G. MERUZZI, *L'informativa endosocietaria nella società per azioni*, in *Contratto e Impr.*, 2010, III, p. 737. In argomento v. G. ALPA, *La riforma del diritto societario. Percorsi di lettura*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 217 e seg. e p. 226, il quale evidenzia come proprio la circostanza che nella nozione di terzi non possono essere ricompresi gli investitori né attuali né potenziali, i quali assumono il ruolo di soci attuali o futuri della società, è all'origine del mutamento d'obiettivo del legislatore.

¹⁸ V. BUONOCORE, *L'impresa*, in V. Buonocore (diretto da), *Trattato diritto commerciale*, 2002, p. 603

¹⁹ Inserire Giurisprudenza in materia di abuso del diritto nel diritto procedurale civile, nel diritto di famiglia, nel diritto penale, nel diritto fiscale (per cui si rinvia in particolare al prossimo capitolo).

²⁰ D. PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, Milano, 1992, p. 1.

²¹ Tale esigenza compare già dagli anni '20 con F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni delle assemblee anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, p. 176; così come in G. FERRI, *Eccesso di potere e tutela delle minoranze*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, p. 723 nel quale si esprime sin da allora l'esigenza di ricercare una tutela

Va tenuto presente, ad ogni modo, che l'ammissibilità ed il limite operativo del divieto dell'abuso del diritto in materia societaria sono condizionati dalla cd. *business judgement rule*²² quale principio di insindacabilità in sede giudiziale delle scelte gestorie e dalla dialettica tra interesse sociale ed individuale dei soci²³. Come noto, infatti, questo aspetto costituisce la peculiarità della struttura corporativa che caratterizza le società di capitali²⁴.

4. La figura giurisprudenziale dell'abuso della regola di maggioranza a tutela della minoranza. Preliminare distinzione con il conflitto di interesse di cui all'art. 2373 cod. civ.

Prima di approfondire le fasi dello sviluppo del fondamento giuridico su cui poggia la figura giurisprudenziale qui esaminata e avere una prima percezione del suo impiego, si indicano quali sono state le delibere più frequentemente sottoposte al vaglio del giudice affinché ne dichiarasse l'invalidità per abuso della regola di maggioranza²⁵.

della minoranze. Più recentemente esprimeva tale necessità, H. SIMONETTI, *Abuso del diritto di voto e regola di buona fede nelle società nelle società di capitali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 479 e seg.

²² Circa i doveri della corretta gestione e della diligenza richiesta dalla natura dell'incarico, rinvia a C. ANGELICI, *Principi e Problemi*, cit., p. 401 e seg. Nella prospettiva di sindacabilità dell'operato dell'amministrazione nei limiti della verifica della diligenza richiesta solo per quegli obblighi previsti dal codice e nella prospettiva di rigetto di ogni tentativo di addossare responsabilità agli amministratori per incompetenza o scelte gestionali erronee e disastrose non dolose, F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.: a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013,

²³ Tra le più importanti monografie sul punto, si veda T. ASCARELLI, *Studi in tema di società*, cit., p. 147, nel quale viene dedicato un capitolo relativo all'argomento richiamato, intitolato "interesse sociale e interesse comune nel voto"; P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1972; D. PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, cit., p. 30 e seg., *passim*. Importanti riflessioni in materia societaria e, pertanto, anche in punto di interesse, C. ANGELICI, *Principi e problemi*, cit., p. 90 e seg. e, riassuntivamente, ID., *Note minime sull'« interesse sociale »*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, III, 2014, pag. 255 e seg.

²⁴ G. MERUZZI, *L'Exceptio doli, dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, p. 400.

²⁵ Si ritiene opportuno evidenziare che nel presente lavoro si darà per scontato l'esclusione dell'applicabilità del principio di parità di trattamento al fine di dichiarare invalide le delibere assembleari che, con sacrificio o limitazione della posizione giuridica degli azionisti, creino un danno al socio a vantaggio di altri. Si conviene con quell'impostazione secondo cui la norma di cui all'art. 2348 cod. civ. riconosce una uguaglianza di diritti da cui può dedursi un principio di parità di trattamento dei diritti collegabili a ciascuna azione e di eventuali diritti che fossero ricollegabili alle persone dei soci a prescindere dalla loro titolarità. Per diritto alla parità di trattamento si intende: 1) diritto alla proporzionalità nella modifica dei diritti delle azioni di tipo cumulabile (voto, utili, ecc.) onde il diritto a mantenere il medesimo "diritto" rispetto a un numero uguale di azioni; 2) diritto all'impersonalità che la situazione soggettiva sia incorporata all'azione: in altri termini, diritto a che l'azione sia l'unico strumento per attribuire o modificare tali situazioni soggettive predeterminate. E' pacifico che ogni qualvolta la maggioranza vada a ledere tali diritti alla proporzionalità o alla impersonalità trova applicazione l'art. 2348 cod. civ., con la conseguenza della inutilità del ricorso all'abuso della regola di maggioranza. Il principio di parità di trattamento non si adatterebbe invece nel caso in cui vengano lese situazioni soggettive dei soci riconducibili ai loro interessi sociali. L'art. 2348 cod. civ. infatti non sancisce un diritto di parità di trattamento degli interessi dei soci e tale è, ad esempio, l'interesse alla non riduzione del potere di decisione o della quantità assoluta di utili che egli può di fatto ottenere con ciascuna sua azione. Sicché è necessario verificare come e in quali ipotesi è stato impiegato il divieto dell'abuso della regola di maggioranza nei conflitti diversi da quelli che ricadono nell'ambito regolato dal principio di parità di trattamento. In maniera esemplificativa, secondo l'A rientrano in questo ambito, regolato dall'art. 2348 cod. civ., i conflitti derivanti da diritti o adempimenti di obblighi del socio non espressamente regolati dal codice, relativi la richiesta di integrazione dei versamenti dei conferimenti, le modalità di distribuzione

Quanto all'oggetto di tali deliberazioni si identificano, tra quelle relative alle modificazioni dello statuto, l'introduzione o soppressione di limitazione alla circolazione delle azioni²⁶ e modificazioni della clausola relativa al diritto di recesso²⁷. Anche l'approvazione del bilancio, la destinazione degli utili²⁸, la nomina e la determinazione del compenso degli amministratori²⁹, la revoca degli stessi³⁰, l'acquisto delle azioni proprie³¹ e la fusione³² hanno prestato terreno fertile per l'applicazione della figura giurisprudenziale sia innanzi la Corte di legittimità che in sede di merito.

Va riconosciuto come l'aumento del capitale sociale, sia come aumento semplice³³ che nella versione di azzeramento, successiva reintegrazione e aumento³⁴, e lo scioglimento anticipato della società³⁵ sono le fattispecie maggiormente sottoposte al sindacato del giudice per l'esercizio abusivo dei poteri attribuiti alla maggioranza a danno della minoranza.

E' classico prendere ad esempio l'aumento del capitale sociale giacché consente di percepire la peculiarità della fattispecie e una migliore rappresentazione delle differenze con l'ipotesi del conflitto di interessi elaborata dal legislatore.

In primo luogo, si osserva che la peculiarità appena richiamata discende dalla possibilità di deliberare un aumento del capitale al solo fine di rafforzare le posizioni di comando innanzi alla compagine sociale, a prescindere dell'arbitraria esclusione del diritto di opzione. Sarebbero, invero, l'entità, le modalità nonché le circostanze dell'aumento in cui viene attuato ad avere l'effetto pratico di disincentivare od addirittura rendere proibitiva la sottoscrizione dei soci di minoranza³⁶. In secondo luogo, va osservato come l'interesse della maggioranza, in tale

dei dividendi fra azionisti che hanno conferito in tempi diversi, la durata degli interventi in assemblea, il diniego alla circolazione delle azioni. Altresì, il principio di parità di trattamento si applica con riferimento alle delibere di modificazione degli assetti contrattuali, quali di riduzione del capitale mediante restituzione di conferimenti liberazione dell'obbligo di conferire, emissione di azioni di godimento poiché potrebbero intaccare i diritti collegati alle proprie azioni. Per un approfondimento, si rinvia a D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni. Assemblea*, G. E. Colombo e Portale (diretto da), Torino, 1993, II, p. 34 e seg. Cfr. A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni (abuso di potere nel procedimento assembleare)*, Milano, 1987, p. 85 e seg.

²⁶ Trib. Milano 11 gennaio 2002 cit.; Trib. Vicenza 31 ottobre 2005 CIT; App. Napoli 1 giugno 2006, CIT

²⁷ Trib. Torino 26 novembre 2004, cit.

²⁸ Cass. n. 2958 del 1993 cit.; Cass. 29 gennaio 2008, n. 2020, C.A. e T. c. C.C.A.G. Crotti s.r.l., in *Le Società*, 2008, p. 974; Trib. Milano 28 settembre 2006, cit.; Trib. Milano 28 maggio 2008 CIT.; Trib. Milano 15 marzo 2008, Cit.

²⁹ Cass. n. 15942, del 2007, Cit., Cass. 3 dicembre 2008, n. 28748, M. c. M. L.G. Crotti s.r.l. e altri, in *Le società*, 2009, p. 160.

³⁰ Cass. 21 novembre 1998, n. 11801, Bruno Magli s.p.a. e al. c. S. Magli, in *Giur. it.* 1999, p. 562.

³¹ Cass. n. 1361 del 2011, cit.; Trib. Perugia 22 dicembre 2000, cit.

³² Cass. n. 15599 del 2000, cit.; Trib. Milano 13 maggio 1999, cit.

³³ Trib. Milano 14 luglio 2003, cit. e Trib. Bologna 9 luglio 2009, cit.;

³⁴ Cass. n. 2864 del 2008 cit.; Trib. Milano 13 maggio 2011 cit.

³⁵ Cass. 11151 del 1995 cit.; Cass. 27387 del 2005, cit.; App. Napoli 7 giugno 2010, cit.

³⁶ C. PASQUARIELLO, *Il principio di correttezza applicato alle delibere assembleari: l'abuso della regola di maggioranza al vaglio dei giudici*, cit., p. 129 e seg. considera tale ipotesi il cd. «banco di prova» per verificare l'operatività in concreto delle possibili soluzioni dirette a tutelare la minoranza dagli abusi della maggioranza

caso, non si scontra con l'interesse sociale giacché si assisterà, invero, ad un incremento del capitale sociale e non ad un suo decremento, derivando così un vantaggio per la società stessa.

Da questa ultima considerazione è possibile cogliere gli elementi differenziali tra la fattispecie in esame e quella disciplinata all'art. 2373 cod. civ. del conflitto di interessi³⁷.

L'art. 2373, primo comma, cod. civ. dispone che la deliberazione approvata con il voto determinante di coloro che abbiano, per loro conto o per terzi, un interesse in conflitto con quello della società è impugnabile a norma dell'art. 2377 cod. civ. qualora sia suscettibile di cagionare danno alla società medesima.

Prima della riforma della società la disposizione presentava l'inciso, di particolare rilievo, con cui si enunciava il divieto di esercitare il voto per il socio in conflitto di interessi. Con la modifica di riforma, l'enunciazione del divieto di voto viene eliminata³⁸. Non vi è dubbio, pertanto, che il socio in conflitto di interessi è legittimato ad intervenire in sede assembleare e votare senza che ciò incida sulla validità della deliberazione e che il presidente dell'assemblea non ha il potere di escluderlo assumendo un suo difetto di legittimazione. Se ne deduce da ciò l'insussistenza di un obbligo di rivelare la propria condizione agli altri soci o agli amministratori, pur non escludendosi una dichiarazione di astensione da parte del socio stesso.

Di obbligo di astensione dal voto si parla, invece, nelle altre due fattispecie tipizzate nell'art. 2373 cod. civ. Il divieto di voto è infatti previsto sia a carico degli amministratori nelle deliberazioni riguardanti la loro responsabilità (art. 2364, comma primo, n.4, cod. civ.), che ai

assembleare. L'A. riprende le parole di M. R. DE RETIS, *Legittimazione dei soci ex art. 2409 c.c., e squeezouts of the minority*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 260, in nota a Trib. Milano, 9 giugno 1994, Tonani c. Motel Visconteo s.p.a., quando sostiene che tale operazione costituisce la «tecnica più diffusa per eliminare gli effetti di una indesiderata partecipazione dei soci di minoranza impossibilitati a sottoscrivere l'aumento».

Ampia la casistica giurisprudenziale che si è occupata del caso in esame. Tra le tante: Trib. Monza, 20 febbraio 1998, Ilva s.p.a. in liquidazione c. Immobiliare Cascina Rubina s.r.l., in *Società*, 1998, II, p. 1314, con nota di E. GUFFANTI; Trib. Firenze, 23 ottobre 1996, Brogioni c. Sogifin s.r.l., *ivi*, 1997, I, p. 446, con nota di A. LAMORGESE; Trib. Napoli, 24 aprile 1996, Falanga c. Prontostampa s.r.l., *ivi*, 1996, II, p. 1431, con nota di F. ZUCCONI; Trib. Reggio Emilia, 27 aprile 1994

³⁷ È bene mettere in evidenza che tale ipotesi è totalmente differente da altra diversa in cui il voto sia stato espresso da chi non poteva esercitare il relativo diritto. In tale caso, infatti, la deliberazione è invalida quando il voto è stato determinante per la formazione della maggioranza, ai sensi dell'art. 2377, comma quinto, n. 2, cod. civ. Le due discipline si accomunano però nel particolare caso in cui il socio in conflitto di interessi, pur non essendo obbligato, potrebbe decidere di non esercitare il diritto di voto, dichiarando di astenersi. Anche in questa ipotesi, infatti, come per il diverso caso da cui si vuole distinguere, le relative azioni non sono computate per la determinazione del quorum deliberativo (art. 2368, III co, cod. civ.), come sottolineato in G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, C. Angelici e G. Ferri (a cura di), Milano, 2015, p. 303.

³⁸ Come evidenziato nella Relazione allo schema di delega del Governo, con l'abrogazione di tale parte del testo normativo si intendeva "eliminare dubbi e problemi, che possono sorgere in particolare nelle assemblee convocate per le fusioni, dove è frequente che un socio, spesso di maggioranza, possiede partecipazioni in entrambe le società interessate e non sembra ammissibile che in tal ogni decisione sia rimessa alla minoranza". Brano riportato da M.T. CIRENEI, *Conflitti di interessi*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, F. d'Alessandro (diretto da), I, I, Padova, 759, nota 14.

soci componenti del consiglio di gestione i quali non possono votare nelle deliberazioni riguardanti la nomina, la revoca e la responsabilità dei consiglieri di sorveglianza³⁹.

In coerenza con le suesposte previsioni normative, l'art. 2391 cod. civ. sancisce il divieto per gli amministratori di esercitare il proprio voto quando abbia in una determinata operazione della società un interesse per conto proprio o di terzi. Da ciò consegue che è possibile impugnare la delibera del consiglio di amministrazione adottata in violazione della disposizione richiamata al fine di sentir dichiarare l'annullamento della stessa. La *ratio* della presente disposizione risiede nella nota circostanza che l'amministratore, nell'adempiere al suo dovere, gestisce interessi comunque altrui e non potrebbe di certo agire per interessi propri o per conto di terzi.

Concentrando il discorso sulla previsione normativa riguardante il conflitto di interessi previsto di cui all'art. 2373 cod. civ., vanno sottolineate le caratteristiche della fattispecie in esame al fine di poterne descrivere l'ambito applicativo.

Dal punto di vista soggettivo, secondo quanto previsto dalla disposizione indicata, non sembra sia indispensabile che il voto, per esser dichiarato in conflitto di interessi, debba necessariamente essere esercitato dal socio. Grazie all'intervento del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 27, che ha sostituito l'espressione «soci» con quella più generica di «coloro», anche il voto di chi non riveste la qualifica di socio, come nel caso di usufrutto, pegno o sequestro di azioni, può esser dichiarato nullo per conflitto di interessi⁴⁰.

La circostanza che il voto, esercitato da coloro che sono in conflitto di interessi, sia determinante ai fini della deliberazione della delibera costituisce il primo, assieme agli altri, degli elementi oggettivi che danno vita al voto annullabile per conflitto di interessi.

Il voto (o i voti, ammessa anche l'ipotesi di più voti espressi in conflitto di interessi), quindi, deve aver permesso di raggiungere la maggioranza idonea ad approvare la delibera in conflitto di interessi. Sicché, se la delibera fosse stata comunque approvata anche senza di esso, il voto non sarebbe annullabile in quanto non determinante. La verifica di tale accertamento avviene attraverso la c.d. prova di resistenza prevista dall'art. 2377 cod. civ.⁴¹.

³⁹ Divieto, quest'ultimo, aggiunto con l'introduzione del sistema dualistico di amministrazione. La prima disposizione ha origine nel codice di commercio del 1882 e si ispira al principio per cui non si può essere, al medesimo tempo, giudice e parte (*nemo iudex in causa propria*). Focus della seconda disposizione sono essenzialmente le situazioni potenzialmente conflittuali tra organi di gestione e organi di controllo al fine di garantire l'indipendenza e il corretto esercizio dei poteri di sorveglianza nei confronti del consiglio di gestione. In merito si veda, A. GAMBINO, *Nuove prospettive del conflitto di interessi assembleare nella società per azioni*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, p. 337.

⁴⁰ E. CIVERRA, *L'assemblea dei soci nelle società di capitali. Delibere e invalidità*, Milano, 2011, p. 161.

⁴¹ E. CIVERRA, *L'assemblea dei soci nelle società di capitali. Delibere e invalidità*, Milano, 2011, p. 161.

Altra caratteristica della fattispecie in esame è la preesistenza del conflitto di interesse (e non della dannosità) al momento dell'esercizio del voto. Si esclude, difatti, la possibilità di dichiarare annullabile la deliberazione per la sopravvenienza di un conflitto di interessi. A questa caratteristica si aggiunge l'altra relativa alla connotazione dell'interesse particolare in conflitto che può anche non avere carattere patrimoniale e può identificarsi, dal punto di vista soggettivo, anche in un movente psicologico del soggetto ma pur sempre obiettivamente rilevabile per accertare se esso sia idoneo a porsi in conflitto con l'interesse della società⁴².

L'effettività della disciplina del conflitto di interessi trova il suo limite, infine, nella stessa disciplina. La deliberazione, infatti, può essere annullata nel caso in cui il voto del socio in conflitto di interessi sia stato determinante per l'approvazione di una deliberazione «qualora possa recarle danno».

Si parla di dannosità⁴³ “potenziale” della decisione nei confronti della società. La dottrina è divisa sul punto, in particolare, sulla essenzialità o meno della potenzialità. Parte maggioritaria ne sostiene l'essenzialità in virtù della circostanza che la norma sembra subordinare l'annullabilità della deliberazione all'esistenza di tale elemento, ovvero sulla reale attitudine pregiudizievole dell'operazione programmata, divenendo in tal modo preliminare all'accertamento della sussistenza di un interesse extra sociale della maggioranza rispetto allo specifico contenuto della delibera⁴⁴.

Di diverso avviso si presenta la dottrina minoritaria. Essa, infatti, oltre ad evidenziare il senso negativo in cui andrebbe considerato l'interesse sociale nella fattispecie in esame (ovvero, se la deliberazione è potenzialmente dannosa non può essere realizzato in esecuzione di un interesse sociale), sostiene che la norma vada sottoposta ad una differente lettura. Il fatto che la norma non parli di effettività del pregiudizio, ciò non vuol dire che il danno debba essere accertato come potenziale. È il ruolo della norma che andrebbe anch'esso individuato in termini negativi. Si considera non necessario l'accertamento di un danno della società. Secondo tale dottrina, è la corrispondenza della deliberazione all'interesse in conflitto dell'azionista ad assumere carattere decisivo e non di per sé la sua contrarietà ad un interesse sociale o la sua

⁴² D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni. Assemblea*, cit., p. 138 -141.

⁴³ Interessante è l'osservazione di un'attenta dottrina la quale afferma che l'accento riposta sulla dannosità dalla norma stessa vada, invero, interpretata quale elemento centrale per dichiarare annullabile ogni tipologia di delibera dannosa (illecita, quindi) per la società, che sia in conflitto di interessi o meno, F. DENOZZA, *L'interesse sociale tra "coordinamento" e "cooperazione"*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2010, ora anche in <http://www.econometrica.it/events/2010/Denozza-%20Interesse%20sociale.pdf>.

⁴⁴ In tal senso, senza pretesa di completezza, F. GUERRERA, *La responsabilità deliberativa nelle società di capitali*, Torino, 2004, p. 180; C. PASQUARIELLO, *Il nuovo diritto delle società*, A. Maffei Alberti, I, (a cura di) Padova, 2005, p. 498; e C. MONTAGNANI, *Società di capitali, Commentario*, G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres (a cura di), Napoli, 2004, p. 513.

idoneità a tal fine⁴⁵. Si eviterebbe, così, di assegnare al giudice il compito di effettuare una «prognosi circa la probabilità di evenienze future» o di un pregiudizio patrimoniale, attuale o potenziale; accertamento questo riservato esclusivamente all'assemblea⁴⁶.

Circa l'effettiva rilevanza attribuita dal legislatore al conflitto di interessi, la disciplina dell'impugnazione ex art. 2377 cod. civ. offre un'osservazione in merito. È significativo, infatti, che il meccanismo di impugnazione della delibera viziata da conflitto di interessi, al pari di tutte le altre, stabilisce che la legittimazione spetta solo a chi detenga una percentuale minima di azioni che sia pari al 5% del capitale sociale per le società che non fanno ricorso al mercato regolamentato e all'1% per le società che ne fanno ricorso. Da ciò ne consegue che il socio di minoranza, il quale supponga il concretizzarsi della fattispecie di cui all'art. 2373 cod. civ., si troverà privo di tutela per l'impossibilità di impugnare una deliberazione - che rimarrà pienamente valida ed efficace - per mancato raggiungimento della soglia o per mancata prova dell'esistenza del danno potenziale che potrebbe subire la società, considerata la difficoltà della dimostrazione anche in ragione del ristretto termine previsto per l'impugnazione stessa.

La disciplina di cui all'art. 2373 cod. civ., quindi, regola il conflitto tra un interesse extrasociale e quello sociale, nell'esclusiva ipotesi in cui il voto, con il quale si è cercato di realizzare un vantaggio personale diverso e contrario da quello della società, sia risultato determinante e, secondo alcuni, sia *idoneo* ad arrecare un danno alla società⁴⁷.

Due sono le considerazioni necessarie ai fini che qui interessano. La prima, è che la fattispecie in esame non regola quindi l'ipotesi di un esercizio abusivo della maggioranza che leda i diritti della minoranza, come da esempi proposti ad inizio paragrafo in cui si ipotizzano conflitti tra interessi "interni" ovvero endosocietari. Sussiste conflitto di interessi, quindi, solo nell'ipotesi in cui si voglia realizzare un interesse del socio, il cui voto determini la maggioranza, diverso e in conflitto con quello della società con possibile danno a quest'ultima ancorché non ancora realizzato.

Con ciò non si vuol intendere che la norma non possa avere una qualche funzione di riferimento per le ipotesi non espressamente disciplinate⁴⁸. E' stato infatti fatto osservare che la

⁴⁵ In tal senso, ci si riferisce alla disciplina definita come *Sondervorteile*, fondato all'§ 243, Abs, dell'*Aktiengesetz* tedesco, secondo la quale il perseguimento con il voto assembleare di *Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft* e che richiede per la proposizione dell'impugnativa che *der Beschluß geeignet ist, diesem Zweck zu dienen*; cfr., in una linea interpretativa non diversa da questa proposta, M. CASSOTTANA, *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, cit., p. 87 e seg.

⁴⁶ C. ANGELICI, *Principi e problemi*, cit. p. 109 e 110.

⁴⁷ Ci si riferisce a quanto già indicato in nota n. 43.

⁴⁸ A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni (abuso di potere nel procedimento assembleare)*, Milano, 1987, p. 177. Secondo l'A., «l'individuazione di un limite all'attività dei soci dipende quindi dalla legge dell'ordinamento particolare, in relazione alle specifiche caratteristiche del tipo di organizzazione societaria. Appare chiaro che la norma su cui l'indagine deve proseguire, è la disposizione legislativa sul conflitto del socio. Essa rappresenta infatti l'unica disposizione, nel quale, con specifico riferimento

norma indicata non ha una portata eccezionale⁴⁹ ma sia espressione di un principio generale per cui il diritto di voto non può essere validamente esercitato dal socio per realizzare interessi particolari⁵⁰. Si precisa però che diverse sono le conseguenze dedotte da tale affermazione. Secondo una prima impostazione, il voto è attribuito con lo scopo di tutelare dell'interesse sociale e secondo altra è proprio nell'interesse sociale che si identifica il limite giuridico dell'esercizio del voto⁵¹. Ad ogni modo, si deve convenire con quanto sottolineato da autorevole dottrina la quale rileva che è discutibile trarre l'esistenza di un principio generale da una sola disposizione e che, comunque, non ne sia ammissibile un'applicazione analogica ai casi privi di una tutela specifica a fronte del diverso carattere del conflitto con l'interesse sociale e della diversità di *ratio*⁵². Pertanto, nelle ipotesi di una lesione dei diritti della minoranza e dei soci in generale per esercizio abusivo dei poteri della maggioranza o dei soci stessi, la tutela di queste va ricercata mediante altri strumenti giuridici e a tal fine si vedrà quali

alle società per azioni e ponendo a raffronto gli interessi del socio e del gruppo, si prevede un preciso e generale limite all'agire dei soci nel procedimento di formazione delle deliberazioni assembleari». E' interessante un orientamento dottrinale secondo il quale l'art. 2373 cod. civ. troverebbe applicazione, in via analogica, anche nell'ipotesi di aumento di capitale deliberato in misura manifestamente esorbitante al fine di mortificare la minoranza. Tale asserzione si fonderebbe sulla considerazione che, anche in tale ipotesi, al quale non è possibile applicare direttamente l'art. 2373 cod. civ., si è in presenza di un perseguimento di un interesse particolare incompatibile con l'interesse sociale quale interesse comune. Secondo tale dottrina, tutte le volte in cui il vantaggio particolare sia costituito da un vantaggio speciale destinato a realizzarsi a danno della minoranza, la maggioranza pur subendo anch'essa il danno, lo neutralizza con il vantaggio extrasociale. In tal senso, L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, p. 455 e seg.

⁴⁹ Per l'eccezionalità della norma, F. MESSINEO, *Impugnativa di delibera di fusione e interesse dei singoli soci*, in *Riv. soc.*, 1957, p. 244, il quale fonda l'eccezionalità della norma sul rilievo che la stessa pone un limite al diritto soggettivo; G. MINERVINI, *Sulla tutela dell'«interesse sociale»*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, p. 330.

⁵⁰ F. GALGANO, *Le società per azioni. Principi generali*, sub art. 2325, in Commentario Schlesinger (diretto da), 1996 p. 106.

⁵¹ Aderiscono alla prima impostazione, T. ASCARELLI, *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 189 e 190; ID., *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1951, p. 1160 e seg.; P. GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano: lineamenti generali*, Torino, 1959, p. 242 e 244. In una prospettiva istituzionalistica, A. CANDIAN, *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea delle società per azioni*, Milano, 1961, pag. 114 e seg. Per approfondimenti, si rinvia a A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni (abuso di potere nel procedimento assembleare)*, cit., p. 92 e seg. e p. 269 e seg. Per la diversa impostazione, secondo la quale il voto trova nell'interesse sociale il suo stesso limite, L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, p. 460 e seg.

⁵² A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, cit., p. 92 e seg. L'A., considerato che non è possibile trarre l'esistenza di un principio generale da una sola disposizione, non ritiene possibile parlare di *analogia iuris*. A tale risultato si giungerebbe solo se si dimostrasse l'esistenza di un orientamento generale del sistema giuridico, emergente da varie norme, tutte riferibili a quel principio. Laddove, si voglia procedere mediante lo strumento dell'*analogia legis* al caso non regolato deve dimostrarsi l'identità di *ratio*. Identità, appunto, che l'autore smentisce. Infatti, mentre l'art. 2373 cod. civ. ha quale finalità primaria la tutela del gruppo sociale e presenta un elemento oggettivo quale elemento essenziale (situazione obiettiva di conflitto dell'interesse di un socio con quello della società), il caso di abuso della regola di maggioranza richiede una tutela specifica per la minoranza e presenta un elemento subjetivo, ovvero fondato sui motivi, quale elemento essenziale (il fine perseguito del vantaggio particolare a danno degli altri soci).

sono le soluzioni giuridiche adottate da dottrina e giurisprudenza interna e degli ordinamenti più rilevanti.

La seconda considerazione, è che assume carattere centrale l'identificazione della nozione di interesse sociale. Questione, questa, da sempre dibattuta in dottrina e in giurisprudenza e affrontata, con la nota contrapposizione tra concezione istituzionalista e contrattualista prima e, nella neutralità della nozione di interesse poi, anche per le ipotesi prive di tutela sopra richiamate. Argomenti che, inevitabilmente verranno analizzate nei prossimi paragrafi.

Ciò nonostante, circa la nozione di interesse sociale con particolare riferimento alla disciplina del conflitto di interessi si ritiene di poter accogliere quanto sostenuto da quell'orientamento dottrinale che ravvisa tale interesse sociale⁵³ quale interesse generale e astratto giacché non si riferisce all'interesse del gruppo alla singola operazione⁵⁴. La valutazione concreta dell'interesse sociale rimane nell'esclusiva competenza dell'assemblea che attraverso lo strumento della deliberazione ne delinea il contenuto⁵⁵.

Diversamente, con riferimento all'interesse del socio in conflitto di interessi questo non va individuato nel suo carattere generale e astratto, ma nella sua accezione concreta quale vantaggio particolare avente come termine di relazione con il soggetto un vero e proprio oggetto futuro da realizzarsi attraverso la deliberazione. Da qui il carattere «obiettivo»⁵⁶ dell'interesse personale.

⁵³ Tale dottrina precisa, inoltre, che l'irrelevanza dell'identificazione di un interesse concreto dell'interesse sociale nell'art. 2373 cod. civ. non esclude un controllo di merito rinvenibile in altre disposizioni legislative. Tipico infatti è il caso previsto dall'art. 2441, comma V, cod. civ. Tuttavia, sottolinea la dottrina fin qui richiamata, che in tali diverse disposizioni legislative l'interesse sociale assume un significato diverso da quello adottato nell'articolo 2373 cod. civ., e non potrà non affermarsi che l'interesse si risolve nell'interesse della maggioranza. Si veda in merito, A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni (abuso di potere nel procedimento assembleare)*, cit.

⁵⁴ «Il dato testuale fornisce una prima indicazione: non vi è in esso alcun collegamento fra interesse della società e concreta operazione economica, in funzione della quale dell'interesse vada individuato. Lo stesso riferimento alla deliberazione – anzi ad una pluralità di deliberazioni, essendo questo usato al plurale – è posto piuttosto per l'interesse personale che per l'interesse della società. Quest'ultimo ha un'autonoma posizione, indipendente dai punti di riferimento interni alla norma e, in particolare, da elementi testuali, dai quali possa desumersi che il termine è stato assunto in un significato concreto, riferito ad una singola operazione», sottolinea A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni (abuso di potere nel procedimento assembleare)*, cit., p. 215-216.

⁵⁵ Già negli anni precedenti la nuova codificazione in merito agli strumenti giuridici da adottare per la riflessione degli abusi assembleari, autorevole giurista italiano faceva notare che se si fosse consentita un'indagine sull'opportunità di un atto di gestione sociale si sarebbe disconosciuto il compito della maggioranza di stabilire quale fosse l'interesse sociale. L'impugnazione della deliberazione avrebbe però dovuto ammettersi laddove quell'indagine non fosse stata necessaria e fosse risultata invece un'opposizione di interessi, in relazione allo «scopo fondamentale per il quale la società è stata costituita e vive» insieme a un prevedibile effetto dannoso della deliberazione, in A. DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali (art. 76 a 250 cod. comm.)*, Torino, 1938, pp. 394-396, così ricordato, in A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni (abuso di potere nel procedimento assembleare)*, cit., p. 220.

⁵⁶ Circa il carattere obiettivo, secondo un noto orientamento ogni interesse possiede una connotazione obiettiva, si veda P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, 1964, p. 3-5 per il quale l'interesse ha sempre un significato obiettivo, lo scopo denota la soddisfazione del bisogno che il bene è idoneo a realizzare e il motivo indica la

5. Segue. L'abuso della regola di maggioranza come eccesso di potere quale espressione della concezione istituzionalista.

Fino agli anni'90 la giurisprudenza è pressoché unanime nel far uso del riferimento all'eccesso quale giustificazione sistematica per la repressione degli abusi delle maggioranze sociali⁵⁷.

Più in particolare, in un primo momento, l'“eccesso di potere”, quale nota figura giurisprudenziale di origine amministrativa⁵⁸ ha trovato applicazione nella medesima concezione (sviamento dell'esercizio del potere fuori dello scopo per cui era stato attribuito) anche nel diritto societario compatibilmente con le caratteristiche di quest'ultimo⁵⁹.

valutazione subiettiva dell'interesse. Tuttavia, secondo altra dottrina qui accolta, il carattere obiettivo viene individuato solo nel momento in cui si giunge al risultato di un procedimento di astrazione di elementi tipici rilevanti sul piano della valutazione sociale. In tal modo, il termine di interesse assume il significato di relazione socialmente rilevante tra un soggetto e un'entità idonea a soddisfare un bisogno. Così anche sul piano della valutazione economica, l'interesse acquista una specifica connotazione di ordine economico-patrimoniale talora rilevante anche per l'ordinamento giuridico, in A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni (abuso di potere nel procedimento assembleare)*, cit., p. 205 e 2015, in particolare si veda la nota 67 p. 204. In sintesi è possibile sostenere che l'interesse personale, nella sua valutazione socio-economica assunta anche sul piano giuridico, finisce per coincidere con una relazione attuale del soggetto con un bene futuro, nella previsione, ragionevolmente fondata, del suo entrare nella disponibilità del soggetto stesso.

⁵⁷ L'orientamento veniva, tuttavia, seguito anche negli anni immediatamente a seguire dalla giurisprudenza di merito: senza pretesa di completezza, v. Cass., 7 marzo 1992, n. 2764, in *Giur. comm.*, 1994, II, p. 588, con nota C. GANDINI, *Assemblea di prima convocazione andata deserta e redazione del verbale*; Cass. 11 marzo 1993, n. 2958, in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, p. 311 e seg.; Trib. Bologna, 20 dicembre 1993, in *Giur. merito*, 1995, p. 260; Cass. 4 maggio 1994, n. 4323, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2219 e seg.; Trib. Milano, 9 giugno 1994, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 273 e seg., con nota M. RUBINO DE RITIS, *Legittimazione dei soci ex art. 2409 c.c. e squeezeouts of minority*; Cass. 5 maggio 1995, n. 4923, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 329 e seg., con nota di R. PAPETTI, *Alcuni rilievi in termini di perdita del capitale sociale, obblighi informativi degli amministratori ed annullabilità della delibera assembleare di scioglimento e messa in liquidazione*; Trib. Milano, 11 gennaio 2002 (ord.), in *Giur. it.*, 2002, p. 1897 e seg., con nota di A. DENTAMARO, *Clausole di prelazione tra interesse della società e diritti individuali dei soci*; Cass. sez. lav., 19 aprile 2003, n. 6361, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1219 e seg.

⁵⁸ Il parallelismo con il diritto amministrativo è stato più volte esplicitamente sottolineato dalla giurisprudenza. A. STABILINI, *L'abuso della regola di maggioranza nelle società di capitali*, in *Le società*, 2011, VII, p. 842, ricorda tra le tante, Cass. 29 maggio 1986, n. 3628, *Fanatauzzo c. Coop. Edil. a.r.l. Acli Comunali30*, in *Le società*, 1986, p. 1087, la quale nel giudicare sulla legittimità di una deliberazione di scioglimento anticipato di una società comparativa, stabilì che «sono configurabili e (deducibili davanti al giudice) deviazioni dalla causa del contratto sociale ed in particolare eccessi ed abusi di potere da parte della maggioranza mediante arbitraria e fraudolenta attuazione del potere della maggioranza dei soci; situazione questa che (con un evidente parallelismo con il diritto amministrativo) deve essere considerata in rapporto con la legittimità delle relative deliberazioni e non con il merito delle medesime». La sentenza venne richiamata anche dalle pronunce successive, ad esempio, in Cass. 5 maggio 1995, n. 4923, *E. Nardello e al c. Industrie Tessili San Marco s.p.a.*, in *Le società*, 1995, p. 1548; e in Cass. 4 maggio 1994, n. 432, *Cinecorallo c. Melis*, in *Foro it.*, 1995, I, p. 2119.

⁵⁹ Come sottolineato da una dottrina già precedentemente richiamata, C. PASQUARIELLO, *Il principio di correttezza applicato alle delibere assembleari: l'abuso della regola di maggioranza al vaglio dei giudici*, cit., p. 12 «l'origine della figura dello sviamento di potere è ambigua e polivalente: la fattispecie è tipica del diritto pubblico e da questo è stata estrapolata per essere, poi, trasposta e radicata nell'ambito privatistico. Così è annullabile tanto l'atto amministrativo che non risulti finalizzato agli scopi per i quali il potere discrezionale, di cui è espressione, è stato conferito, quanto la delibera assembleare che miri a realizzare interessi diversi da quelli per cui il diritto di voto è stato riconosciuto dall'ordinamento». Ampia dottrina del secondo dopo guerra era favorevole all'ammissibilità della figura pubblicistica dell'«eccesso di potere». Tra questi si ricordano: F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni delle assemblee anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, p. 176; G. FERRI,

Più in generale, in applicazione della figura dell'eccesso di potere, il limite alla discrezionalità al potere assembleare veniva segnato dalla tutela dell'interesse per cui il potere stesso è attribuito, nonché dell'interesse sociale.⁶⁰ L'accoglimento dell'invalidità di una delibera assembleare dipendeva, quindi, dalla dimostrazione che la maggioranza avesse violato l'interesse sociale stesso⁶¹.

Soffermarsi sul dibattuto concetto di interesse sociale⁶² diviene, pertanto, preliminare ed inevitabile nella ricostruzione storica e applicativa dell'impiego della teoria dell'eccesso di potere in ambito societario.

Originariamente, la teoria dell'eccesso di potere trova spazio nel diritto societario già sotto l'impero del codice di commercio (art. 163 cod. com.), momento in cui inizia a prevalere, in dottrina e giurisprudenza, la concezione istituzionalista dell'interesse sociale⁶³.

La concezione istituzionalista⁶⁴ – che, come si vedrà, si contrappone alla concezione contrattualista di origine liberale – è nota per attribuire alla società un interesse proprio, autonomo e diverso da quelli dei soci.

Si parla, invero, di interesse superiore rispetto agli interessi dei soci stessi e come tale a loro indisponibile. L'ordinamento, in tal modo, prende in considerazione l'esigenza di tutelare una molteplicità di soggetti: partendo dalla società stessa, quale appunto entità distinta ed autonoma

Eccesso di potere e tutela delle minoranze, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, p. 723; ID., *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, F. Vassalli (fondato da), Torino, 1985, p. 591; A. MAISANO, *L'eccesso di potere nelle deliberazioni di società per azioni*, Milano, 1968. ; R. TETI, *L'eccesso di potere quale causa di invalidità delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Riv. not.*, 1972, p. 270 e seg.; M. VASELLI, *Deliberazioni nulle ed annullabili delle s.p.a.*, Padova, 1948., Nello stesso senso, ma che rileva la differenza dell'applicabilità della figura pubblicistica anche alle società commerciali, A. CANDIAN, *Nullità ed annullabilità di delibere di assemblea delle società per azioni*, cit., p. 113. Secondo tale dottrina però una differenza potrebbe essere ravvisata nella circostanza che il tema dell'eccesso di potere si pone con un oggetto più limitato rispetto all'applicazione agli atti discrezionali dell'ente pubblico. L'oggetto, infatti, concerne solo il profilo del contrasto dell'ente-società e non già anche quello del contrasto o della divergenza tra lo scopo dell'atto e uno scopo ad esso preordinato dall'ordinamento.

⁶⁰ A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni (abuso di potere nel procedimento assembleare)*, cit, p. 17.

⁶¹ Trib. Termini Imerese, 17 marzo 1961, *Russo c. Soc. Russo*, in *Giur. sic.*, 1962, p. 75, con nota di PIAZZA.

⁶² G. MERUZZI, *L'Exceptio doli, dal diritto civile al diritto commerciale*, cit., p. 405 il quale evidenzia che il concetto di «interesse sociale» è stato il punto cruciale sul quale ruotava la stessa disciplina del diritto societario e sul quale si è dibattuta inevitabilmente la più attenta dottrina del secondo dopo guerra.

⁶³ E' interessante notare che, prima del ripensamento (si veda T. ASCARELLI, *Studi in tema di società*, cit., p. 162 e già allora in ID., *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1951, p. 1145 a commento della sentenza Cass. 12 marzo 1951) tra i fautori dell'eccesso di potere e sostenitore della teoria istituzionalista nel periodo antecedente alla seconda guerra mondiale vi era T. ASCARELLI, *Sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, p. 737; ARCANGELI – ASCARELLI, *Il regime delle società per azioni con particolare riguardo al voto plurimo e alla protezione delle minoranze*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, p. 166, assieme tra ad altra dottrina di particolare autorevolezza, F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni delle assemblee anonime*, cit., p. 176; e G. FERRI, *Eccesso di potere e tutela delle minoranze*, in *Riv. dir. comm.*, cit., p. 723.

⁶⁴ D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, cit., p.8 e seg., al quale si rinvia per una ricostruzione sistematica delle teorie istituzionaliste.

dai soci che la compongono⁶⁵, passando alla tutela dei terzi creditori e i c.d. *stakeholder* (portatori di interessi), compresi i risparmiatori, dipendenti dell'impresa nonché i soci futuri⁶⁶, fino ad arrivare alla collettività nazionale, anch'essa interessata, soprattutto nell'epoca del corporativismo.

La ragione giustificatrice va ravvisata nella circostanza per cui la società (di capitali) in virtù della attribuita personalità giuridica, o meglio della limitata responsabilità, ha un proprio interesse a contenuto patrimoniale e precisamente l'interesse a che il suo patrimonio non venga danneggiato dalla deliberazione⁶⁷.

L'accertamento dell'eccesso di potere, ovvero lo sviamento del potere precostituito nell'interesse sociale ed esercitato al fine di perseguirne uno extrasociale, autorizzava l'autorità giudiziaria ad entrare nel merito delle scelte discrezionali dell'assemblea fino a sindacare autonomamente se la deliberazione assunta avesse o meno risposto di fatto all'interesse della società⁶⁸. Tuttavia, la sindacabilità del merito non poteva scendere fino a valutare le scelte del che cosa produrre, del quanto, del come e del dove produrre.

Tali scelte, come sottolinea parte della dottrina, sono rimesse al libero gioco dell'iniziativa privata e il controllo delle stesse mira a garantire il rispetto delle regole di funzionamento del sistema produttivo⁶⁹.

Come meglio precisato da altra autorevole dottrina, però, più che sul concetto di personalità giuridica, l'orientamento si fondava sulla previsione normativa dedicata all'annullamento della delibera assembleare del codice di commercio: questa, infatti, ammetteva la legittimazione a

⁶⁵ «L'ente societario si pone non come centro esponenziale di una comunità di interessi di cui sono soggetti i soci e soltanto i soci, sebbene come la personificazione di un interesse superiore distinto da quello dei singoli, come tale oggetto di un'autonoma tutela giuridica» in Cass. 20 maggio 1958, n. 2148, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, p. 204.

⁶⁶ Come evidenziato da autorevole dottrina, detto indirizzo, da un lato, è favorevole alla predeterminazione legale dell'uso della società per azioni in relazione all'oggetto e alle dimensioni dell'impresa, dall'altro presta il fianco ad una moltiplicazione di norme inderogabili, dando così alla società una struttura più rigida, volta non solo alla tutela dei terzi o ad evitare danni a futuri azionisti ma alla tutela di un interesse superiore. Di tale indirizzo T. ASCARELLI, *Studi in tema di società*, cit., p. 152 individua alcune peculiarità. Tuttavia, si anticipa che la dottrina appena richiamata non sostiene una tale concezione che anzi ritiene né esatta né opportuna e che può rispondere a verità solo per le società per azioni di stato.

⁶⁷ G. FERRI, *Le società*, cit., p. 591 che individua, appunto, l'interesse sociale nell'interesse patrimoniale. Una dottrina del secondo dopo guerra, evidenzia come questa tendenza «concepisce la responsabilità limitata (delle società per azioni) come un privilegio giustificato, economicamente, dall'adempimento di una specifica funzione della società e, dogmaticamente, dal minor potere dell'azionista», in T. ASCARELLI, *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, cit., p. 1154. Altresì, H. SIMONETTI, *Abuso del diritto di voto e regola di buona fede nelle società di capitali*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2000, 4, p. 20479 e seg., ricorda che, ancora sino al secondo millennio, le ragioni della fortuna di questo indirizzo erano a quel tempo attuali e andavano ricercate nelle reazioni culturali innestate dalla preoccupazione del pericolo delle «scalate», diffusa in tutta l'Europa continentale dopo la grande guerra e legata a timori e tendenze nazionalistiche. Tuttavia, l'A. evidenzia che tali preoccupazioni non sembravano scomparse nemmeno dopo l'unificazione europea dei decenni successivi.

⁶⁸ M. CASSOTTANA, *L'abuso di potere della maggioranza a danno della minoranza assembleare*, cit., p. 37.

⁶⁹ Cfr. F. GALGANO, *Le società per azioni, Principi generali*, in Comm. Schlesinger, Milano, 1996, sub art. 2325, p. 94.

proporre l'annullamento anche dell'azionista assenziente, lasciava intendere che il voto espresso avesse una propria funzione, separata e differente dalla volontà individuale-personale del singolo socio⁷⁰.

Le premesse sopra descritte vanno direttamente ed inevitabilmente ad incidere sull'esercizio del diritto di voto. In questo senso, l'impostazione istituzionalista impone rigidamente un vincolo sul voto come «potestà discrezionale»⁷¹. Il socio, nella qualità di rappresentante dell'assemblea quale *organo*⁷² della società, deve necessariamente esercitare il proprio diritto in modo funzionale alla realizzazione dell'interesse sociale quale interesse superiore ed autonomo rispetto a quello dello stesso socio⁷³.

La vincolatività del diritto di voto anche del socio assenziente, l'indisponibilità dell'interesse sociale, neppure all'unanimità, e l'invalidità della delibera per eccesso di potere sono, dunque, le principali connotazioni della concezione istituzionalista⁷⁴.

L'eccesso di potere, quale espressione della originaria concezione istituzionale, non rimase per lungo tempo incontaminata e l'abbandono della concezione dell'interesse sociale quale interesse *superiore* si presentava inevitabile per diverse ragioni. L'una, di tipo empirico, legata allo sviluppo della struttura economica. Va notato, infatti, che la concezione istituzionale, anche se si adattava ad un'idea di società per azioni di stampo corporativistico (o, anche detto, statalistico) che acconsentiva fenomeni di interventismo, non trovava però già giustificazione nelle società di piccole e medie imprese le cui dimensioni impedivano di qualificare il loro interesse come un interesse pubblico. L'inadeguatezza si accentua così dal mutamento della struttura economica per opera della nuova impostazione liberale del secondo dopo guerra. L'introduzione delle società per azioni nei mercati regolamentati ha inevitabilmente implicato la concentrazione del potere di controllo in gruppi minoritari. La perdita della connessione rischio e potere, connessione che si caratterizza per l'attitudine di effettuare esso stesso un'operazione di selezione dei criteri degli interessi sociali, e la conseguente esigenza di tutela del risparmio diventano i due corollari del mutamento dello sviluppo della struttura economica.

L'altra di ordine logico-sistematico. L'impossibilità per il consenziente di impugnare la delibera assembleare ai sensi del secondo comma dell'articolo 2377 cod. civ., la non

⁷⁰ T. ASCARELLI, *Studi in tema di società*, cit., p. 162 e passim.

⁷¹ C. PASQUARELLO, *Il principio di correttezza applicato alle delibere assembleari: l'abuso della regola di maggioranza al vaglio dei giudici*, cit., p. 141.

⁷² F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni delle assemblee anonime*, cit., p. 176, sostenitore della teoria c.d. organica, il quale a considerare un vero e proprio organo della società che agisce amministrando un patrimonio altrui nell'interesse altrui. La teoria organica è sostenuta anche da B. SCORZA, *L'eccesso di potere come causa di invalidità delle deliberazioni d'assemblea delle anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I., p. 145

⁷³ F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni dell'assemblea delle anonime*, cit., p. 180;

⁷⁴ H. SIMONETTI, *Abuso del diritto di voto e regola di buona fede nelle società di capitali*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2000, 4, p. 20479.

obbligatorietà dell'esercizio del voto e l'insindacabilità di una deliberazione unanime esclude che il voto sia concesso per un interesse superiore sociale⁷⁵.

Per ultima, ma per questo non meno rilevante, la discussa sindacabilità nel merito del giudice. In tal modo, la visione istituzionalista attribuiva al giudice il compito di determinare esso stesso in concreto l'interesse sociale con la inevitabile espropriazione della competenza alla maggioranza. Questa ragione ha suscitato la reazione della dottrina e giurisprudenza italiana d'anteguerra le quali sono state indotte a cercare una diversa soluzione e una nuova concezione di interesse sociale.

6. Eccesso o abuso del diritto nella concezione contrattualista dove l'interesse sociale corrisponde all'interesse comune dei soci.

Con il mutamento politico-economico, l'interesse sociale viene ad essere identificato nell'interesse *comune* dei soci. Come è stato osservato da autorevole dottrina, «la stessa formula dell'interesse comune ai soci è alquanto equivoca: essa postula l'esistenza nella società per azioni di un interesse definibile come comune a tutti i soci, mentre alla società per azioni è per contro connaturata l'interna contrapposizione tra opposte serie di interessi, delle quali sono rispettivi portatori i soci di maggioranza e quelli di minoranza»⁷⁶. Ciò rende l'idea circa la difficoltà di poter definire in senso unitario l'interesse come comune anche nelle sole società per azioni.

Numerose sono le teorie sviluppate sulla concezione della comunione di interessi e diverse, se non antitetiche, sono le argomentazioni addotte⁷⁷.

Tra queste, infatti, particolare interesse ha suscitato l'argomentazione di un'autorevole dottrina, dapprima sostenitrice della concezione istituzionale poi ravvedutasi sul punto. Si sostiene che «il voto viene concesso al socio nel suo interesse individuale (e non per un superiore interesse sociale) ma *in quanto socio* e cioè per la tutela di quel suo interesse che è tuttavia comune agli altri nonché come strumento nel funzionamento della società⁷⁸». Trova, così, al contempo nella comunione di interessi il suo limite e la sua giustificazione, escludendo anche la rilevanza di un interesse del gruppo distinto da quello individuale⁷⁹. In tal modo, se ne

⁷⁵ Per un approfondimento delle tendenze sviluppate a cavallo del mutamento della struttura economica e le considerazioni qui accolte vengono riprese da T. ASCARELLI, *Studi in tema di società*, cit., p. 163.

⁷⁶ F. GALGANO, *Le società per azioni, Principi generali*, cit., p. 64.

⁷⁷ F. GALGANO, *Le società per azioni, Principi generali*, cit., p. 94.

⁷⁸ T. ASCARELLI, *Studi in tema di società*, cit., p. 163.

⁷⁹ Vanno, in tal modo, tutelati gli interessi degli azionisti, sottoscrittori e creditori in ragione della comunanza degli stessi. Rende perfettamente l'idea, l'autorevole dottrina T. ASCARELLI, *Studi in tema di società*, cit., p. 154, quando individua il tipico esempio dell'interesse comune di tutti i sottoscrittori nella sopravvalutazione di un conferimento in natura in vista di una successiva rivendita delle azioni.

fa discendere l'insindacabilità nel merito degli interessi, giacché determinabili solo grazie all'incontro degli interessi individuali per mezzo del principio maggioritario⁸⁰.

Appare incisiva l'osservazione di altra autorevole dottrina la quale, ritenendo insoddisfacente la soluzione ascarelliana, rileva che l'interesse comune «in quanto socio» implica necessariamente un'oggettivizzazione possibile solo sulla base del contratto sociale⁸¹.

Altrettanto esposta a critiche è stata la diversa concezione di interesse “comune dei soci” intesa quale interesse non solo dei soci attuali ma anche dei soci eventuali e futuri⁸². Si è giustamente obiettato che la concezione così elaborata produce i medesimi risultati della concezione istituzionalista⁸³ e che l'interesse non può essere riferito ad altri se non al gruppo dei soci attuali, con esclusione dei soci futuri o eventuali⁸⁴.

La nuova concezione di interesse sociale, quale interesse comune dei soci nella teoria contrattualistica, prende spunto dalla dottrina tedesca⁸⁵, la quale individuava già dagli anni '60 nella comunione volontaria di interessi (Interessengemeinschaft) il criterio legale precostituito dal cui organo assembleare trae propri poteri deliberativi ed entro il quale ciascuna deliberazione deve essere riconducibile. Individuata una griglia di interessi collettivi sottoposti al regolamento legislativo e a quello pattizio che integra il primo, all'insorgere di un conflitto tra le parti, alcune delle quali intendono perseguire interessi riconducibili all'Interessengemeinschaft, mentre altri perseguono interessi estranei, prevale la volontà delle prime. Rimane, così, nella competenza dell'organo assembleare, valutare se una determinata deliberazione dell'assemblea “serva utilmente allo scopo comune (Verbandszweck)”⁸⁶.

Sulla scorta della dottrina tedesca, anche la dottrina italiana elabora la propria concezione contrattualistica dell'interesse sociale fondata sulla comunione di interessi, come rinvenibile dall'art. 2247 cod. civ. che definisce il contratto di società e che trova riscontro nell'art. 2373, comma primo, e nell'art. 2441, comma quinto, cod. civ.

⁸⁰ In altre parole, si assiste alla prevalenza dell'interesse comune su quello extrasociale nei confronti, in linea di fatto, dell'interesse extrasociale della minoranza, secondo T. ASCARELLI, *Studi in tema di società*, cit., p. 165.

⁸¹ C. ANGELICI, *Problemi e principi*, cit., p. 94.

⁸² Precisamente secondo tale dottrina «l'interesse sociale deve tener conto della variabilità dei soci nel tempo» e deve tener conto «comunque dell'interesse anche non attuale, perché a lungo termine, dei soci attuali», in A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1959, p. 618 e seg.

⁸³ P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., p. 89 e seg.

⁸⁴ L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni in assemblea delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, p. 445; A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 725; P.G. JAEGER, cit., p. 89 e seg.

⁸⁵ Sottolinea l'influenza della dottrina tedesca nella dottrina italiana, A. ASQUINI, *La tutela delle minoranze nella società per azioni secondo il progetto italiano di riforma e la legge germanica del 1966*, in *Impresa e società*, Scritti in memoria di A. Graziani, I, Napoli, 1968, p. 45 e seg.

⁸⁶ R. MÜLLER-ERZBACH, *Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines Kausalen Rechtsdenkens*, Weimar, 1948, p. 55 e seg.

Alla luce dell'art. 2247 cod. civ., in generale, si assume come “sociale” l'interesse che tutti i soci hanno “in comune” rispetto allo svolgimento dell'attività economica individuata nell'oggetto statutario ed alla ripartizione degli utili⁸⁷. Da esso, scaturisce il principio generale per cui agli organi della società non è dato il potere di vincolare i soci dissenzienti ad una decisione che diverge dalla comunione di interessi.

Come rilevato da una nota dottrina, l'articolo 2247 cod. civ. smentisce l'idea della unicità dell'interesse sociale come desumibile dall'interpretazione letterale degli artt. 2373 e 2441 cod. civ. E' possibile infatti constatare una pluralità di interessi tutti ugualmente sociali. Tipico è l'esempio del conflitto tra l'interesse alla distribuzione immediata e il reinvestimento per distribuzione successiva, giacché l'art. 2433 cod. civ. nel prevedere, non la distribuzione in generale, ma la distribuzione periodica degli utili dimostra chiaramente che l'ordinamento qualifica come sociale anche l'interesse alla determinazione del tempo alla distribuzione degli utili⁸⁸.

Si rileva infine come rientrerebbero meglio sotto la concezione della teoria contrattualista quelle teorie che ricomprendono nell'interesse sociale tutti gli interessi (anche quelli in conflitto) del socio in quanto parte del contratto sociale, dando così una nuova definizione degli interesse “in comune” come previsto nell'art. 2247 cod. civ.

A tale stregua parrebbe allora corretta l'affermazione secondo cui l'accertamento dell'eccesso o abuso di potere non consiste nella verifica della sussistenza effettiva di un concreto interesse sociale ma deve riscontrare se le finalità sottostanti sono riconducibili all'interesse astratto rilevante sotto il profilo causale⁸⁹ e desumibile dalla definizione dell'art. 2247 cod. civ.⁹⁰

Così, l'interesse rappresenta un limite all'agire del gruppo di comando e la delibera potrà essere impugnata quando la maggioranza abbia cercato di perseguire con essa finalità contrastanti con quelle proprie di tutti i soci, così come definite nel contratto. Diviene così indispensabile determinare quali sono gli interessi comuni discendenti dal contratto al fine di verificare se la delibera sia viziata da eccesso o abuso di potere.

⁸⁷ M. CASSOTTANA, *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, cit., p. 39 e seg.

⁸⁸ D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi nelle società per azioni*, cit., p. 18 e seg. Altresi, in diversa occasione, l'A. fa notare come sia ragionevole che nella fattispecie dell'art. 2373 cod. civ. la nozione di interesse sociale comprenda interessi comuni e non comuni e sia contrapposta solo ad interessi del tutto extrasociali.

⁸⁹ La causa del contratto societario costituisce lo strumento per controllare la compatibilità delle deliberazioni assembleari con l'interesse sociale e, al contempo, criterio di delimitazione dei poteri e limite dell'attività degli organi societari. Questa deve, appunto, sussistere non solo al momento iniziale, ma deve persistere durante la vita della società, così in A. DE GREGORIO, *Impugnativa di deliberazioni assembleari di società per azioni contrarie all'interesse sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, II, p. 229.

⁹⁰ M. CASSOTTANA, *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, cit. p. 39 e seg.

Preliminarmente va però ricordato che la ricerca non può prescindere dalla peculiarità del tipo di società giacché la causa tipica del contratto, “l’esercizio in comune dell’attività economica al fine della distribuzione agli utili”, va delineata a seconda del tipo legale in esame.

Una dottrina ha allora tentato di individuare i diversi interessi sociali tutti desumibili dalla causa stessa del contratto di società e riconosciuti dal legislatore che li avrebbe positivizzati nella disciplina delle società per azioni⁹¹. Si individuano: 1) l’interesse alla massimizzazione del profitto sociale (v. artt. 2392 e 2393 cod. civ. ai quali bisogna aggiungere, per le società quotate in borsa, l’art. 129, d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58); 2) l’interesse alla percezione dei dividendi nel corso dell’attività sociale (v. art. 2433 cod. civ.); 3) l’interesse a influenzare e controllare la gestione della società (vengono in gioco il complesso dei poteri attribuiti alla minoranza); 4) l’interesse a conservare immutata la propria partecipazione nella società, tanto nell’ipotesi di variazione del capitale, quanto di ingresso di nuovi soci (v. artt. 2441 e 2504 octies, comma 4°, cod. civ.) 5) l’interesse alla determinazione del grado di rischio dell’attività sociale (v. il recesso consentito a fronte di determinate modifiche statutarie dall’art. 2437 cod. civ. e, per le società quotate, dall’art. 131, d. legis. 1998/58); 6) l’interesse a contribuire a determinare la durata del proprio investimento, considerate le proprie esigenze economiche personali (è il caso dello scioglimento della società, di cui non di rado si lamenta il carattere abusivo); 7) l’interesse ad alienare la propria partecipazione sociale (v. l’art. 2355 cod. civ., l’art. 22, l. 4 giugno 1985, n. 281, l’art. 2 d. l. 31 maggio 1994, n. 332 e più in generale la tematica delle clausole di gradimento)⁹². Nell’ambito delle società per azioni, quindi, si è tentato di individuare gli interessi «tipici», di origine contrattuale liberamente disponibili dalla maggioranza nel rispetto dell’art. 2373 cod. civ. e del principio del divieto di abuso.

Ad ogni modo, anche se la disciplina delle società per azioni vanta il maggior numero di disposizioni da cui poter ricavare gli ipotetici interessi comuni, questi non si adattano alle società di persone dove, per esempio, l’art. 2262 cod. civ. detta un preciso diritto alla divisione annuale degli utili ed il diritto alla loro integrale divisione, e l’interesse sociale si identifica con l’interesse dei soci attuali⁹³.

⁹¹ In merito, si rinvia a F. GALGANO, *Le società per azioni. Principi generali*, cit., p. 78, il quale riassuntivamente ricorda che dalla causa societaria emerge un triplice ordine di interessi tutti destinati ad essere realizzati mediante il contratto di società. Interesse alla massimizzazione dell’efficienza dell’impresa, interesse alla massimizzazione del profitto, interesse alla massimizzazione del dividendo sono tutti interessi riconducibili alla causa del contratto di società. Nell’art. 2247 cod. civ. essi si presentano come momenti causali tra loro coordinati e consequenziali.

⁹² Alcuni di essi, erano stati individuati singolarmente dalle varie dottrine. D. PREITE, *L’abuso di maggioranza e conflitto di interessi nelle società per azioni*, cit., p. 24 e seg., ha provveduto a rielaborarli e raggrupparli. L’elencazione è stata accolta dalla giurisprudenza maggioritaria e da molti autori, tra i quali H. SIMONETTI, *Abuso del diritto di voto e regola di buona fede nelle società di capitali*, cit., p. 20479 e seg.

⁹³ Cass. 1 agosto 1990, n. 7663, in *Società*, 1991, p. 185.

Come sottolineato in una nota pronuncia della Corte di Cassazione, ciò accade ed è inevitabile tenuto conto della semplice considerazione che il contratto di società è un contratto a scopo comune. A differenza dei contratti con causa di scambio, caratterizzati dalla presenza di un «regolamento compiuto di un determinato assetto di interessi» mediante «una disciplina che è già stata fissata in modo definitivo», diversa appare la funzione del contratto di società e degli altri contratti plurilaterali con comunione di scopo. Questi contratti, infatti, stipulati in previsione di un'attività da svolgere, postulano, per la loro attuazione, una serie indefinita di nuovi atti giuridici. Da ciò consegue, pertanto, che gli interessi delle parti non possono essere regolati in modo esaustivo, avendo piuttosto bisogno di costituire un'organizzazione con il compito di disciplinare lo svolgimento dell'attività programmata⁹⁴.

7. Uno sguardo alla concezione «neutrale» di interesse sociale e alle sue la qualificazione dell'abuso della regola di maggioranza.

L'impossibilità di ricavare a *priori* gli interessi sociali rende, allora, ancora più verosimile quanto sostenuto da autorevole dottrina commercialistica la quale, partendo dal concetto di spersonalizzazione della società per azioni⁹⁵, ritiene impossibile rinvenire nella stessa un punto

⁹⁴ Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Nuova giur. comm.*, 1997, I, p. 449 e seg.; in nota alla sentenza, P.G. JAEGER, C. ANGELICI, A. GAMBINO, R. COSTI, F. CORSI, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giur. comm.*, III, 1996, p. 329.

⁹⁵ C. ANGELICI, *Le società per azioni. Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. Cicu-F. Messineo- L. Mengoni (già diretto da), P. Schlesinger (continuato da), Milano, 2012, p. 90 e seg. Alla base delle considerazioni dell'A. vi è una complessa argomentazione di parte generale derivante da concezioni di origine economica di cui si prova ad esporne una sintesi. Premessa di tale argomentazione è che la nozione di interesse, in senso giuridico, implica una relazione tra soggetto-oggetto. Tale nozione, invero, si modifica a seconda del soggetto di cui si tratta: con riferimento con una persona fisica l'interesse costituisce una regola di condotta il cui contenuto va definito in concreto; con riferimento ad una società, ed in quanto tale spersonalizzata, si parla di interesse dell'impresa che va delineata ricercando la *funzione* del soggetto-impresa e di quella di chi agisce per il conto di quest'ultima. Sappiamo, però, che il concetto di spersonalizzazione risulta preliminare alla ricerca della nozione di interesse, che in tal caso viene condotta a risultati caratterizzanti da un rilevante grado di astrazione, perché è noto che a tale caratteristica corrisponde una eterogeneità di interessi. Basti pensare alla distinzione tra azionisti imprenditori e azionisti risparmiatori (e in questi ultimi vanno altresì distinti azionisti risparmiatori che considerano l'orizzonte temporale dell'investimento ovvero che effettuano con la tecnica del portafoglio ovvero concentrandolo sulla stessa società). A seconda della tipologia degli azionisti, l'impresa diviene uno strumento in grado di servire alla soddisfazione dell'uno o dell'altro interesse. È impossibile, pertanto, secondo l'A. definire *a priori* la ricerca di un interesse idoneo a fungere alla soluzione del conflitto endosocietario (che implica un'operazione di giudizio comparativo di meritevolezza). Invero, l'interesse si pone in una dimensione essenzialmente funzionale e non si tratta di una funzione il cui senso non potrebbe risiedere nell'accertamento in concreto di un interesse in una data situazione, ma di una *regola* quella posta dal contratto. Assume, in definitiva, ruolo centrale il parametro dello scopo comune contrattuale e la paternità dell'interesse va riferito agli azionisti in generale (chiunque esso sia) in quanto parti del contratto di società. Si parla in tal senso della costruzione concettuale di un *fictional shareholder*, o in altri termini di una finzione di un azionista che non esiste. Sembra allora scomparire una contrapposizione tra le due tendenze «contrattualista» e «istituzionalista» giacché sempre di finzione in un certo senso si tratta anche se non si parla più di finzione di un interesse riferibile alla società in quanto «persona». La teoria della *shareholder value* è in grado di identificare la funzione e i poteri, più che l'interesse al quale devono propendere. In altre parole, ciò che rileva non è l'azionista in sé ma la sua azione ed il suo valore. (Circa lo schema di shareholder value, si veda, M.C. JENSEN, *Value Maximization, Stakeholder Theory and the Corporate Objective Function*, in *Journal of Applied Corporate Finance*, 2001, p. 8; e J. TIROLE, *The Theory*

di riferimento da cui desumere un «interesse» vero e proprio. Si sostiene, precisamente, che a quella spersonalizzazione corrisponde «l'eventualità che gli interessi in concreto degli azionisti siano eterogenei»⁹⁶: ed eterogenei non soltanto per quanto concerne i riflessi soggettivi della singola operazione, ma anche più ampiamente con riferimento alle ragioni alla base della loro partecipazione alla società. È risalente, infatti, fin dalle origini della società per azioni, la loro distinzione in *azionisti-imprenditori* e *azionisti-risparmiatori*» e le ulteriori sotto articolazioni di quest'ultima (in azionisti che considerano l'orizzonte temporale dell'investimento e azionisti che impostano l'investimento sulla diversa tecnica del portafoglio). L'unica circostanza che accomuna tali interessi è che gli azionisti ravvedono nella società per azioni uno strumento (ed è da ciò che si ravvede una funzione nella società in grado di servire alla soddisfazioni dei diversi interessi che si presentano in essa come *compresenti* – *concorrenti* nella singola vicenda. La società per azioni si presta in tal modo sia in astratto che in concreto al perseguimento di una pluralità di «interessi (ugualmente) sociali»⁹⁷. Il voto, in tal senso, rappresenta lo strumento mediante il quale l'azionista afferma il proprio interesse nella società, e così contribuisce in virtù della regola maggioritaria a definire l'azione della società. È comprensibile, allora, che non sia consentita una sua utilizzazione per realizzare interessi dell'azionista contro la società ed in ciò va ravvisata la *ratio* di discipline come quella dell'art. 2373 c.c. Tuttavia, il pluralismo, ammettendo il perseguimento dell'interesse proprio di colui che esercita il voto, postula il verificarsi di «conflitti interni», nonché dei c.d. conflitti endosocietari. Per essi, quindi, non può ammettersi l'applicazione analogica della disciplina del conflitto di interessi ex art. 2373 cod. civ., in quanto applicabile alla diversa fattispecie di conflitto tra un interesse extrasociale e quello sociale e, soprattutto, in quanto neppure si pone un problema di compatibilità dell'interesse individuale con altro definito «interesse sociale», giacché non ne esiste uno predefinito e predeterminabile. Secondo tale concezione, dunque, si ritiene di poter risolvere la diversa fattispecie di conflitto tra azionisti prescindendo dalla ricerca di un interesse sociale⁹⁸.

of *Corporate Finance*, Princeton and Oxford, 2006, p. 59 e 64). Sulla scorta della considerazione che la realizzazione degli interessi dell'azionista presuppone quella degli altri fattori produttivi (azionista come *residual claimant*) e pertanto la migliore efficienza dell'impresa e del sistema economico nel suo complesso, la *funzione* dell'impresa azionaria si sposta nel sistema economico e la *shareholder value* viene assunta quale criterio per valutare la coerenza con tale funzione del modo in cui sono esercitati i poteri che ne indirizzano e determinano lo svolgimento: un criterio idoneo per procedere all'analisi dei relativi processi decisionali.

⁹⁶ Altresì, riassuntivamente secondo l'A. «è fisiologica, anzi tipica, un'ampia eterogeneità delle motivazioni alla base dell'investimento azionario; e con essa, riterrei, sarebbe contraddittoria la ricerca di un interesse unitario cui dovrebbe tendere l'azione della società.», C. ANGELICI, *Note minime sull'interesse sociale*, cit., p. 256.

⁹⁷ C. ANGELICI, *Le società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 93.

⁹⁸ Per la concezione di neutralità dell'interesse sociale, si rinvia a M.T. CIRENEL, *Art. 2373, Conflitto di interessi*, cit., p. 804.

Alla luce delle predette affermazioni la dottrina in esame esclude l'abusività della delibera assembleare quando si presenta un conflitto tra due interessi individuali ma ugualmente sociali. Tale sarebbe il caso della co-presenza, rispettivamente, nella maggioranza e nella minoranza degli interessi al disinvestimento e alla continuazione dell'impresa: la composizione di questo conflitto non potrebbe che avvenire per mezzo della regola maggioritaria. Allo stesso modo, la scelta tra l'opportunità o la non opportunità di un aumento di capitale per lo svolgimento dell'attività sociale si porrebbe come un momento di dialettica fra diversi possibili interessi sociali e dovrebbe trovare, perciò, la sua composizione in sede assembleare mediante la regola maggioritaria. Ciò nonostante, si riconosce che la regola maggioritaria non potrebbe essere risolutiva al conflitto quando diviene essa stessa strumento di abuso⁹⁹. Si pone così il problema di individuare quali circostanze configurerebbero un abuso della regola di maggioranza. E ciò, indipendentemente dalla scelta della concezione adottata di interesse sociale. Sicché, si avrebbe abuso della regola della maggioranza quando, dalle circostanze concrete esterne alla deliberazione, emerge che la concreta finalità della deliberazione sia l'estromissione o la diminuzione della partecipazione azionaria della minoranza.

8. L'applicazione della clausola di correttezza e buona fede oggettiva.

La ricerca di una parte della dottrina si è orientata verso la verifica dell'esistenza di ulteriori limiti alla regola maggioritaria rispetto a quelli positivamente indicati dal legislatore nella disciplina societaria¹⁰⁰.

L'analisi è stata così condotta in termini di utilizzabilità della clausole generali di correttezza e buona fede.

Sebbene, la dottrina maggioritaria¹⁰¹ conviene sull'operatività in generale delle due tecniche, la stessa si divide sulla diversa rilevanza dei dati normativi di cui si tratta e della diversa portata

⁹⁹ C. ANGELICI, *Principi e problemi*, p. 120 e seg. Si ritiene necessario osservare che l'A. non esclude l'operatività della clausola della buona fede nelle ipotesi sopradescritte. Anzi, in altro suo importante scritto, specifica che «l'azionista, pur potendo perseguire il proprio interesse, debba tener conto anche di quelli concreti degli altri azionisti. In proposito, e di nuovo in maniera apodittica, evidenzierei due aspetti: che ciò è plausibile quando tali interessi sono in concreto riconoscibili, quando cioè le relazioni fra gli azionisti non si pongono nei consueti termini di reciproco anonimato e diviene pensabile un loro reciproco affidamento [...] e che tecnica utilizzabile appare soprattutto quella che si avvale della clausola di buona fede. Essa infatti, a differenza della soluzione alternativa con cui si discorre di un eccesso di potere, corrisponde pienamente a un contesto al cui centro si pone il problema se, potendo legittimamente realizzare il proprio interesse, vi siano dei limiti per il sacrificio di quello altrui e se e quando possano a tal fine rilevare gli affidamenti che in concreto si siano instaurati fra i protagonisti della vicenda. Mentre la formula dell'eccesso di potere mi sembra che, se realmente vuole segnalare una diversa prospettiva, presupponga in ogni caso la possibilità di individuare preventivamente e oggettivamente gli interessi al cui perseguimento deve essere rivolto un potere: il che, dal mio punto di vista, non sembra possibile», così in C. ANGELICI, *Note minime sull'« interesse sociale »*, cit., p. 257.

¹⁰⁰ Ulteriori limiti che secondo una dottrina andrebbero a tutelare dei cd. interessi sociali «atipici», così D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, cit., p. 27.

pratica. In tal senso, basti anticipare che, mentre secondo alcuni è sufficiente richiamare lo strumento della correttezza di cui all'art. 1175 cod. civ., ad esempio, ai fini della determinazione del dividendo spettante all'azionista¹⁰², per altri la soluzione al medesimo quesito va ravvisata nell'applicazione del canone di buona fede contrattuale, art. 1375 cod. civ.¹⁰³ Altresì, vi è chi ne ammette l'operatività di entrambi come limite, sia al diritto di informazione dell'azionista¹⁰⁴ che all'esercizio di voto¹⁰⁵, che come criteri coordinati ai quali deve essere ispirata l'attività in generale dei soci ovvero le modalità di esercizio del voto¹⁰⁶.

Senza pretesa di completezza, si ritiene necessario passare ad una breve rassegna delle argomentazioni delle varie impostazioni dottrinali, al fine di estrarre le considerazioni più rilevanti e di prendere atto in che termini le clausole in esame troverebbero applicazione in materia.

Così, come già anticipato con riferimento alla determinazione al dividendo, secondo una prima impostazione dottrinale, si ammette l'applicazione mediante interpretazione estensiva dell'art. 1175 cod. civ. al quale affida il compito di realizzare un equo temperamento fra l'interesse del socio e quello della società, seppur riconoscendo che prima delle deliberazioni di accertamento e di ripartizione degli utili non sussiste alcun rapporto obbligatorio concernente il dividendo stesso¹⁰⁷. A tale teoria si è obiettato che il metro della correttezza, in quanto atto a determinare le modalità concrete dei comportamenti reciproci con le quali il rapporto deve trovare esecuzione, non è idoneo per questo a fornire una siffatta composizione. La composizione sarebbe demandata al canone di equità che, tuttavia, in tal caso non potrebbe operare. Questa, infatti, rappresentando un criterio di giudizio discrezionale e di sostanziale composizione di conflitti, richiede la piena valutazione di tutti gli elementi concorrenti a determinare le ragioni concrete per la soluzione del conflitto, che però in tale fattispecie non possono essere determinati mediante l'equità¹⁰⁸.

¹⁰¹ E' possibile precisare sin da ora che la critica a cui è stata maggiormente esposta l'orientamento che ritiene applicabile la correttezza e buona fede ai rapporti societari, è quella della mancata esplicitazione del principio stesso, si veda F. DI SABATO, *Il principio di correttezza nei rapporti societari*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gianfranco Campobasso*, Abbadessa-Portale (diretto da), Torino, 2007, I, p. 133 e seg.

¹⁰² A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, cit., p. 628 e seg.

¹⁰³ G. FERRI, *Diritto agli utili e diritto al dividendo*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 412 e seg.

¹⁰⁴ M. FOSCHINI, *Il diritto dell'azionista all'informazione*, Milano, 1959, p. 222 e seg.

¹⁰⁵ P. G. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., p. 193.

¹⁰⁶ P. G. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., p. 188; G.C.M. RIVOLTA, *La partecipazione sociale*, p. 246.

¹⁰⁷ A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, cit., p. 628 e seg.; con diversa argomentazione, ma nello stesso senso, G. OPPO, *La tutela dell'azionista nel progetto di riforma*, in *Riv. soc.*, 1966, p. 1240: «In definitiva, la tutela dell'interesse del singolo al dividendo postula non una mera regola procedimentale e neanche un mero canone di coerenza a un interesse, ma un principio di conciliazione o di equo temperamento tra gli interessi la cui applicazione concreta richiede a sua volta un controllo delle concrete esigenze degli interessi da comporre».

¹⁰⁸ A. GAMBINO, *Il principio di correttezza*, cit., p. 150 e seg.

Si fonda, invece, sulla buona fede contrattuale di cui all'art. 1375 cod. civ. una diversa impostazione dottrinale. Questa configura, in sintesi, la buona fede contrattuale come criterio che impone un costante adeguamento del rapporto, nel suo concreto divenire, alla funzione negoziale, applica il canone al rapporto societario e dichiara la violazione del principio nel caso di perseguimento di una finalità extra-sociale o di deliberazione presa nell'assoluta mancanza di un interesse sociale. Si garantisce altresì il collegamento teleologico dell'atto concreto alle finalità contrattuali: la clausola generale inciderebbe non sull'adempimento di una posizione giuridica passiva ma sull'esercizio del diritto di voto, nonché l'esercizio del diritto soggettivo¹⁰⁹.

Secondo una nota dottrina la clausola generale di correttezza e buona fede «sono applicabili ai rapporti tra maggioranza e minoranza ed hanno funzione integrativa del contratto sociale, nel senso di imporre il rispetto di quegli equilibri di interessi che le parti avrebbero pattuito se avessero previsto tutti gli sviluppi dei loro rapporti futuri e li avessero disciplinati con un accordo ispirato al particolare modello di comportamento etico recepito dall'ordinamento societario»¹¹⁰. Partendo dalla premessa per cui il nostro legislatore sembra aver scelto di conferire un importante ruolo, nella allocazione delle risorse finanziarie, a mercati mobiliari che siano strutturati in modo non marcatamente monopolistico, tre sarebbero i modelli etici non incompatibili con tale scelta e ai quali ricorrere al fine di individuare gli interessi sociali da porre in equilibrio: il contrattualismo reale, ideale e l'utilitarismo¹¹¹. Da tale constatazione, il sostenitore della impostazione in esame fa discendere alcune regole prestabilite, applicabili in caso di sussistenza di indici sintomatici dello sviamento dall'interesse sociale o in caso di disparità di trattamento degli interessi sociali dei soci¹¹², alle quali il giudice può far riferimento per appurare il rispetto delle stesse, procedendo così sostanzialmente ad un giudizio di legittimità. Le dette regole sarebbero: «1) massimizzazione del valore globale delle azioni; 2) distribuzione del profitto sociale in proporzione al conferimento di capitale; 3) obbligo di

¹⁰⁹ F. FERRARA JR.- F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2001, p. 486- 487.

¹¹⁰ D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, cit., p. 27.

¹¹¹ D. PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, cit.,

¹¹² D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, cit., p. 93 e seg. Gli indici oggettivi, sostiene l'A., coincidono in parte con quelli dell'eccesso del diritto in sede amministrativa e vanno ravvisati nello sviamento dall'interesse sociale, riscontrabile in caso di esistenza o di un interesse extrasociale o di un conflitto tra interessi sociali che possa minacciare l'equilibrio cui la maggioranza è vincolata, e dalla disparità di trattamento degli interessi sociali dei soci. Tuttavia, detti sintomi non sono di per sé sufficienti a legittimare un sindacato di merito del giudice, ma si richiede la valutazione in concreto della lesione dell'equilibrio tra gli interessi sociali. Questo però non esclude la possibilità di un giudizio anche in assenza degli indici sintomatici. Difatti, precisa l'A., la giurisprudenza ritiene sindacabili i poteri discrezionali anche in caso di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà poiché una volta constatata quest'ultima il giudizio di meritevolezza si presenta come «autoevidente».

pagamento collaterale da parte della maggioranza alla minoranza qualora il primo obiettivo non consenta il rispetto della seconda regola; 4) divieto di modificare la quota di potere (se significativa) delle minoranze o di bloccare scalate societarie, salvo che ciò sia giustificato dal rispetto dell'obiettivo 1) e sempre, allora, con un pagamento collaterale, che risarcisca la minoranza del valore corrispondente al potere perduto».

Sembra aver avuto maggior fortuna l'impostazione sostenuta da illustre dottrina essendo stata accolta e adottata dalla giurisprudenza maggioritaria dagli anni '90 in poi. Sulla base della concezione contrattualista dell'interesse sociale, si propone la qualificazione del voto del socio come prestazione contrattuale¹¹³. In quanto tale, il voto si presenta come *comportamento dovuto* sottoposto al canone della buona fede contrattuale che vieta il perseguimento di interessi particolari estranei al contratto sociale tali da danneggiare gli interessi della minoranza. Individuato un principio di collaborazione che discende dalla causa contrattuale, individua in essa il limite del principio stesso¹¹⁴. «La causa del contratto, ovverosia la funzione giuridica di esso fissata dalla sintesi dei suoi effetti giuridici essenziali, è l'elemento che ne consente l'individuazione. Se tale elemento consta sia degli scopi tipici che le parti perseguono, sia dei mezzi contemplati dall'ordinamento per attuarli ne discende che nella causa del contratto di società trovano posto tanto l'interesse finale dei soci a conseguire un lucro attraverso la ripartizione degli utili, quanto l'esercizio di una attività economica da parte della società che è lo strumento per raggiungere questo risultato»¹¹⁵. Si rileva, pertanto, che il principio di collaborazione delimita una sfera di interessi, tutti riferibili alla causa del contratto di società.

Una parte della dottrina si presenta però di diverso avviso. Vi è, infatti, chi ha analiticamente contestato l'applicabilità delle due clausole generali cercando di dimostrare che i problemi abusivi dei soci, in particolare, nelle società per azioni richiedono strumenti più adeguati e

¹¹³ P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, p. 188 e seg., secondo il quale anche dall'art. 2448, n. 3, cod. civ., è possibile ricavare un principio di collaborazione in capo ai soci delle società per azioni, poiché anche se non sono obbligati, il mancato funzionamento rientra tra le cause dello scioglimento della società.

¹¹⁴ P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., p. 188 e *passim*. Interessanti sono le osservazioni avanzate alla dottrina in esame di A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, p. 161 e seg. il quale ritiene di dover proporre più rilievi all'impostazione. Il primo per cui non si comprende come si concili la permanenza della qualificazione del voto come diritto soggettivo e quindi come posizione giuridica attiva diretta a soddisfare un interesse altrui. Il secondo per cui, dimostrata la rilevanza giuridica del principio di collaborazione, non si comprende il ruolo riservato al concorrente canone della buona fede contrattuale. Infine, richiamando il canone generale di cui all'art. 1375 cod. civ. due sono le alternative: o il criterio agisce su un diritto contrattuale ed allora è insufficiente per la risoluzione del problema dei comportamenti abusivi dei soci, dato che il canone non impedisce il perseguimento dell'interesse personale; ovvero esso opera su una posizione contrattuale passiva, preordinata alla soddisfazione dell'interesse comune e allora il canone ha una incidenza maggiore di quella postulata impegnando all'integrale realizzazione dell'interesse contrattuale fino all'imposizione dell'obbligo di voto. Circostanza quest'ultima incompatibile con la disciplina dell'art. 2373 cod. civ.

¹¹⁵ Secondo l'A., deve allora ritenersi corretta la considerazione che la maggioranza non potrebbe imporre ai soci dissenzienti una deliberazione avente scopi puramente altruistici o di beneficenza qualora questi non fossero espressamente previsti nell'atto costitutivo, in P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit. p. 198.

specifici di quelli offerti dai canoni generali della correttezza nell'adempimento dei rapporti obbligatorie o della buona fede nell'esecuzione dei contratti¹¹⁶. Il problema, come esemplifica altra autorevole dottrina¹¹⁷, parrebbe nascere proprio dalla difficoltà di individuare nell'assetto tipico delle società per azioni un rapporto giuridico risultante da un contratto sociale¹¹⁸.

Nello stesso senso, ma con argomentazioni più attinenti a un problema di coerenza con le strutture prestate dal mercato, si presenta altra dottrina commercialistica. Si osserva, infatti, l'impossibilità di prescindere dalle regole del mercato nell'identificazione di un obbligo di buona fede e correttezza e che in caso contrario le varie impostazioni peccherebbero di attualità e creerebbero più ingiustizie di quelle che già non esistono. L'impostazione in esame, non disconosce l'importanza in generale del parametro della correttezza, ma parte dalla convinzione che «il riferimento alla correttezza non chiude il discorso, ma lo apre». Una volta operato il richiamo, l'interprete deve indicarne il contenuto ovvero gli obblighi che a suo avviso possono essere derivati da quel principio, cosicché, solo dopo la precisazione di questi si potrà valutare se ci si sta allontanando oppure no da valori e modelli di comportamento mercantili, se ne sta limitando l'operatività o se si stanno introducendo valori e modelli addirittura incompatibili¹¹⁹.

La giurisprudenza maggioritaria, ad ogni modo, ha accolto l'impostazione contrattualistica che sostiene l'applicabilità dell'art. 1375 cod. civ. Con una sentenza c.d. *leading case*,

¹¹⁶ A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, p. 287. L'A. seppur riconosce l'unità del principio generale di solidarietà che trova espressione nelle clausole di correttezza e buona fede e riconosce, perciò stesso, il superamento della concezione individualistica dei diritti soggettivi, esclude l'applicazione delle due clausole prescindendo dalla definizione del loro contenuto, che si presentano diversi l'uno dall'altro già per la loro diversità di portata (l'una, ex art. 1175 cod. civ. di portata generale e l'altra, ex art. 1375 cod. civ. di portata specifica). Nell'ordinamento societario trova miglior applicazione la correttezza, più che la buona fede contrattuale, per la maggior latitudine in quanto operante in ogni rapporto giuridico di carattere di origine sia contrattuale che extracontrattuale. Tuttavia, al pari della buona fede, anche la correttezza si rileva inadatta alla composizione di conflitti di interessi tra soci giacché si presenta quale strumento di valutazione delle modalità concrete dell'attività di adempimento. Cfr. ESSER, § 242 BGB *und die Privatautonomie*, in *Juristenzeitung*, 1956, p. 557.; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, §I, cit., p. 92 e seg.

¹¹⁷ C. ANGELICI, *Principi e problemi*, p. 115.

¹¹⁸ C. ANGELICI, *Principi e problemi*, p. 115 e seg. il quale spiega che la difficoltà deriva dall'asserita impossibilità di indentificare dei rapporti direttamente intercorrenti fra gli azionisti, bensì solo di ciascuno di essi con la società. Asserzione che oggi sembra superata poiché considerata parte di un discorso meramente formale e legata al concetto di «personalizzazione» (per cui si veda nt 97 e p. 90 e seg.) Ne consegue il riconoscimento dell'esistenza di rapporti «personali» fra gli azionisti, dalla quale dipende la funzione e l'operatività del *principio di parità di trattamento*, ovvero, l'eventualità che tale principio si ponga quale limite all'operatività del principio maggioritario. Tuttavia, l'A. sottolinea che nella valutazione giuridica, presupposto dell'applicazione del principio di parità di trattamento e delle clausole generali potrebbe allora essere la possibilità di avvalersi di parametri valutativi che guardino alle cd. *economie individuali* ovvero al differente ruolo svolto dall'investimento azionario per i vari azionisti. Possibilità che presuppone a sua volta la definizione di indici in grado di giustificare una qualche forma di reciproco «affidamento», in altri termini, definita dall'A. quale reciproca rilevanza degli interessi «personali» nella società. Particolare rilievo assume in materia il caso delle cd. società chiuse o anche dette società personalistiche dalle quali emerge la *Treubindungen* affrontata in particolare dall'ordinamento tedesco. Mentre di quello inglese, a questo proposito, va ricordata la tematica del *quasi-partnerships*, nonché le *companies* che si caratterizzano per la stretta base azionaria in cui è possibile riconoscere una sorta di perdurare del dovere di *good faith*.

¹¹⁹ F. DENOZZA, *L'interesse sociale tra "coordinamento" e "cooperazione"*, cit., p.

conosciuta come la sentenza “Marziale”, la Corte di Cassazione nel 1995, infatti, afferma l'appartenenza all'area contrattuale dell'atto costitutivo delle società, in quanto contratto "con più di due parti, in cui le prestazioni di ciascuna sono dirette al conseguimento di uno scopo comune" (artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c.). Sicché, in aderenza della concezione contrattualista, ovvero quella che ravvede l'interesse sociale nell'interesse comune¹²⁰, «le determinazioni prese dai soci durante lo svolgimento del rapporto associativo debbono essere considerate, a tutti gli effetti, come veri e propri atti di esecuzione [...]»¹²¹ Cade, secondo la Cassazione in conformità con l'orientamento maggioritario, ogni ostacolo all'applicazione in materia dell'art. 1375 c.c. quale specificazione di un più generale principio di solidarietà che abbraccia tutti i rapporti giuridici obbligatori anche di origine non contrattuale vincolando le parti al dovere di lealtà e rispetto della sfera altrui (art. 1175 c.c.). Per la prima volta, sembra

¹²⁰ Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, *cit.*, p. 449 e ss. In essa, la Corte ha evidenziato che «Con il contratto di società viene costituita, in effetti, una comunione di interessi, la cui esistenza, mentre da ragione della subordinazione della volontà del singolo socio a quella della maggioranza (in base alla considerazione che il voto, pur essendo rimesso al libero apprezzamento di ciascuno, e pur sempre attribuito in funzione del perseguimento di uno scopo comune), esclude al tempo stesso che il voto stesso possa essere legittimamente esercitato per realizzare finalità particolari, estranee alla causa del contratto di società come è confermato dall'art. 2373 c.c., che non va pertanto riguardato come norma eccezionale, ma quale espressione dell'esigenza che i rapporti all'interno della società si realizzino attraverso comportamenti coerenti con gli scopi per i quali il contratto sociale è stato stipulato».

Appare di notevole importanza quanto emerge da un diverso scritto del medesimo autore, in F. DENOZZA, *Clausole generali, interessi protetti e frammentazione del sistema*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, p. 25-51. Secondo tale dottrina il problema ha una portata più ampia di quello di cui in esame e si riferisce alla questione generale dell'impiego e dell'errata interpretazione delle clausole generali. Tentando di esemplificare sinteticamente, l'A. ritiene di dover sottolineare che le clausole generali, nelle quali appunto ricade la correttezza, buona fede, abuso del diritto e via dicendo devono necessariamente essere sottoposte ad un procedimento di contestualizzazione. Se si vuole attribuire a queste clausole la connotazione di criterio di giudizio di bilanciamento, in un sistema come il nostro dove si assiste ad una frammentazione dell'ordinamento, questo non può operare se non individuando l'interesse protetto a cui il legislatore affida la tutela. Pur ammettendosi l'ipotesi che non si identifichi un interesse protetto, le clausole generali operando in un determinato “settore” può essere impiegata nell'opera di bilanciamento degli interessi contemplati- contemplabili in quel determinato, ricavabili dalle norme che ne delineano la disciplina. La funzione di quella clausola quindi non può esplicarsi tra comparazioni di interessi non relativi al settore in cui è indicata. Così, in definitiva, riconosce nel diritto societario quale unico interesse intorno al quale si costruisce la disciplina la massimizzazione dello *shareholder value*. Tuttavia, l'A. conclude con una fondamentale constatazione: che di fatto, all'atomizzazione dei settori è conseguito un risultato tutt'altro che incoraggiante. Il risvolto del perseguimento di quell'unico e determinante interesse “protetto” nella realtà è stato quello di avere un impatto devastante sugli altri diversi interessi, considerati avulsi da quello protetto. La “riparazione” delle lesioni subite da tali interessi rappresentano oggi l'enigma al quale oggi politici, giuristi ed, purtroppo, economisti non sanno dare una soluzione. Potrebbe allora non essere incriminata l'osservazione per cui, probabilmente, onde evitare altre crisi finanziarie e altre di impatto pubblico e sociale, il funzionamento delle clausole generali debba essere determinato diversamente, come diversa deve essere l'interpretazione dell'interesse protetto.

¹²¹ Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, *cit.*, p. 449 e ss., e riguardo all'ordinamento tedesco alla decisione resa nel caso di *Linotype dal Bundesgerichtshof*, 1 febbraio 1988, pubblicata fra l'altro in *AG*, 1988, p. 135; cfr. il commento di H. WIEDEMANN, in *JZ*, 1989, p. 447; e la ricostruzione dell'evoluzione in argomento in M. JANKE, *Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht*, Frankfurt am Main, 2003, spec. p. 47 e seg.

così affermarsi "l'esistenza di un dovere di lealtà e di correttezza a carico dei soci, nei loro reciproci rapporti" operante anche nelle società di capitali che dovrebbe integrare il contratto¹²².

9. L'attuale impostazione giurisprudenziale italiana.

Requisito necessario ai fini del riconoscimento dell'abuso della regola di maggioranza: l'intento fraudolento. Si ritiene, dunque, necessario indicare qual è l'orientamento giurisprudenziale maggioritario italiano ai fini della configurabilità dell'abuso della regola di maggioranza.

Se è innegabile che c'è una propensione da parte della giurisprudenza a qualificare l'interesse sociale come interesse comune dei soci, questo non è sufficiente ad identificare gli elementi che devono preesistere ai fini della sua configurabilità. Una volta individuati, questi avranno dei risvolti sul piano probatorio.

Rappresentativa dell'orientamento giurisprudenziale, valido anche oggi, è la sentenza della Corte di Cassazione del 12 dicembre 2005, n. 27387¹²³. In siffatta sentenza la Corte, chiamata a giudicare l'invalidità della deliberazione di scioglimento anticipato di una società per violazione dell'art. 2373 cod. civ. testo anteriforma del 2003, e/o per abuso (o eccesso) di potere, conferma, riassume e aggiunge dei concetti fondamentali sulla questione in esame. Infatti, in questa sede oltre a esprimere la propria adesione alla concezione contrattualistica dell'interesse sociale, ha effettuato delle precisazioni fondamentali. È condivisa, dunque,

¹²² L'uso del condizionale appare indispensabile perché si tratta di una questione centrale, fortemente dibattuta da una parte della dottrina ed intorno alla quale si sviluppa la discussione della vera funzione del principio di buona fede e correttezza nell'ordinamento societario. Vi è infatti chi, sostenendo una diversa lettura del principio enunciato, ne esclude una portata innovativa della sentenza in argomento. Precisamente, si ritiene che l'interpretazione in chiave contrattualistica del principio di correttezza e buona fede anche nell'ordinamento societario non può essere desunta se non dopo aver proceduto ad un'analisi della fattispecie concreta in occasione della quale il principio di diritto è stato enunciato. Secondo codesta dottrina, la fattispecie esaminata dalla Corte (deliberazione di scioglimento anticipato di una società a responsabilità limitata, deliberazione assunta in un contesto caratterizzato dalla circostanza di essere stata presa con il voto determinante di soci che contemporaneamente partecipavano ad altre società concorrenti di quella convenuta nel giudizio di impugnativa de quo) non presta il fianco all'interpretazione contrattualistica del 1375 cod. civ. e a individuarne la portata innovativa della sentenza. Diversamente sostiene che, l'esercizio di un *Eigenrecht* dell'assemblea e del socio di maggioranza consiste in un "potere" il cui esercizio può volgere in un "abuso". Così conclude l'autore, non si tratta, come vorrebbe far sembrare la sentenza, di verificare se quell'esercizio sia conforme con l'obbligo del socio di perseguire, "in buona fede", il comune interesse contrattuale; ma si tratta invece di valutare i modi di esercizio di quel "diritto" e di interrogarsi se in tali modi possono cogliersi elementi di "abuso". In tal senso, P.G. JAEGER, C. ANGELICI, A. GAMBINO, R. COSTI, F. CORSI, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, cit., p. 329.

¹²³ Cass. civ., 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Il Foro it.*, 2006, 129, XII, p. 345, nella quale si legge: « Anche questa Corte ha avuto modo di osservare che la deliberazione di scioglimento di una società, che sia stata adottata dai soci nelle forme legali e con le maggioranze all'uopo prescritte, può essere invalidata, in difetto delle ragioni tipiche all'uopo previste (artt. 2377 e 2379 c.c.), sotto il profilo dell'abuso o eccesso di potere, quando risulti arbitrariamente o fraudolentemente preordinata dai soci maggioritari per perseguire interessi divergenti da quelli societari, ovvero per ledere i diritti del singolo partecipante (come nel caso in cui lo scioglimento sia indirizzato soltanto all'esclusione del socio), mentre, all'infuori di tali ipotesi, resta preclusa ogni possibilità di sindacato in sede giudiziaria sui motivi che hanno indotto la maggioranza alla suddetta decisione (vedi le sentenze nn. 4236/1983, 3628/1986, 4923/1995, 11151/1995, 9353/2003)».

quell'impostazione secondo la quale «l'interesse sociale si configura come l'insieme degli interessi comuni dei soci, in quanto parti del contratto di società, concretatesi nell'interesse alla produzione del lucro, alla massimizzazione del profitto sociale, inteso come massimizzazione del valore globale delle azioni o delle quote, al controllo della gestione dell'attività sociale, alla distribuzione dell'utile, alla alienabilità della propria partecipazione sociale, alla determinazione della durata del proprio investimento e, quindi, allo scioglimento della società». Viene escluso tra questi l'interesse del socio alla conservazione del proprio *status* poiché è ricompreso nel concetto di interesse sociale l'interesse allo scioglimento della società che è un interesse in conflitto all'accrescimento del patrimonio sociale e con la stessa massimizzazione del rendimento delle azioni. Così, ritenendo infondato il motivo di impugnazione per violazione dell'art. 2373 cod. civ., la Corte ha precisato che in tale ipotesi non può ritenersi «neppure astrattamente configurabile» la ricorrenza del conflitto di interessi giacché non esiste un interesse sociale alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale¹²⁴.

La fattispecie al vaglio della Corte viene invece sottoposta ad una verifica della configurabilità dell'abuso della regola di maggioranza. Con l'occasione quindi la Corte ha ribadito, accogliendolo, il principio di diritto espresso nella famosa sentenza "Marziale", sentenza del 1995 n. 11151¹²⁵, dalla quale emerge il riconoscimento dell'abuso del potere in presenza di violazione del principio della buona fede e della correttezza. Detti principi sarebbero applicabili nella disciplina societaria in quanto i soci, stipulando il contratto di società, divengono anch'essi membri di una struttura organizzativa di matrice contrattuale, i quali devono eseguire il contratto nel rispetto delle disposizioni di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ.¹²⁶

¹²⁴ Cass. civ., 12 dicembre 2005, n. 27387, *cit.*, si rinvia sul punto alla sentenza la quale ne argomenta più ampiamente l'impossibilità di ricondurre l'ipotesi di scioglimento anticipato alla figura del conflitto di interessi. E' possibile aggiungere, semplicemente ribadendo quanto già detto nei precedenti paragrafi, che si è sostanzialmente in presenza di un conflitto tra interessi ugualmente sociali ed è per questo impossibile ricondurre la fattispecie nell'ipotesi dell'art. 2373 cod. civ. Tra l'altro l'eventualità di un interesse sociale alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale sarebbe anche contraria alla disciplina legale stessa, di cui all'art. 2445, n. 5 testo previgente, ora art. 2484, n. 6).

¹²⁵ Cass. 11151 del 1995, *cit.*, p. 449, la quale fonda il divieto di abuso sulla scelta, da parte dell'ordinamento, di imporre nelle deliberazioni assembleari un vincolo alla maggioranza sul principio di buona fede contrattuale e il conseguente principio di collaborazione. Secondo la Corte, infatti, tale ultimo principio devono informare l'opera dei soci nell'organizzazione della società vengono considerati la base per riconoscere la figura dell'abuso di potere, quale elemento invalidante delle deliberazioni assembleari finalizzate esclusivamente a favorire la maggioranza a danno della minoranza. Si può, quindi, affermare che il riconoscimento della figura dell'abuso di potere parte dal riconoscimento della società come contratto. I soci, con la costituzione della società, stipulano un contratto, essi, in quanto membri di una struttura organizzativa di matrice contrattuale, sono astretti a un vincolo derivante dalla causa del contratto sociale. Pertanto, i soci devono eseguire il contratto secondo il principio di buona fede e correttezza nei loro rapporti reciproci, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c.». Così, tra le tante, anche Cass. civ. 9353/2003, *cit.*

¹²⁶ G. FRISOLI, *La clausola generale della buona fede in ambito societario*, in *Giur. comm.*, I, 2007, p. 85 secondo il quale sembra chiara la presa di coscienza da parte della giurisprudenza che il contratto di società non

Due sono le puntualizzazioni riscontrabili nella pronuncia del 2005 rispetto alla pronuncia del 1995. L'una consiste nel ritenere che «il canone di buona fede in senso oggettivo non impone ai soggetti un comportamento a contenuto prestabilito, ma rileva soltanto come limite esterno all'esercizio di una pretesa, essendo finalizzato al contemperamento degli opposti interessi i quali, nel dinamismo proprio dell'ordinamento societario, sono destinati a trovare adeguata composizione nell'ambito del procedimento deliberativo». L'altra, nel ritenere configurabile l'abuso di potere della maggioranza all'ipotesi di scioglimento anticipato, è diretta a restringerne l'applicabilità. Specificamente, ritiene indispensabile «la dimostrazione di un esercizio "fraudolento" ovvero "ingiustificato" del potere di voto, l'abuso non potendo consistere nella mera valutazione discrezionale del socio dei propri interessi ma dovendo concretarsi nella intenzionalità specificatamente dannosa del voto, ovvero nella compressione degli altrui diritti in assenza di apprezzabile interesse del votante». Sicché se l'interesse perseguito sia, anziché comune, esclusivo della maggioranza, la subordinazione della minoranza alla maggioranza non trova più la sua giustificazione nella comunione di interessi e ci si trova fuori dall'ambito in cui il procedimento può operare¹²⁷.

Invero, con riferimento alla seconda puntualizzazione, già dagli anni '50 la giurisprudenza richiedeva la dimostrazione dell'elemento soggettivo ai fini l'invalidità della delibera assembleare per eccesso o abuso di potere¹²⁸. In linea con l'orientamento prevalente, ad esempio, una giurisprudenza di merito, partendo dall'affermazione che le finalità sociali si risolverebbero nell'interesse di tutti i soci, compresi quelli di minoranza, ha ritenuto annullabile per eccesso o abuso di potere ogni deliberazione di aumento di capitale sociale tendente a ledere gravemente, manifestamente e intenzionalmente la posizione di uno o più soci di minoranza¹²⁹. L'orientamento veniva così affermato e meglio puntualizzato anche dalla stessa

rappresenti più soltanto una fattispecie formale funzionale al riconoscimento di soggettività e personalità giuridica, ma anche e soprattutto una forma di autoregolamentazione di interessi privati. In tal senso, L. ROVELLI, *Autonomia statutaria, contrattualizzazione e ruolo delle clausole generali*, in *Riv. dir. imp.*, 2004, I, p. 5, il quale sottolinea il ruolo della buona fede come "strumento di controllo delle modalità di adeguamento del contratto di società", attesa la natura "strutturalmente aperta alle sopravvenienze" in quanto "strumento di gestione di un fenomeno dinamico come l'impresa".

¹²⁷ P. FERRO- LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge e all'atto costitutivo*, Milano, 1993, p. 174.

¹²⁸ Nel 1951 la Corte di Cassazione pronuncia la prima sentenza in cui, dichiarando l'invalidità della deliberazione per eccesso di potere, avente ad oggetto la riduzione a zero del capitale sociale per perdite ed il contestuale aumento del medesimo oltre il precedente ammontare, riconosce che il fine fraudolento di eliminare i soci per estromettere dalla società del gruppo di maggioranza la disponibilità futura del capitale azionario permette di ravvisare un "illecito tale da rendere nulla deliberazione sociale". A dire il vero, però, la dichiarazione di illiceità non trovava fondamento legale se non nella generica previsione di contrarietà all'"ordine pubblico". Cass. 12 maggio 1951, n. 1177, Stella c. Soc. Cementerie del Transimonto, in *Giur. it.* 1951, I, 1, p. 535. Le osservazioni del testo vengono da M. CASSOTTANA, *L'abuso di potere della maggioranza a danno della minoranza assembleare*, cit., p. 28 e 29.

¹²⁹ App. Bologna, 9 maggio 1975, I, 2, p. 866 e seg.

Corte di Cassazione in sede di legittimità nella medesima causa, la quale sottolineava che l'eccesso di potere sarebbe configurabile sia con riguardo al profilo del perseguimento di un interesse diverso da quello sociale, sia sotto il profilo del perseguimento di un interesse proprio di un gruppo maggioritario dei soci¹³⁰. In entrambe le ipotesi, però, al fine di dichiarare annullabile una delibera assembleare per vizio di eccesso o abuso di potere è indispensabile dimostrare che la deliberazione stessa sia stata il risultato di una intenzionale attività fraudolenta della maggioranza, volta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e dei connessi diritti patrimoniali dei soci¹³¹.

E' utile allora riprendere quanto esposto, in sintesi, dalla Corte di Cassazione nel 2005, con la pronuncia sopraindicata, la quale sostiene che l'abuso di potere è causa di annullamento delle deliberazioni assembleari alternativamente quando la deliberazione: «a) non trovi alcuna giustificazione nell'interesse della società; deve pertanto trattarsi di una deviazione dell'atto dallo scopo economico-pratico del contratto di società, per essere il voto ispirato al perseguimento da parte dei soci di maggioranza di un interesse personale antitetico rispetto a quello sociale; b) sia il risultato di una intenzionale attività fraudolenta dei soci di maggioranza diretta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza *uti singuli* poiché è rivolta al conseguimento di interessi extrasociali»¹³².

Ciò comporta che grava sul socio di minoranza l'onere di provare che il socio di maggioranza abbia abusato del proprio diritto¹³³. Quindi, il socio verrebbe tutelato solo laddove provi l'intento fraudolento della maggioranza, il che lo si avrebbe anche dimostrando induttivamente che lo scopo apparentemente perseguito dalla società è in realtà inesistente. Prova, invero, che può far leva anche su comportamenti o indizi cronologicamente successivi, in grado di rivelare *ex post* l'abuso della regola di maggioranza. L'onere della prova finisce, in tal modo, per costituire il limite alla tutela della minoranza, giacché l'abuso di potere, in quanto vizio di legittimità della delibera, è riscontrabile solo nella misura in cui non comporti un

¹³⁰ Cass., 7 febbraio 1979, n. 818, in *Foro it.*, 1980, I, p. 448 e seg.

¹³¹ Non è stato, invece, riscontrato eccesso o abuso nella deliberazione di riduzione del numero degli amministratori al fine di estromettere la minoranza dal consiglio di amministrazione, non trovando tutela giuridica un interesse dei soci di minoranza alla partecipazione al consiglio di amministrazione in App. Milano, 27 settembre 1983, SISAS Spa c. SIO Spa, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 570 e seg.

¹³² Testualmente, dalla pronuncia Cass. civ., 12 dicembre 2005, n. 27387, cit. Deve notarsi inoltre, che sulla scorta dell'insegnamento di una famosa impostazione dottrinale, già peraltro esaminata, la Corte in motivazione sottolinea che, nella prospettiva societaria, le figure sintomatiche come elaborate dalla dottrina amministrativa dell'abuso di maggioranza costituirebbero secondo la Cassazione solo indizi di violazione dei principi della buona fede e correttezza nell'attuazione del contratto di società. Tale è l'orientamento di D. PREITE, *L'abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, cit, p. 93 e seg.. In merito, si rinvia nt. ___ del presente capitolo.

¹³³ Cass. 3628/86.; Cass. 4923/95; e Cass. 6361/03.

controllo giudiziario sulle libere determinazioni dell'autonomia privata provenienti dagli organi della società rispetto ai quali è preclusa qualsiasi valutazione di opportunità.

10. Abuso di minoranza.

Come già anticipato nei precedenti paragrafi, anche la minoranza, o il singolo socio, può porre in essere dei comportamenti che vanno necessariamente qualificati come abusivi.

La questione ha una particolare importanza poiché tali comportamenti si presentano estremamente dannosi per la società¹³⁴. Tendenzialmente, infatti, scopo comune nel porre in essere determinati comportamenti è quello di intralciare lo svolgimento dell'attività sociale.

Per tale motivo, le fattispecie dell'abuso di minoranza vengono ricondotte in quel più generale fenomeno conosciuto come *ostruzionismo*¹³⁵, costituito dai quei meccanismi che attraverso l'esercizio in forma anomala di un diritto siano in grado di ritardare, ostacolare e impedire la formazione espressa della volontà sociale¹³⁶.

Quindi, i comportamenti che si andranno più specificamente ad analizzare si concretizzano generalmente, in occasione dell'adunanza assembleare. Ciò avviene anche per quanto riguarda l'abuso di maggioranza, poiché l'assemblea, come già detto in apertura del capitolo, è l'organo in cui si esercitano i diritti del socio e si forma la volontà sociale.

¹³⁴ «Il fenomeno della dispersione di capitale in una miriade di azionisti che costituiscono minoranze spregiudicate, ostinatamente o dolosamente avverse, espressione di assenteismo volontario, oppure minoranze irreperibili o persino “inesistenti” potrebbe immobilizzare seriamente l'attività della società». Così, sinteticamente, ha esposto il problema delle minoranze nelle società per azioni quotate e non quotate con una pluri-frazionata compagine societaria, M.P. MARTINES, *L'abuso di minoranza nelle società di capitali in Contratto e impresa*, 1997, p. 1190.

¹³⁵ A. CHIANTIA, *L'ostruzionismo nell'assemblea delle società per azioni*, Milano, 2000, p. 131 e seg., la cui autrice, invero, ricomprende nel più ampio fenomeno di ostruzionismo anche quello di maggioranza. Precisamente, nell'ipotesi di *ostruzionismo di maggioranza* fa rientrare, in senso lato, alcune fattispecie che integrerebbero abuso della regola di maggioranza relativamente alle delibere approvate con il fine di ledere i soci della maggioranza o in generale di perseguire un vantaggio extrasociale a danno della minoranza, come già individuate nei precedenti paragrafi; ed, in senso stretto, quella ipotesi di ostruzionismo di maggioranza nel procedimento di formazione della volontà sociale, ossia il funzionamento dell'assemblea. Quest'ultima si verifica quando la maggioranza ricorre ai sistemi offerti dalla procedura idonei ad ostacolare ed impedire l'approvazione di una determinata delibera che la maggioranza stessa aveva proposto. Questo tipo di ostruzionismo è una prassi ampiamente conosciuta in sede parlamentare, cfr. P. CALAMANDREI, *L'ostruzionismo di maggioranza*, in *Il Ponte*, 1953, p. 129 e seg. Per un'analisi del fenomeno dell'ostruzionismo, si veda altresì, V. BUONOCORE, *L'ostruzionismo degli azionisti nelle assemblee delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 294; ID., *Legittimazione all'intervento, discussione, e disciplina pattizia del funzionamento dell'assemblea della società per azioni: a proposito di una recente sentenza della Cassazione*, in *Contratto e Impresa*, 1995, p. 1041 e seg.; P.G. JAEGER, *Il regolamento assembleare della Banca Popolare di Novara*, in *Giur. comm.*, 1989, I, p. 191 e seg.; L. BUTTARO, *Diritto commerciale – Lezioni introduttive*, Bari, 1995, p. 87 e seg.; S. ZUNARELLI, *L'organizzazione dell'assemblea nella prassi statutaria delle piccole e medie società di capitali*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1981, p. 202 e seg.

¹³⁶ A. CHIANTIA, *L'ostruzionismo nell'assemblea delle società per azioni*, cit., p. 141 e seg.

11.I comportamenti ostruzionistici in occasione della delibera assembleare. La richiesta di convocazione per mero spirito di “chicane” quale comportamento abusivo esterno al momento deliberativo.

Come suggerito in uno degli scritti dedicati alla tematica¹³⁷, è possibile schematizzare i comportamenti abusivi in occasione della delibera assembleare a seconda che si realizzino esternamente od internamente all'adunanza.

Con riferimento alla prima categoria, si individua la fattispecie dell'abuso del diritto di richiedere la convocazione da parte del socio che superi lo sbarramento previsto all'art. 2367 cod. civ., disposizione che sancisce e regola il diritto stesso. Ai sensi della norma indicata, alla richiesta di codesti soci, gli amministratori o il consiglio di gestione devono convocare senza ritardo l'assemblea e con la stessa richiesta devono essere indicati gli argomenti che si intende trattare nell'adunanza. Al secondo comma della disposizione in esame è previsto inoltre che nel caso in cui gli amministratori o il consiglio di gestione, oppure in loro vece i sindaci o il consiglio di sorveglianza o il comitato per il controllo sulla gestione, non provvedono, il tribunale sentiti i componenti “inadempienti”, ove il rifiuto di provvedere risulti ingiustificato, ordina con decreto la convocazione dell'assemblea designando la persona che assumerà la carica di presidente.

Il secondo comma ha trovato collocazione nell'articolo di interesse solo grazie all'intervento riformatore del 2003¹³⁸. Tuttavia, il principio secondo cui la richiesta di convocazione da parte del numero sufficiente di legittimati non determina in modo automatico l'obbligo di provvedere era già stato espresso dalla giurisprudenza, anche se non unanime¹³⁹.

Eliminato ogni dubbio sull'automatismo della convocazione per opera del presidente del tribunale non rimane che delineare i fattori impeditivi, diversi dalla richiesta del socio non qualificato, che giustificano il rifiuto da parte degli amministratori o di chi tenuti a provvedere.

Chiaramente, un fattore impeditivo giustificativo è quello fissato al comma terzo¹⁴⁰ dello stesso articolo, relativo al *thema deliberandi*. Così, rientrano nel novero di tale divieto le richieste di convocazione per la trattazione, in generale, di argomenti che non rientrino nella

¹³⁷ A. CHIANTIA, *L'ostruzionismo nell'assemblea delle società per azioni*, Milano, 2000, p. 69 e seg.

¹³⁸ Come è possibile apprendere dal § 5 della relazione della riforma, era necessario porre un rimedio alla illegittima prassi della richiesta di convocazione per mero spirito di “chicane”.

¹³⁹ Cfr. Trib. Milano, 22 marzo 1990, in *Società*, p. 775, con nota contraria di A. MORANO; Trib. Milano, 7 maggio 1987, in *Giur. comm.*, 1987, II, 812, con nota adesiva di E. RIMINI, *Sui limiti del diritto della minoranza qualificata ad ottenere la convocazione dell'assemblea*; Pret. Modena, 21 luglio 1988, *ivi*, II, p. 99, con nota critica di G. BERGOMI, *Convocazione dell'assemblea di società per azioni: diritti della minoranza, dei doveri degli amministratori e provvedimenti d'urgenza*.

¹⁴⁰ Art. 2367, comma terzo, cod. civ.: «La convocazione su richiesta di soci non è ammessa per argomenti sui quali l'assemblea delibera, a norma di legge, su proposta degli amministratori o sulla base di un progetto o di una relazione da essi predisposta.

competenza dell'assemblea da convocarsi¹⁴¹, delle modifiche dello statuto, della fusione, scissione e trasformazione della società, del bilancio e dell'autorizzazione per gli amministratori per il compimento di atti di gestione e degli altri temi che esigono la predisposizione di una relazione *ab initio* da chi è responsabile dell'atto gestorio¹⁴². Sono altresì fattori impeditivi giustificativi, la richiesta di convocazione per la trattazione di tematiche che attengano ad atti di gestione e la prevedibilità che la delibera conclusiva dell'assemblea di cui si chiede la convocazione possa essere viziata da nullità per illiceità o impossibilità dell'oggetto¹⁴³.

Anche il fondato sospetto che il rimedio prescelto sia strumentalmente impiegato in danno della società per azioni e per finalità contrastanti con quelle garantite dalle prescrizioni della legge può costituire fattore impeditivo che giustifica il rifiuto da parte degli amministratori¹⁴⁴.

Come sottolineato da una nota dottrina¹⁴⁵, può dirsi oramai consolidato il principio secondo cui esiste il diritto e dovere degli amministratori di non accogliere richieste di convocazione contrarie alla legge o allo statuto, immotivate, inutili o ripetitive, proprio al fine di evitare iniziative abusive o atteggiamenti dilatori da parte di alcuni soci¹⁴⁶.

Poche, per non dire una, sono state le pronunce di rigetto della richiesta di convocazione per abuso del diritto. Nell'unica individuata, il giudice di merito ha ravvisato abuso del diritto di convocazione nel fatto che lo stesso diritto fosse stato esercitato al solo fine di perseguire intenti dilatori o di mero disturbo, per realizzare una funzione disgregatrice all'interno della compagine sociale¹⁴⁷. In tal modo, veniva messo in risalto l'onere in capo agli amministratori di provare l'elemento soggettivo. In caso di non raggiungimento della prova, il rifiuto doveva dirsi ingiustificato e tale presupposto fondava l'ordinanza del presidente.

¹⁴¹ Secondo una risalente ma ancora attuale impostazione giurisprudenziale, il rifiuto è giustificato quando i temi sui quali si sollecita il dibattito non siano di competenza dell'assemblea e ineriscano ad interessi illeciti o impossibili. In tal senso, Trib. Napoli, 24 gennaio 1996, in *Società*, 1996, p. 817, con nota di A. GAGLIOTI.

¹⁴² De Giorgi, 2007, p. 290; Murino, 2007, p. 393, Marchetti, 2008, p. 75.

¹⁴³ Serra, 1994, p. 75; Marchetti, 2008, p. 75.

¹⁴⁴ Trib. Milano 21 novembre 1994, in *Giur. comm.*, 1995, II, con nota di A. PEROTTO, *Convocazione di assemblea «su richiesta della maggioranza», poteri degli amministratori e abuso del diritto*.

¹⁴⁵ De GIORGI, 2007, p. 286.

¹⁴⁶ App. Palermo, 15 ottobre 1998, in *Società*, 1999, p. 80. In questo senso, Trib. Milano, 21 novembre 1994, in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 586; Trib. Aosta in *Società*, 1995, p. 70 con nota adesiva di S. STRANEO. Ancora più risalente è la pronuncia del Trib. Milano, 7 maggio 1987, in *Giur. comm.*, 1987, p. 81, con nota di E. RIMINI; commentata altresì da L. CAROTA, *Società per azioni e convocazione dell'assemblea su richiesta della minoranza*, in *Contratto e impresa*, III, 1989, p. 849.

¹⁴⁷ Così, Trib. Aosta, 12 aprile 1994, cit., p. 70.

12. I comportamenti abusivi interni alla delibera assembleare. L'abbandono dell'assemblea in sede deliberante.

Rientrano nella seconda categoria, ovvero in quelle poste in essere internamente al momento assembleare, l'abbandono dell'assemblea in sede deliberante, l'abuso del diritto di intervento e il cosiddetto «eccesso del diritto di discussione», il rinvio dell'assemblea ex art. 2374 cod. civ. e il fenomeno dell'abuso del diritto di voto della cd. *minoranza di blocco*.

Partendo, ora, dall'analisi dell'abbandono dell'assemblea in sede deliberativa, va specificato che questa è la fattispecie affrontata dalla giurisprudenza più risalente e che ha segnato la collocazione storica dell'ostruzionismo assembleare agli inizi del secolo scorso. La fattispecie giuridica veniva posta in essere a causa di una lacuna desumibile dalle previsioni normative di cui agli articoli 158 e 210 cod. comm. L'abrogato codice di commercio richiedeva, per deliberare validamente, sia la presenza di tre quarti del capitale sociale e sia il voto favorevole della metà del capitale sociale. L'interpretazione letterale in senso restrittivo delle due norme giungeva dalla pronuncia di un tribunale di merito che ha risolto un noto caso di inizio secolo scorso, con la dichiarazione di nullità della deliberazione per il venir meno del *quorum* costitutivo durante la votazione. In altre parole, il semplice allontanamento dei soci di minoranza dal luogo dell'assemblea al momento della votazione aveva raggiunto il risultato sperato, ovvero la dichiarazione di invalidità della delibera assembleare di scioglimento anticipato della società¹⁴⁸.

L'anzidetta prassi si riproponeva anche sotto la vigenza dell'art. 2368 cod. civ. Sicché dottrina maggioritaria interpretava la norma nel senso di considerare sufficiente l'accertamento del *quorum* costitutivo effettuato in apertura dell'assemblea¹⁴⁹.

¹⁴⁸ E' infatti quanto accaduto nella nota sentenza del Trib. Verona, 23 novembre 1905, in *Riv. dir. comm.*, 1906, II, p. 84. Il caso di specie vedeva coinvolta una società anonima. Durante l'assemblea convocata per deliberare sull'opportunità del suo scioglimento anticipato al momento della votazione alcuni soci non volendo lo scioglimento, si allontanano volontariamente dalla riunione impedendo di fatto la fase deliberativa. Venendo a mancare, nel momento deliberativo, la compresenza di entrambi i *quorum* richiesti dalla legge, per evitare l'*empasse*, il presidente ricorse ad una *fictio*, considerando come astenuti i soci che si erano allontanati e deliberando con il voto favorevole del solo *quorum* deliberativo. La delibera viene prontamente impugnata dai soci ostruzionisti e il giudice di primo grado, in accoglimento dell'impugnazione, annulla la delibera per assenza della presenza di entrambe le maggioranze richieste per tutta la durata dell'assemblea. La sentenza suscitò una polemica tra due autorevoli protagonisti del tempo, Sraffa e Scialoja. Mentre Sraffa proponeva una interpretazione modificativa dell'art. 158 cod. comm. che consentisse di ricostruirne la *ratio legis*, giacché la norma era frutto di una mera svista del legislatore, per Scialoja optare per una tale interpretazione equivaleva a procedere illegittimamente ad una parziale abrogazione del diritto positivo. Si veda in merito, A. SRAFFA, *L'ostruzionismo nelle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, p. 84 e seg., V. SCIALOJA, *L'ostruzionismo nelle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, I, p. 473. Ad una lettera inviata da Scialoja a Sraffa faceva seguito il successivo scritto di quest'ultimo, A. SRAFFA, *Postilla alla lettera di Scialoja*, *ivi*, 1906, p. 476 e seg..

¹⁴⁹ G. CAVALLI - M. MARULLI - C. SILVETTI, *Le società per azioni*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, Torino, II, 1996, p. 154. Cfr. G. FRÉ, *Società per azioni*, art. 2325-2451, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1972, sub. Art. 2368, p. 320, F. FERRARA JR- F. COSTI, *Imprenditori e società*, Milano, 1987, p. 468; G. GRIPPO, *L'assemblea*, in *Tratt. Rescigno*, XVI, Torino, 1985, p. 375. In senso contrario, A. CHIANTIA, *L'ostruzionismo*

Anche nel periodo ante riforma delle società del 2003, il fenomeno ostruzionistico riproponeva le stesse problematiche. Va anticipato che le soluzioni dottrinali e giurisprudenziali elaborate in risposta al fenomeno indicato trovano conferma ancora oggi considerato che la norma di cui all'art. 2368 cod. civ. non ha subito modifiche, relativamente ai *quorum* richiesti, per effetto della riforma. Se il problema può dirsi in parte superato relativamente all'assemblea straordinaria richiedendosi, in tale sede, soltanto una maggioranza sia per la costituzione che per la validità della delibera, l'eventuale ostruzionismo ripropone la questione del calcolo del *quorum* deliberativo nell'assemblea di prima convocazione. Per la validità di tale deliberazione, infatti, si richiede espressamente la presenza dei soci che rappresentano la metà del capitale sociale e il voto della maggioranza numerica assoluta degli intervenuti. Precisamente il problema si pone sul come configurare l'astensione del socio non votante la cui quota partecipativa sia stata calcolata nel *quorum* costitutivo. Diverse sono state le argomentazioni proposte dalla dottrina¹⁵⁰, ma l'impostazione accolta dalla giurisprudenza propende per considerare ininfluenza l'astensione agli effetti del *quorum* deliberativo. La tecnica adottata al fine di sventare gli abusi dei soci era sostanzialmente quella prevista all'art. 2373 cod. civ.: secondo tale impostazione la maggioranza andava calcolata sui soli voti dei soci votanti e quindi escludendo gli astenuti¹⁵¹.

nell'assemblea delle società per azioni, cit., p. 88, la quale ritiene di dover concordare con quanti in dottrina ritengono che il *quorum* costitutivo debba essere perdurante anche durante la votazione. In tal senso evidenzia che: «D'altra parte, lo stesso dato normativo richiede la votazione a maggioranza numerica degli intervenuti, subordinatamente alla previsione del *quorum* minimo degli stessi partecipanti all'adunanza assembleare». Ciò sarebbe confermato anche in ragione del principio di democraticità. Alla luce di tale principio non sarebbe ammissibile imporre un determinato *quorum* per la discussione delle materie da sottoporre a delibera non necessario al momento della deliberazione stessa. Si ritiene allora di osservare, che se tale impostazione è formalmente e sostanzialmente corretta e coerente, il problema del comportamento ostruzionistico non trova però così soluzione. L'autrice, infatti, conclude per la totale inesistenza della libera giacché è ammissibile che alcuni soci escano dal locale dell'adunanza assembleare prima della votazione. Nello stesso senso, G. ROMANO-PAVONI, *Le deliberazioni delle assemblee delle società*, Milano, 1951, p. 287 e seg.

¹⁵⁰ Per una dettagliata disamina delle varie impostazioni, si veda, M.P. MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006, p. 103 e seg. L'attenzione va maggiormente riposta alle osservazioni di PELLIZZI, *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 113 che fa discendere la validità della costituzione assembleare qualunque parte di capitale rappresentata dai soci intervenuti sostenendo l'esistenza di un generale principio di conservazione dell'ente desumibile dalle norme che disciplinano il procedimento decisionale che conduce all'approvazione delle delibere quali atti necessari per raggiungere gli scopi propri del contratto di società.

¹⁵¹ Trib. Milano, 26 febbraio 1973, n. 274, in *Foro it.*, I, c. 2202. In tale occasione si specificò che la norma di cui all'art. 2373 cod. civ. è espressione di un principio generale idoneo a regolare il calcolo delle maggioranze in tutte le ipotesi di mancanza del diritto di voto. Per questa soluzione, tra le tante, Trib. Milano, 9 novembre 1987, in *Giur. comm.*, 1988, II, c. 967; Trib. Milano, 15 gennaio 1987, inedita; Trib. Milano, 11 aprile 1988, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, c. 305; Trib. Livorno, 1 febbraio 1957, in *Giur. it.*, 1957, I, 2, c. 986; Trib. Brindisi, 31 luglio 1953 in *Corti. Bari, Lecce, Potenza*, 1955, p. 52.

13. Segue. L'abuso del diritto di intervento e l'«eccesso del diritto di discussione».

Tra le prerogative attribuite al socio, vi è quella del diritto di intervento. Per questo ci si è domandati se fosse ipotizzabile un abuso di tale diritto.

Questa fattispecie abusiva andrebbe ravvisata nell'ipotesi in cui il diritto in esame venga esercitato sostanzialmente per scopi del tutto differenti per quelli per i quali il diritto medesimo è stato attribuito. Considerato che il diritto di intervento è finalizzato all'esercizio del diritto di discussione e di voto, è difficile comprendersi come possa individuarsi una sua autonoma abusività. Uno spunto viene da una risalente dottrina secondo la quale i soci esclusi dal voto potrebbero intervenire in assemblea, limitandosi ad una semplice assistenza passiva che assolverebbe una funzione meramente informativo-conoscitiva, senza prendere parte alla discussione¹⁵². La questione non sembra superata, giacché, non si vede ad ogni modo come possa ipotizzarsi un abuso del diritto di intervento esercitato a meri fini conoscitivi.

Piuttosto, sarebbe necessario spostare i termini della questione. Nel senso, precisamente, di verificare l'eventualità di un abuso del diritto di discussione in senso negativo. In altre parole pensare a quell'ipotesi dell'abuso di un non-uso del diritto come affrontato da una dottrina risalente¹⁵³ e che farà parte della più ampia questione oggetto del prossimo capitolo.

Dubbio è il caso che è stato ipotizzato e fatto rientrare nella fattispecie abusiva del diritto di intervento: il caso in cui «l'ex socio, o comunque, in generale, il soggetto non legittimato a partecipare ai lavori assembleari, vi intervenga ugualmente e, addirittura, talvolta concorra con il suo voto determinante alla formazione della volontà sociale».¹⁵⁴ Va allora ricordato che il diritto di intervento è sancito dall'art. 2370 cod. civ. e, a seguito della modifica avvenuta per opera del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 27, possono intervenire all'assemblea coloro ai quali spetta il diritto di voto. In tal modo, il legislatore ha esteso il diritto di intervento anche coloro che non sono soci nei limiti in cui siano titolari del diritto di voto, quali ad esempio creditori pignoranti, o usufruttuari.

¹⁵² Di diverso avviso, A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1955, p. 172; FIORENTINO, *Gli organi delle società di capitali*, Napoli, 1950, pag. 30, spec. nt. 46.

¹⁵³ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205 ss. (ora in *L'abuso di diritto*, Bologna, 1998, e da qui le ulteriori citazioni); ma ancora prima, A. SCIALOJA, *Il «non uso» è «abuso» del diritto soggettivo?*, in *Foro it.*, 1961, I, 1, p. 256.

¹⁵⁴ Testualmente, A. CHIANTIA, *L'ostruzionismo nell'assemblea della società per azioni*, cit., p. 90. Con riferimento all'intervento e votazione dell'ex socio, l'eventualità proposta presuppone che ci sia un nuovo socio che non sia intervenuto e non abbia preso parte alla deliberazione. Da ciò scaturirebbe la responsabilità in capo all'ex socio per violazione dei diritti individuali spettanti al nuovo socio (cfr. Trib. Roma, 15 novembre 1975, in *Giur. comm.*, 1977, I, p. 405). L'ipotesi potrebbe riguardare quanto accade nelle società per azioni quotate, con il sistema cd. di *record date*, ma non si ravvedono connessioni con un possibile abuso in senso stretto. In merito si rinvia alle attente osservazioni di E. CIVERRA, *L'assemblea dei soci nelle società di capitali. Delibere e invalidità*, cit.,

Per verificare se l'ipotesi sopra prospettata sia verosimile è necessario prendere ad esame alcune considerazioni. In primo luogo, questa andrebbe inquadrata nella eventualità che un soggetto non legittimato (o un ex socio) abbia partecipato all'assemblea e abbia votato. Una volta in sede di impugnazione ex art. 2377 cod. civ., nonostante la dichiarazione di invalidità del suo votazione potrebbe accadere, ad ogni modo, che una dichiarazione di invalidità della delibera stessa possa non essere ammissibile. Ciò avverrebbe nel caso in cui, anche procedendo alla eliminazione del voto illegittimo dal *quorum* deliberativo, la delibera sottoposta alla prova di resistenza risultasse avere la maggioranza richiesta ai fini della sua adozione. La partecipazione, infatti, inficerebbe la validità della delibera solo qualora questa risulti esser stata determinante ai fini della regolare costituzione dell'assemblea e salvo sia stata determinante per la maggioranza richiesta, come sancito all'art. 2377, comma quinto, nn. 1 e 2, cod. civ. Pertanto, l'eventualità segnalata da tale dottrina si potrebbe verificare, nell'inimmaginata ipotesi che, nonostante l'impugnazione in cui venga dichiarata l'invalidità del voto ma non della delibera, la delibera risulti comunque inficiata da abuso del diritto di intervento per il quale vizio andrebbe ad ogni modo impugnata poiché il suo intervento, esercitato fuori dalla sua funzione, abbia in qualche modo determinato la volontà sociale. Va peraltro esclusa una tale ipotesi, giacché è impossibile configurare un abuso di un diritto quando tale diritto non sia stato attribuito. E questo è il caso del non legittimato e dell'ex socio i quali non sono titolari di quel diritto di intervento.

Altresì, va distinta la partecipazione all'adunanza di soggetti *estranei*, la quale seppur ammissibile è comunque irrilevante. Tipica è la partecipazione di avvocati, consulenti, giornalisti, ecc., la cui presenza può essere, tra l'altro, funzionale ed indispensabile a soddisfare il diritto di informazione degli aventi diritto al voto e a supporto dell'organo sociale¹⁵⁵.

La fattispecie di abuso di intervento può essere a questo punto riversato nell'«eccesso del diritto di discussione». Invero, a riguardo non sussiste una espressa previsione normativa che si occupi letteralmente del diritto di discussione, tuttavia dottrina e giurisprudenza unanime riconducono l'origine di questo diritto all'art. 2370 cod. civ. Concesso il diritto di intervento, il diritto di discussione è implicito nel primo. Al socio deve essergli riconosciuto inevitabilmente

¹⁵⁵ Per l'irrelevanza della partecipazioni di estranei, Trib. Milano, 3 gennaio 1987, in *Dir. fall.*, 1988, II, p. 100; R. LERNER, A. TUCCI, *Società per azioni. L'assemblea*, in *Trattato di diritto commerciale*, V. Buonocore (fondato da), R. Costi (diretto da), Sez. IV, 4 V, Torino, 2012, p. 101, il quale tra l'altro affiderebbe al presidente la valutazione di una ammissione alla partecipazione di terzi estranei e con quali modalità.

il potere di esprimere liberamente la propria opinione, anche nel caso in cui gli sia inibito il diritto di votare¹⁵⁶.

L'esercizio abusivo del diritto si configurerebbe quando venisse esercitato per un interesse proprio particolare ovvero quando l'azionista discuta ininterrottamente per ore allo scopo di prolungare inopinatamente la riunione assembleare ovvero incentri la discussione su operazioni per le quali abbia un interesse personale. Questo esercizio in tal modo oltrepasserebbe la funzione obiettiva per la quale sempre è stata preordinata l'attribuzione al privato del potere di autonomia¹⁵⁷.

14. Segue. L'esercizio abusivo del diritto al rinvio.

Anche il diritto al rinvio ai sensi dell'art. 2374 cod. civ. potrebbe essere oggetto di esercizio abusivo ai fini ostruzionistici. La norma infatti sancisce che i soci intervenuti che riuniscono un terzo del capitale rappresentato dall'assemblea, se dichiarano di non essere sufficientemente informati sugli oggetti posti in deliberazione, possono chiedere che l'assemblea venga rinviata a non oltre cinque giorni. Il diritto in analisi però non può esercitarsi che una sola volta per lo stesso oggetto.

Dottrina e giurisprudenza maggioritaria convengono sull'interpretazione secondo cui il diritto di rinvio dell'assemblea è un vero e proprio diritto potestativo¹⁵⁸ al quale la maggioranza deve semplicemente sottostare in quanto soggetto passivo. In presenza dei requisiti minimi richiesti dalla norma, il presidente è obbligato a rinviare l'udienza pena l'invalidità della delibera comunque adottata. Così interpretata la norma, anche l'obbligo della maggioranza di uniformarsi alla richiesta avanzata dalla minoranza risulterebbe coerente con la *ratio* della norma del secondo comma¹⁵⁹. La seconda disposizione normativa, inoltre, starebbe a

¹⁵⁶ V. BUONOCORE, *Legittimazione all'intervento, discussione e disciplina pattizia dell'assemblea delle società per azioni: a proposito di una recente sentenza della cassazione*, in *Contratto e Impresa*, 1995, p. 1049, il quale definisce il diritto di discussione una delle «appendici» del potere di intervento.

¹⁵⁷ A. CHIANTIA, *L'ostruzionismo nell'assemblea della società per azioni*, cit., p. 100. L'A. sostiene che un tale esercizio non sarebbe limitabile se non con delle previsioni statutarie che fissino ad esempio i tempi e con i limiti «naturali», quali la pertinenza dell'intervento rispetto all'argomento discusso. Inoltre, la dialettica assembleare e lo scambio di opinioni assicurano una meditata attività deliberativa in vista del soddisfacimento di interessi che trascendono l'ambito degli interessi dei singoli soci e quindi il diritto di discussione non può essere inibito.

¹⁵⁸ Recentemente, in merito, Corte App. Roma, sez. II, 3 luglio 2013, n. 3813, in *Riv. dir. soc.*, 2015, I, p. 160, la quale afferma che «della non sindacabilità del grado di informazione acquisita dai richiedenti, milita lo stesso tenore letterale della disposizione esaminata, laddove si limita a stabilire che il diritto al rinvio compete ai soci intervenuti “se dichiarano di non essere sufficientemente informati” [...] Ecco, allora, che la richiesta dei soci non equivale ad una proposta di rinvio sulla quale l'assemblea possa essere richiamata ad esprimersi con una decisione di accoglimento o rigetto. Si tratta, insomma, di un diritto potestativo di chiedere ed ottenere il differimento dei lavori assembleari.

¹⁵⁹ La *ratio* della norma andrebbe ravvisata nella salvaguardia di un principio generale immanente allo svolgimento della vita societaria ed assembleare consistente nella garanzia di una informazione corretta ed esauriente finalizzata alla assunzione di decisioni in piena consapevolezza ed a presidio dell'interesse della società ad un approfondito dibattito. Così il legislatore in tal modo avrebbe conciliato le due opposte esigenze entrambe

dimostrare che il legislatore non ha ignorato il rischio di una utilizzazione “abusiva” del diritto al rinvio così riconosciuto ad un gruppo qualificato di soci intervenuti¹⁶⁰.

Diversamente, secondo un orientamento minoritario della giurisprudenza il rifiuto da parte del presidente dell’assemblea di accogliere la richiesta di rinvio proveniente dalla minoranza qualificata dei soci non è causa di invalidità della deliberazione qualora la richiesta non sia conforme al comportamento che l’articolo 1375 cod. civ. impone ai contraenti¹⁶¹.

Si ritiene, opportuno, fare una riflessione: la disposizione appena esaminata potrebbe rientrare nel novero di quelle in cui, attribuendo un diritto ne abbia indicato anche il limite al suo esercizio. E il limite, in tal caso, è stato posto restringendone la sua proponibilità per una sola volta relativamente allo stesso oggetto. Tuttavia, anche posto che la riflessione risulti corretta – dalla quale si potrebbe asserire che il legislatore abbia implicitamente riconosciuto l’esistenza di un principio generale del divieto di abusare del diritto – la disposizione di cui all’art. 2374 cod. civ non sarebbe in grado di avere la stessa funzione “limitatrice” rispetto ad un esercizio sistematico del diritto di rinvio motivato, e quindi insindacabile secondo l’orientamento maggioritario, di ogni singola assemblea indetta avente ognuna un diverso oggetto.

15. Segue. L’abuso del diritto di voto della minoranza di blocco.

Tra le ipotesi di esercizio ostruzionistico all’interno dell’adunanza, si giunge, infine, all’analisi della fattispecie dell’abuso di voto da parte della “minoranza di blocco”¹⁶².

riferibili non ai soci ma alla società. Secondo la Corte tra i due interessi, ciò che prevale sarebbe l’interesse del socio ad una migliore informazione sui temi all’ordine del giorno, con la conseguenza per cui la valutazione circa il grado di sufficienza delle informazioni a disposizione del socio deve ritenersi sottratta al controllo della maggioranza, Corte App. Roma, sez. II, 3 luglio 2013, n. 3813, cit., p. 159-160, con nota di F. D’ERRICO, *Note in materia di rinvio d’assemblea della società per azioni e buona fede dei soci del presidente dell’assemblea*. Trib. Catania, 10 gennaio 2002, in *Società*, 2002, p. 879 con osservazioni di A. FUSI; Trib. Torino, 18 maggio 1991, *ivi*, 1991, p. 1402, con nota adesiva di M. MARULLI; Trib. Prato 6 maggio 1987, in *Foro pad.*, 1987, I, p. 523. Nello stesso senso in dottrina, G. FERRI jr., *Il «rinvio» dell’assemblea*, in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 704; A. MIGNOLI-R. NOBILI, voce *Assemblea di società*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 392.

¹⁶⁰ Come da pronuncia di merito «non può essere di ostacolo la preoccupazione per la possibile legalizzazione dell’ostruzionismo, posto che il limite di tre, ora di cinque, giorni come termine massimo del rinvio denota come il legislatore abbia valutato anche questo aspetto e lo abbia risolto nel senso del contemperamento delle esigenze contrapposte della tutela delle minoranze e del principio di funzionalità dei lavori assembleari», Trib. Torino, 18 maggio 1991.

¹⁶¹ Trib. Roma, 14 giugno 2005, in *Riv. not.*, 2006, VI, p. 1584, con nota di Ungari Trasatti. In termini analoghi, Trib. Venezia, 16 novembre 1987, in *Soc.*, 1988, p. 482.

¹⁶² Sulla minoranza di blocco, senza pretesa di completezza, A. NUZZO, *L’abuso della minoranza. Potere, responsabilità e danno nell’esercizio del voto*, Torino, 2003, p. 24 e seg., R. RORDORF, *Minoranza di blocco ed abuso di potere nelle deliberazioni assembleari di S.p.A.*, in *Corriere Giur.*, 2007, X, p. 1443, ID., *L’abuso di potere della minoranza*, in *Le società*, 1999, p. 809 e seg.; G.B. PORTALE, «*Minoranze di blocco*» e *abuso del diritto del voto nell’esperienza europea: dalla tutela risarcitoria al «gouvernement des juges»?*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 153 e seg., PISANI MASSAMORMILE, *Minoranze, abusi e rimedi*, Torino, 2004, p. 28 e 143; S. RUSSO, *Mancata approvazione del bilancio e abuso del diritto di voto nelle società paritetiche*, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 200.

Il potere in esame si esplica nella possibilità di condizionare negativamente una decisione assembleare. Ogni qualvolta il socio di minoranza (o una coalizione di soci) può impedire l'approvazione di una delibera assembleare, o in ragione dell'entità della propria partecipazione, come nel caso di partecipazione paritetica¹⁶³, o dei *quorum* rafforzati richiesti dalla legge¹⁶⁴, è titolare del cd. *potere di blocco*¹⁶⁵.

Fino ai primi anni '90 l'ipotesi dell'abuso di minoranza non destava particolare interesse giacché gli strumenti di tutela offerti a questa dal codice non si spingevano oltre che una serie di diritti di informazione, di richiedere la convocazione ex art. 2367 cod. civ., di ottenere un rinvio della discussione ex art. 2374 cod. civ., come già analizzato.

L'interesse alla fattispecie dell'abuso di minoranza è arrivato soprattutto con l'emanazione del Testo unico (Tuf) delle "Disposizioni in materia di intermediazione finanziaria", d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, con il quale si provvedeva ad un rafforzamento della tutela degli azionisti di minoranza nelle società quotate. Ciò avveniva in ragione di quanto previsto della legge delega 6 febbraio 1996, n. 52, dove all'art. 21, comma quarto. Con detto articolo, infatti, il legislatore indicava la tutela delle minoranze quale criterio che il governo avrebbe dovuto adottare nella stesura del testo¹⁶⁶. Tra i poteri di autotutela previsti per le minoranze, prevalentemente espressi dalle norme della Parte IV, titolo III, capo II, sezione II, vi era anche quello di condizionare fortemente le deliberazioni dell'assemblea straordinaria della società,

¹⁶³ In tal caso, infatti, il cd. *abuse d'égalité* è in grado di paralizzare il funzionamento anche delle assemblee ordinarie. Il fenomeno ha interessato particolarmente dottrina e giurisprudenza francese. Una prima delimitazione dell'abuso di minoranza è arrivata con la decisione della Cassazione, 15 luglio 1992 (caso *Six*) la quale individua il suo presupposto oggettivo nel comportamento del socio contrario all'interesse della società alla realizzazione di un'operazione ad essa essenziale e il suo presupposto soggettivo nella preordinazione allo scopo di favorire i propri interessi a detrimento degli altri soci. Da tale pronuncia, si viene in rilievo il riferimento dell'opposizione ad una operazione *essenziale* alla sopravvivenza della società. Al di fuori di tale caso, l'esercizio della *minorité de blocage* deve dirsi legittimo (App. Paris, 25 maggio 1993, Recueil Dalloz-Sirey, 1993, Jurispr., 541; App. Paris, 24 gennaio 1997, Bull. Joly, 1997 § 172, p. 405, con nota di B. *Saintourens*, *Situaiton financière de la société et intérêts propres des minoritaires dans l'appréciation de l'abus de minorité*). Si distingue, invece, dalla impostazione qui istituzionalistica, altra impostazione influenzata da una teoria belga (L. SIMONT, *Réflexion sur l'abus de minorité*, in *Liber amicorum Jan Ronse* (Buxelles 1986), p. 325 e 329, secondo la quale va valutato se il vantaggio ottenuto dalla minoranza di conservare la minoranza di blocco resti o no nel limite di una proporzione accettabile (*abmisible*) con l'inconveniente che il rifiuto comporta per la società ed in conseguenza per gli azionisti di maggioranza (M. BOIZARD, *L'abus de minorité*, in *Rev. soc.*, 1988, p. 374).

¹⁶⁴ Così nelle assemblee straordinarie, ove si richiama il voto favorevole dei due terzi del capitale rappresentato in assemblea: artt. 2368, comma 2, e 2369, comma 3, c.c.

¹⁶⁵ Deve notarsi a riguardo che per quanto riguarda le società per azioni la creazione di minoranze di blocco viene agevolata dalla disciplina delle cd. deleghe di voto con l'istituto di cui all'art. 138 Tuf che sembra ammettere il "mercato del voto" e con quello della raccolta delle deleghe di cui all'art. 141 Tuf riservata alle associazioni di azionisti, si veda G.B. PORTALE, «*Minoranze di blocco*» e *abuso del diritto del voto nell'esperienza europea: dalla tutela risarcitoria al «gouvernement des juges»?*, cit., p. 155.

¹⁶⁶ Diversi sono i poteri di autotutela per il quale si rinvia a R. RORDORF, *I poteri degli azionisti di minoranza nel Testo unico sui mercati finanziari*, in *Scritti di diritto societario in onore di Vincenzo Salafia*, Milano, 1998, p. 141 e seg. Che il nuovo testo sia inidoneo ad attribuire reali strumenti di tutela per la minoranza è quanto sostenuto da A. GAMBINO, *Tutela delle minoranze*, in *La riforma delle società quotate, Atti del convegno di studi di S. Margherita Ligure*, Milano, 1998, p. 135 e seg.

che non poteva assumere decisione alcuna, né in prima, né in seconda, né in terza convocazione, senza il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale rappresentato nella stessa assemblea, ai sensi dell'art. 126, comma quarto. Il comma in questione è stato abrogato¹⁶⁷ trovando in tal modo applicazione quanto sancito ai sensi di cui all'art. 2368 e 2369 cod. civ. Ciò non toglie che vi siano altre situazioni concrete in cui si possono creare minoranze di blocco e dunque l'abuso di voto delle stesse.

Le delibere in cui si riscontrano le cd. *minoranze di blocco* generalmente sono quelle di approvazione del bilancio consolidato e delle modifiche statutarie, che autorevole dottrina identifica quali modifiche strutturali¹⁶⁸, o in ogni altro caso in cui lo statuto stabilisca delle maggioranze più elevate rispetto a quanto previsto dalla legge.

Quindi, se è vero che il socio di minoranza non può imporre ad altri una deliberazione a lui gradita, può però impedire che sia adottata una delibera dove la propria partecipazione azionaria sia condizionante l'approvazione della deliberazione stessa.

L'eventuale abuso di voto della *minoranza di blocco* è in grado di impedire il funzionamento dell'attività assembleare e da tale *impasse* potrebbe conseguire lo scioglimento della società ai sensi dell'art. 2484, comma primo, n. 3), cod. civ.

La gravità del risvolto legislativo ha spinto l'interessamento della dottrina e giurisprudenza alla suddetta fattispecie. L'orientamento francese offre uno spunto per analizzare l'ipotesi abusiva. I suoi presupposti possono dirsi, oramai, tipizzati: una situazione di conflitto con l'interesse sociale; la "trasparenza" dell'operazione sottoposta all'assemblea; un voto negativo (ma può bastare l'astensione¹⁶⁹) espresso dalla minoranza con lo scopo di avvantaggiarsi o semplicemente con lo scopo di nuocere a danno della maggioranza¹⁷⁰. Tutto ciò produce il normale effetto di rompere l'eguaglianza tra i soci¹⁷¹, e in ogni caso di impedire la sopravvivenza della società¹⁷².

¹⁶⁷ Comma abrogato dall'art. 9 del d.lgs. n. 37 del 6.2.2004.

¹⁶⁸ Le fattispecie classiche dell'abuso di voto della minoranza concernono modifiche strutturali della società e non la sua gestione. Così, G.B. PORTALE, «*Minoranze di blocco*» e *abuso del diritto del voto nell'esperienza europea: dalla tutela risarcitoria al «gouvernement des juges»?*, cit., p. 174.

¹⁶⁹ L'abuso di minoranza infatti come è già stato specificato si porrebbe in essere anche con la semplice astensione, quando si impedisce con essa la formazione, nelle società quotate, del *quorum* deliberativo o costitutivo statutario.

¹⁷⁰ G.B. PORTALE, «*Minoranze di blocco*» e *abuso del diritto del voto nell'esperienza europea: dalla tutela risarcitoria al «gouvernement des juges»?*, cit., p. 174.

¹⁷¹ A detta di D. SCHMIDT, *Les de la minorité dans la société anonyme* (Paris 1970), p. 155 non è possibile identificare abuso di minoranza se non in presenza di una rottura di uguaglianza tra gli azionisti. In senso contrario, L. SIMONT, *Réflexion sur l'abus de minorité*, cit., p. 322.

¹⁷² Si precisa ad ogni modo che il diritto della società a sopravvivere non può spingersi fino alla proroga forzata. Deve ritenersi pertanto lecita l'opposizione della minoranza alla proroga del termine statutario di durata della società come documentato in G.B. PORTALE, *Dell'opposizione alla proroga di "impresa comune": abus d'égalité o libertà di iniziativa economica?*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 550.

In Italia, seppur diverse problematiche sorgono con riferimento al rimedio¹⁷³, il fondamento per un riconoscimento dell'abuso di voto della minoranza di blocco - ma in generale per i comportamenti esaminati finora¹⁷⁴ - è stato il medesimo adottato dall'orientamento giurisprudenziale maggioritario per configurare la fattispecie dell'abuso della regola di maggioranza¹⁷⁵. Ciò si spiega in ragione del fatto che nell'evoluzione della società per azioni è venuto meno il linea di principio, e per tutti gli azionisti, la tutela assoluta del diritto soggettivo nella sua dimensione di garanzia della illimitata libertà di autodeterminazione del titolare. Ne deriva pertanto che la regola di sindacabilità limitatamente alla repressione dell'abuso deve applicarsi anche per l'esercizio dei contropoteri, e quindi anche del diritto di voto se idoneo a condizionare l'esito della delibera, spettanti a chi si trova in una posizione minoritaria¹⁷⁶.

Precisamente, secondo tale orientamento, all'esercizio del diritto di voto va applicato il principio di buona fede nell'esecuzione dei contratti con la conseguenza che si ravvede in capo al socio un vero e proprio obbligo di collaborazione nell'esercizio dello stesso. Tuttavia, nelle varie pronunce delle corti di merito, in linea con l'orientamento della Cassazione¹⁷⁷, si evidenzia costantemente che «è comunque necessaria la dimostrazione di un esercizio fraudolento ovvero ingiustificato del potere di voto» poiché l'abuso «deve concretarsi nella intenzionalità specificamente dannosa del voto» ovvero «nella compressione degli altrui diritti in assenza di un apprezzabile interesse del votante la cui manifestazione di volontà risulta arbitrariamente dannosa»¹⁷⁸.

Come anzidetto, il fondamento di tale assunto genera dalla considerazione che il contratto di società è un contratto plurilaterale con comunione di scopo e tale scopo continua a regolarlo per tutta la durata di esso¹⁷⁹. L'assemblea è organo costituito per l'attuazione del contratto.

¹⁷³ Questione estremamente problematica che verrà trattato in seguito.

¹⁷⁴ Genericamente, infatti, si afferma che, alla stessa stregua dell'applicazione dell'abuso della regola di maggioranza, viene configurato l'abuso di minoranza quando la minoranza persegue all'interno della compagine sociale, scopi chiaramente contrastanti con l'interesse sociale. Così, FERRARA JR – COSTI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006, p. 542.

¹⁷⁵ La sentenza *leading case* dell'orientamento in esame è la medesima già indicata nei precedenti paragrafi, Cass. civ., 26 ottobre 1995, n. 11151, cit. p. 449 e ss. Come già precisato nei precedenti paragrafi, l'impostazione deriva dall'autorevole insegnamento di P.G. JAEGER, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Riv. giur. comm.*, 1996, II, p. 329.

¹⁷⁶ In tal senso, D. PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, cit., p. 293; A. CERRAI – A. MAZZONI, *La tutela del socio e delle minoranze*, in *Riv. soc.*, 1993, p. 70 e seg. e p. 32 e se. R. RORDOF, *I poteri degli azionisti di minoranza nel testo unico sui mercati finanziari*, in *Scritti di diritto societario in onore di V. Salafia*, Milano, 1998, p. 169 e seg. Cfr. F.D. BUSNELLI- E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, Padova, 1997, nt. 72, p. 188.

¹⁷⁷ Orientamento riaffermato anche in Cass. civ., 12 dicembre 2005, n. 27387, cit.

¹⁷⁸ Trib. Milano, 18 maggio 2001, in *Giur. it.*, 2001, I, p. 98.

¹⁷⁹ R. RORDOF, *Minoranza di blocco ed abuso di potere nelle deliberazioni assembleari di Spa*, in *Corr. giur.*, 2007, X, p. 1443, il quale, tenendo in considerazione il fascio di interessi diversi e destinati a trovare il loro punto di equilibrio attraverso la legge, le regole statutarie e l'operare degli organi, intende come «interesse sociale quella parte che ad essi è comune – pur nella loro eventuale diversità complessiva - e che perciò li riavvicina e

Pertanto, il voto espresso dal socio nelle delibere assembleari è finalizzato a realizzare l'attività societaria e con questa ad attuare il contratto di società trovando in quest'ultimo la sua stessa causa.

Con l'orientamento contrattualistico, si è cercato di dare una risposta ancora una volta al tema centrale della libertà dei soci in assemblea ed in particolare alla dibattuta questione se i soci siano arbitri insindacabili delle loro scelte attinenti all'intervento in assemblea e all'espressione del voto o se contrariamente incontrano dei limiti legali¹⁸⁰.

In questo ultimo senso si presenta l'interpretazione di un noto giurista italiano, per il quale si tratta di comprendere se o eventualmente fino a quale punto il comportamento del socio e l'espressione di voto da parte sua in assemblea risultino compatibili col rispetto dell'interesse comune anche degli altri soci (interesse sociale, appunto) senza il quale la pretesa di far valere le proprie motivazioni personali su quella altrui risulterebbe priva di adeguata giustificazione. Il dovere di solidarietà e di protezione dell'altro contraente non gli consente di farlo in pregiudizio degli altri soci se non entro l'area segnata dall'interesse sociale che li accomuna. L'assenza di una adeguata motivazione al sacrificio imposto all'altrui interesse permettere di constatare l'esistenza della violazione del principio di correttezza e buona fede dell'esercizio di voto da parte della minoranza¹⁸¹.

16. Ipotesi residuali di esercizio abusivo: abuso degli strumenti di tutela attribuiti al socio.

Prima di chiudere il capitolo relativo all'analisi delle ipotesi abusive poste in essere dalla maggioranza e minoranza, soprattutto in occasione della delibera assembleare, e delle argomentazioni sostenute al fine di configurarle come tali e di sanzionarle per vizio di eccesso o abuso di potere, va ricordato necessariamente che in generale sono suscettibili di "abuso" tutti i diritti, le prerogative (atti di autonomia privata), nonché gli strumenti di tutela posti dalla legge attribuiti al socio. Pertanto, la ricognizione non sarebbe soddisfacente se non si prendesse in considerazione anche tali ulteriori ipotesi.

Senza pretesa di completezza si indicano l'eventuale ipotesi di abuso del diritto di controllo previsto all'art. 2476, comma secondo, cod. civ., l'abuso del diritto di recesso quando l'uso di tale diritto venga costantemente usato quale strumento minacciatore per far valere i propri diritti e certamente anche l'abuso del diritto di impugnazione sistematica delle delibere

giustifica il loro essere associati in qualche modo alla medesima impresa: quel tanto di comunione di scopo che è a fondamento del contratto sociale e senza il quale la società stessa perderebbe la propria ragion d'essere per l'ordinamento».

¹⁸⁰ R. WEIGMANN, voce *Società per azioni*, in *Digesto disc. priv., sez. comm.*, XIV, Torino, 1997, p. 388 e seg.

¹⁸¹ R. RORDOF, *Minoranza di blocco ed abuso di potere nelle deliberazioni assembleari*, cit., p. 1443 e seg.

societarie, anche se tale fattispecie abusiva potrebbe già essere inquadrata in un abuso dello strumento processuale.

17. Abuso del “blocco di fatto”.

Una particolare ipotesi di abuso di minoranza è quella dell’abuso di una situazione di blocco di fatto. Tale sarebbe il caso in cui, in sede di società per azioni quotate e di OPA obbligatoria, il socio di minoranza seppur abbia una partecipazione minoritaria, la stessa sia rilevantissima. Ovvero, in possesso ad esempio del 29,98% di azioni societarie riesca ad esercitare un blocco di fatto sfruttando la fisiologica carenza di partecipazione dei soci polverizzati¹⁸².

L’ipotesi, è stata prospettata anche in occasione di una recente pronuncia di merito, pur non essendo il caso di specie sottoposto al giudicante. In essa si legge infatti: «dunque nelle società quotate i soci che decidano di assumere posizioni pur di minoranza, ma particolarmente significative, sono vincolati al rispetto del principio di agire in buona fede in misura molto maggiore di quella dei soci polverizzati, proprio perché le loro decisioni recano effetti sul patrimonio di questi ultimi, in realtà soggetti deboli, solo formalmente titolari di poteri societari, di fatto incapaci di od impossibilitati ad esercitarli¹⁸³. In sostanza il sistema tende a proteggere la posizione debole dei soci polverizzati – tuttavia assolutamente necessari nel loro complesso a rendere funzionante il sistema delle società quotate – con la responsabilizzazione dei soci titolari di partecipazioni significative. In siffatta situazione, dunque, si rende rilevante, ai fini dell’apprezzamento di una situazione di blocco, non solo quella in cui il socio di minoranza sia titolare di tali diritti in via astratta ma anche quando lo sia sul piano concreto».

18. Le due figure giurisprudenziali esaminate applicate nei rapporti tra soci non offrono una effettiva tutela del socio.

Alla luce di una ricostruzione, sicuramente non esaustiva, delle ipotesi in cui le prerogative dei soci, di maggioranza o minoranza, sono state qualificate abusive e alle quali la giurisprudenza ha prospettato l’applicabilità dell’abuso del diritto nei termini di abuso di maggioranza o minoranza è possibile rilevare come, ad oggi, tali figure dogmatiche giurisprudenziali non siano in grado di determinare una effettiva tutela per la parte lesa.

Nonostante la giurisprudenza faccia costantemente ricorso alla regola della buona fede e correttezza, questa esclude la configurabilità dell’abuso della regola di maggioranza o

¹⁸² Trib. Milano, sez. spec. impr., 28 novembre 2014, sentenza integrale in www.giurisprudenzadelleimprese.it. La sentenza in questione, effettua una importantissima valutazione del caso di specie, seppur in sede cautelare.

¹⁸³ L’ipotesi fa sorgere alla mente quanto deriva dalla fattispecie dell’*abuso di posizione dominante*. In merito, si rinvia a F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l’abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, in *Consumatori Oggi*, M. Bessone – P. Perlingieri, Napoli, 2002.

dell'abuso di minoranza, sul presupposto del mancato adempimento dell'onere della prova dell'intento doloso del titolare del diritto.

Si ritiene, allora, necessario porsi in esame come un civilista possa “leggere” la situazione irrisolta, ovvero cosa possa scaturire dall'applicazione dell'abuso del diritto e dalla buona fede oggettiva come inquadrati in ambito contrattuale.

CAPITOLO II

ABUSO DEL DIRITTO IN AMBITO CIVILE

SOMMARIO: [1. Premessa.](#) – [2. Le codificazioni del divieto dell’abuso del diritto negli ordinamenti stranieri.](#) – [3. I tentativi di inserimento nel codice civile italiano vigente di una norma che disciplini l’abuso del diritto.](#) – [4. La teoria dell’abuso del diritto nel diritto sostanziale civile. Brevi cenni storici.](#) – [5. Definizione e elementi dell’abuso del diritto.](#) – [6. L’abuso del diritto soggettivo e delle prerogative individuali.](#) – [7. Il presupposto materiale: l’atto di esercizio del diritto.](#) – [8. Il criterio di valutazione della condotta abusiva.](#) – [9. Segue. Criterio intenzionali soggettivi.](#) – [10. Segue. Criteri economici.](#) – [11. Segue. Criteri morali.](#) – [12. Segue. Criteri teleologici.](#) – [13. Divieto dell’abuso del diritto come criterio di controllo di meritevolezza.](#) – [14. Il sistema rimediabile.](#) – [15. L’impiego del divieto dell’abuso del diritto nell’ambito europeo.](#) – [16. Riconoscimento del principio del divieto dell’abuso del diritto in ambito tributario. L’art. 10 bis dello Statuto del Contribuente: l’abuso del diritto in funzione elusiva.](#) – [17. Il caso Renault. Il rapporto tra abuso e buona fede oggettiva.](#) – [18. La superfluità dell’abuso del diritto nel rapporto negoziale.](#)

1. Premessa.

E’ generalmente condivisa l’opinione secondo cui per “abuso del diritto” si intenda quel comportamento che, seppur integrando formalmente gli estremi dell’esercizio di un diritto soggettivo, o di altra situazione giuridica soggettiva, deve ritenersi sulla base di criteri sostanziali privo di tutela giuridica¹⁸⁴.

Tale definizione è il risultato della teoria dell’abuso del diritto la quale qualifica il divieto dell’abuso del diritto quale principio generale del nostro ordinamento pienamente operante nel nostro ordinamento¹⁸⁵, e quindi, desumibile dalla considerazione complessiva del sistema¹⁸⁶.

¹⁸⁴ F. PROSPERI, *L’abuso del diritto nella fiscalità vista da un civilista*, in *Dir. prat. trib.*, 2012, IV, p. 722. Senza pretesa di completezza, si indicano R. MÜLLER ERZBACH, *L’abuso del diritto secondo la dottrina teleologica*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, 89 ss.; SALV. ROMANO, *Abuso del diritto: c) diritto attuale*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 166 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 37 ss.; V. GIORGIANNI, *L’abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963; P. RESCIGNO, *L’abuso di diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 205 ss. (ora in *L’abuso di diritto*, Bologna, 1998, e da qui le ulteriori citazioni); C.M. MAZZONI, *Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, 601 ss.; M. DOSSETTI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, 1573 ss.; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1987, 2 ss.; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. del diritto*, Aggiorn. II, Milano, 1998, 1 ss.; A. GAMBARO, *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, ad vocem; U. BRECCIA, *L’abuso del diritto*, in *L’abuso del diritto, I quaderni di Diritto privato 1997*, a cura di M. Furguele, III, Padova, 1998, 5 ss.; M. MESSINA, *L’abuso del diritto*, Napoli, 2004, passim; G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell’abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 25 ss.; C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell’abuso del diritto*, Milano 2007, passim; AA.VV., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010; F. LOSURDO, *Il divieto dell’abuso del diritto nell’ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, Torino, 2011.

¹⁸⁵ U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 26.

¹⁸⁶ Innanzi tutto, si ritiene necessario fare una precisazione. Il diritto offre alcune disposizioni in cui sembra lottare contro gli abusi: tra le molteplici basti ricordare che si parla di abuso nella disciplina dell’immagine altrui (art. 10 c.c.), in tema di usufrutto in caso di alienazione o deterioramento dei beni (art. 1015 c.c.) e in materia di decadenza della responsabilità genitoriale sui figli (art. 330 c.c.); nello stesso senso è possibile intendere

La lettura sull'argomento può dirsi sterminata. Il motivo di tanto interesse va ravvisato nelle implicazioni di teoria generale che discenderebbero in caso di accoglimento dell'applicabilità del divieto dell'abuso del diritto nel nostro ordinamento. Invero, anche negli ultimi dibattiti dottrinali, si continua a parlare di crisi dello schema del sillogismo, di "perdita della fattispecie"¹⁸⁷, di funzione creativa del giudice e di pericolo per la certezza del diritto.

Nei paragrafi del presente capitolo si procederà ad un'analisi della teoria dell'abuso del diritto, a seguire, a una breve ricognizione dell'applicazione giurisprudenziale del divieto dell'abuso del diritto, dell'influenza in ambito europeo dello stesso, della nuova formulazione legislativa nel diritto tributario.

A tal punto, ci si domanderà sull'effettiva esigenza dell'applicazione del divieto dell'abuso del diritto in ambito contrattuale. Spunti in tal senso potrebbero essere presi dalla nota sentenza Renault.

2. Le codificazioni del divieto dell'abuso del diritto negli ordinamenti stranieri.

L'idea secondo cui l'esercizio di alcuni diritti o l'esercizio di tutti i diritti potrebbe considerarsi abusivo è cristallizzata da alcuni legislatori stranieri.

Come già anticipato, il codice prussiano del 1784, lo Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten, dedica a tale problematica due ordini di norme: il primo si riferisce in modo generale al modo di esercizio del diritto; il secondo si riferisce alla proprietà. In particolare il paragrafo I.6.§36 esenta da responsabilità chi esercita un diritto, ma I.6.§37 contrappone una deroga al caso in cui l'agente «tra più modalità possibili di esercizio del diritto abbia scelto quella che è dannosa all'altro, con l'intenzione di danneggiarlo»¹⁸⁸.

In tema di proprietà si riscontra, invece, I.8.§§ 27 e 28. L'uno statuisce che nessuno può abusare della proprietà che gli appartiene al fine di arrecare molestia e danno ad altri, l'altro che l'abuso è quell'uso della proprietà che per sua natura non possa avere altro scopo che quello di molestare altri.

In modo simile, per opera del Martini si inseriva nello Uretwurf del codice austriaco promulgato per la Galizia due §§ in materia. Ai sensi del §255 ognuno deve prestare quelle

l'appropriamento di cui all'art. 1448 c.c. Tuttavia, questo tipo di abuso non è l'abuso sul quale si intende impostare l'esame della ricerca. Nelle ipotesi appena richiamate, l'elemento comune va ravvisato nella circostanza fattuale oggettiva potenzialmente favorevole all'operatore. Ci si trova innanzi a casi di abuso di circostanze di fatto e non dell'abuso del diritto: l'illiceità del comportamento dell'usufruttuario, ad esempio, deriva dalla lesione arrecata al diritto soggettivo del proprietario e non dal carattere abusivo della condotta, si veda, R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, cit., p. 312.

¹⁸⁷ Anche recentemente, in tal senso F. ADDIS, *L'abuso del diritto tra diritto civile e tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 2012, pp. 871-87.

¹⁸⁸ Nello stesso senso il codice prussiano impronta anche il paragrafo II.20.§516.

tolleranze e omissioni che gli vengano richieste a beneficio di altri senza suo danno, mentre il § 432 dispone per l'irresponsabilità di chi si avvale del suo diritto senza molestare intenzionalmente un altro. Norme che lo Zeiller doveva sopprimere nel codice definitivo, ovvero dello Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch.

L'esigenza di inserire determinate disposizioni non sono state invece sentite dal Code Civil, il quale invero nulla dispone in merito e nello stesso senso si sono diretti i codici che allo stesso si sono ispirati.

Abbandonata l'idea del moralismo, la sfiducia nella compiutezza della legge e della rivalutazione delle fonti informali, un cambiamento si ebbe grazie da una parte alla scuola storica e dall'altra dagli antidogmatici come Bülow e Geny¹⁸⁹. In questo nuovo clima, Valtozar Bogišić, seguace di Savigny e redattore dello opšti imovinski zakonik (codice generale patrimoniale) per il Montenegro, proclama che nell'esercitare il proprio diritto non bisogna far nulla per cattiveria o intenzione malvagia, come è possibile leggere all'art. 943. Altresì, all'art. 1000 si sanciva che «Se anche hai un diritto, non puoi usarlo la solo fine di cagionare molestia e danno ad altri; così come all'art. 1014 si prevede che «Se anche sei nel tuo diritto, non reclamarlo ad oltranza».

Questa informalità la si riscontra anche nel codice svizzero che appunto all'art. 2 del codice stabilisce che ognuno deve esercitare i diritti secondo buona fede e che l'abuso manifesto di un diritto non è protetto dalla legge¹⁹⁰.

Passando ora ad esaminare la codificazione tedesca, va invece notato che il Bürgerliches Gesetzbuch tedesco ha delineato la fattispecie con maggior precisione rispetto al codice svizzero e nello svolgimento dei lavori preparatori le formulazioni sono state integrate con la buona fede e il buon costume, quali fonti extracodicistiche informali.

I paragrafi che interessano l'esercizio scorretto del diritto sono tre. Il § 226 dispone che l'esercizio di un diritto non è ammesso se non può avere altro scopo se non quello di recare danno ad altri. In tal modo, si riallaccia alla dottrina precodicistica della *aemulatio*, arricchita dalla interpretazione dell'*usus modernus Pandectarum*, e compatibile con lo spirito

¹⁸⁹ Per un approfondimento si rinvia a R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, V ed., 1992, p. 239 e ss.

¹⁹⁰ E' interessante l'osservazione di un'autorevole dottrina che, nonostante ritenga tale norma apprezzabile per il collegamento dell'abuso del diritto con la buona fede, la considera non sicura e lineare nella sua enunciazione, giacché nasconderebbe molte incertezze: da un lato, non indica alcun criterio per la determinazione dei comportamenti abusivi, dall'altro pone un limite -«abuso manifesto»- a sua volta bisognoso di specificazione. La norma opera un rinvio al libero operare del giudice e costituisce esplicitazione dell'art. 1 cod. civ. svizzero il quale attribuisce ampi poteri al giudice, dandogli la possibilità di decidere, nei casi non previsti dalla legge e in mancanza di consuetudine, «secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore». In tal senso, M. COSTANZA, *I poteri creativi del giudice svizzero*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, I, p. 179. E' stato anche osservato che basi legislative così incerte avrebbero potuto favorire un uso giurisprudenziale casuale ed imprevedibile, e deve pertanto apprezzarsi l'estrema prudenza riscontrabile nella prassi. In tal senso, S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sez. civile, I, Torino, 1987, pp. 1-9.

moraleggiante che si era manifestato nella redazione del Landrecht. Il §826 BGB sancisce che chi intenzionalmente in modo contrario ai buoni costumi reca un pregiudizio ad altri è tenuto a risarcire i danni nei confronti di quest'ultimo. Va subito sottolineato che il §226 BGB ha avuto un'applicazione ridotta rispetto al §242 BGB il quale sancisce che l'obbligato deve compiere la prestazione in modo conforme alla buona fede. Tale ultima previsione normativa è stata di gran lunga preferita dalla giurisprudenza. Quest'ultima infatti ha potuto introdurre un corpo di criteri di decisione che permettono di reprimere in ogni occasione il dispetto, l'arroganza e il disprezzo dei bisogni altrui, ecc.¹⁹¹

Nella medesima linea del BGB si sono mosse le novelle all'ABGB del 1916. Alla luce del nuovo §1295, comma II, chi arreca danno intenzionalmente in modo contrario ai buoni costumi incappa in una responsabilità; tuttavia, se egli ha agito nell'esercizio di un diritto, la responsabilità lo colpisce solo quando l'esercizio del diritto abbia manifestamente lo scopo di danneggiare gli altri.

Dopo la prima guerra mondiale, le progettazioni dei codici hanno prestato maggiore attenzione alle dottrine dell'abuso del diritto. Tra queste si segnalano l'art. 9 del progetto del codice civile jugoslavo del 1934 il quale sancisce che ognuno deve esercitare i suoi diritti e adempiere i suoi obblighi come lo esige la buona fede, e che, in particolare, non è lecito esercitare il proprio diritto con l'unico scopo di danneggiare altri; altresì l'art. 74 del progetto del codice italofrancese delle obbligazioni del 1927 il quale contiene la regola di buona fede e impone all'agente il rispetto dello scopo del suo diritto.

Anche dopo la seconda guerra mondiale si ripresentava il tentativo in Francia di inserire una norma che regolasse l'abuso dell'esercizio del diritto. L'art.147, comma I, dell'*avant-projet*, statuisce che ogni atto e fatto che nell'intenzione dell'autore ecceda manifestamente, per l'oggetto o per le circostanze nelle quali è compiuto l'esercizio normale di un diritto non è protetto dalla legge e provoca eventualmente la responsabilità del suo autore. Al secondo comma dello stesso articolo viene posto un limite generale alla configurabilità dell'abuso, e quindi alla responsabilità stessa per abuso, e così recita: «La disposizione non si applica ai diritti che a causa della loro natura o in virtù della legge possono essere esercitati in maniera discrezionale»¹⁹².

¹⁹¹ Come è stato sottolineato, il discorso dell'interprete fa perno non già sull'esercizio e sull'abuso del diritto, ma su una qualsiasi altra circostanza rilevante dal punto di vista della buona fede, si veda R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in G. Alpa - M. Graziadei - A. Guarneri - U. Mattei - P.G. Monateri - R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, p. 314.

¹⁹² Con tale seconda disposizione normativa viene previsto il limite generalmente riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza francesi le quali distinguono i diritti in discrezionali o acasali o immotivati o anche assoluti quando vogliono indicare i diritti per i quali sia escluso ogni sindacato dei motivi o del modo di esercizio. L'*avant-projet* prevede due categorie di diritti «imotivati», quelli che sono tali per disposizione di legge e quelli che sono

Interessante è la versione scelta dal codice neerlandese che con il suo art. 13 co II del libro III regola l'esercizio del diritto reprimendo la sproporzione fra l'interesse appagato e quello sacrificato, l'intenzione esclusiva di nuocere e il perseguimento di uno scopo diverso da quello che giustifica l'attribuzione di quel particolare potere.

Infine, si fa presente che le tante codificazioni dell'est europeo elaborate sotto il regime comunista, specie nel periodo 1945-1989, contengono tutte il divieto di abusare del diritto.

3. I tentativi di inserimento nel codice civile italiano vigente di una norma che disciplini l'abuso del diritto.

La questione dell'inserimento o meno di una norma relativa all'abuso del diritto è stata affrontata nel passato anche per l'ordinamento italiano.

L'abuso del diritto aveva trovato riconoscimento nell'art. 74 del "Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti comune all'Italia e alla Francia". Interessante, però, è sapere che tale norma ripeteva, al primo comma, la formulazione del vecchio artt. 1151 del Codice civile del 1865 e, al secondo comma, si aggiungeva che "È egualmente tenuto al risarcimento colui che ha cagionato danno ad altri eccedendo, nell'esercizio del proprio diritto, i limiti posti dalla buona fede e dallo scopo per il quale il diritto fu riconosciuto"¹⁹³.

Il contenuto della disposizione era stato integralmente trasfuso nell'art. 74 del "Progetto del Quarto libro del Codice civile relativo alle obbligazioni e ai contratti"¹⁹⁴, tanto che la stessa Relazione della Commissione, ricordando la Relazione al Progetto italo-francese, aveva riferito delle "gravi dispute" che nel corso dei lavori preparatori erano sorte sull'opportunità "di farsi posto nella nuova legge ad una norma che reprimesse, con l'obbligo di risarcire il danno, il cosiddetto abuso del diritto", precisando che, tuttavia, tali "discussioni e dubbi non cadevano sul principio in sé e per sé quanto sulla sua formulazione e concludendo che, pertanto, "dopo matura discussione", il capoverso dell'art. 74 era sembrato "col richiamo alla buona fede e allo scopo per cui il diritto venne riconosciuto, rispondere appieno alle esigenze della precisa determinazione di un concetto così delicato".

insindacabili per «loro natura». P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. ____, questa categoria di diritti insindacabili corrisponderebbe alla categoria, della nostra tradizione, dei diritti potestativi e insiste sul fatto che sia proprio su questi vada effettuata la ricerca. E la ragione sarebbe che la materia dei diritti potestativi e dei negozi astratti attraverso i quali essi sono esercitati, ha sollecitato nella misura più larga e con urgenza la ricerca di rimedi contro l'abuso.

¹⁹³ B. BRUGI, *L'abuso del diritto nel progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti*, in Studi in onore di Ascoli, Messina, 1936, p. 79 e ss.

¹⁹⁴ In merito, si rinvia a V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, cit., p. 12; M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, p. 172 e ss.

Nonostante il giudizio della Commissione la questione si ripresenta anche tra il primo Progetto ed il terzo Progetto esitato dalla Commissione di revisione sotto questa forma: mantenere la previsione del capoverso dell'art. 74 come semplice articolazione della fattispecie di responsabilità civile o di farne, sull'esempio dell'art. 2 del Codice civile svizzero un principio generale da sancire in quanto tale per l'intera materia del diritto privato. Articolo che recita: «ognuno è tenuto ad agire secondo le regole della buona fede, così nell'esercizio dei diritti come nell'adempimento dei propri obblighi. Il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge». Il motivo principale del mancato recepimento della proposta risiedeva nel pericolo di attribuire un eccessivo arbitrio al giudice, ma le varie osservazioni positive al suo inserimento¹⁹⁵, tra le quali una preesistente formulazione simile allo stesso nell'art. 1124 vecchio codice, fece sì che venne inserito nell'art. 7 del progetto definitivo delle «disposizioni sulla pubblicazione e l'applicazione della legge in generale» il seguente precetto: «*Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è riconosciuto*».

Ad ogni modo, la discussione in sede di Commissione parlamentare diede parere contrario al suo inserimento nel codice civile in formazione con la seguente soppressione della formula dell'art. 7. I motivi fondanti tale respingimento risiedevano su due considerazioni. La prima, per la quale la figura giuridica era stata studiata dalla scienza giuridica e, infatti, si trovava già codificata in tema in varie disposizioni normative, quali ad esempio, in quelle relative alla patria potestà e alla tutela, e applicata in rapporto agli atti di emulazione, in tema di obbligazioni per mitigare il rigore della clausola risolutiva espressa quando l'adempimento è incolpevole¹⁹⁶. La seconda, si basava sul pregresso timore di minaccia alla certezza del diritto.

Sembra, allora, impellente fare una constatazione. Viste le generiche formulazioni legislative predisposte dagli ordinamenti stranieri si nota che rimane in capo al giudice ampia discrezionalità nella configurazione della fattispecie dell'abuso. Formulazioni, queste, che

¹⁹⁵ Si sarebbe osservato che il timore su accennato non avesse fondamento e che «comunque la mera possibilità di qualche raro inconveniente non poteva impedire al legislatore italiano di prendere netta posizione in materia di tanta importanza, esprimendo un principio che, oggi soprattutto, appare aderente alla coscienza sociale», in *Ministero di Grazia e giustizia, codice civile, Libro primo. Progetto definitivo e relazione del Guardasigilli on. Solmi*, Roma, 1936, p.6. Anche precedentemente, infatti, si chiedeva che venisse consacrato il principio secondo cui, non solo nell'adempimento delle obbligazioni, ma sempre nell'esplicazione dell'attività giuridica, ci si dovesse ispirare alla buona fede, alla *bonitas morum*, così che l'abuso del diritto fosse dichiarato immeritevole di protezione, e non come affermazione della consapevolezza socialmente raggiunta della superiorità degli interessi della collettività, giuridicamente organizzata, sugli esclusivismi ed interessi individuali; altresì, si precisava che era necessario introdurre una disposizione repressiva dell'abuso del diritto se il codice doveva riflettere la coscienza giuridica del paese, così in *Ministero di Grazia e giustizia, Lavori preparatori per la riforma del codice civile. Osservazioni e proposte sul progetto del libro primo*, Roma, 1933, I, p. 8.

¹⁹⁶ *Atti della Commissione parlamentare chiamata a dare il proprio parere sul progetto del primo libro del codice civile. Delle persone*, Roma, 1937, pp. 36-37.

puntualmente rinviando all'intenzione esclusiva di nuocere, alla contrarietà al buon costume, la divergenza dell'atto di esercizio dallo scopo del diritto, la sproporzione fra l'interesse che l'atto di esercizio soddisfa rispetto all'interesse che esso sacrifica e così via.

A tal punto, non rimane che approfondire la teoria dell'abuso del diritto e dei suoi fondamenti giuridici giacché, positivizzata o meno, deve essere ricostruita in parte dai giudici.

4. La teoria dell'abuso del diritto nel diritto sostanziale civile. Brevi cenni storici.

Le origini del divieto dell'abuso¹⁹⁷ potrebbero essere ricondotte nel momento in cui fu adottata dalla giurisprudenza come motivazione di una soluzione l'equità o la *civilitas* al fine di correggere le durezza di un sistema giuridico assestatosi a monte.

Tuttavia, si ha l'abitudine di considerare il divieto degli atti emulativi quale punto di emersione storico del divieto dell'abuso del diritto tanto che lo stesso nome di abuso del diritto venne adoperato per indicare l'emulazione.

L'*aemulatio*, invero, trova le proprie origini già nel diritto romano giustiniano il quale repressero soltanto alcuni casi di atti emulativi, ma nel periodo successivo a quello giustiniano, quello del post-glossatori, il divieto degli atti emulativi non trova un'applicazione settoriale ma viene esteso a nuovi casi in virtù della sua elasticità. Elasticità dovuta dal fatto che i casi più svariati si sono presentati in riferimento al continuo adattamento e trasformazione del diritto, quale conseguenza del radicarsi a livello legislativo delle cd. «presunzioni» – da fatti noti, ovvero da elementi puramente materiali, si ricavano fatti ignoti –. L'applicazione del divieto degli atti emulativi passa, quindi, dai casi in cui il diritto faceva riferimento all'elemento subiettivo alle fattispecie in cui si avvertono limitazioni obiettive all'esercizio del diritto.

Dalle prime codificazioni moderne, l'*aemulatio*, da una parte, e presunzioni, dall'altra, si sviluppa la tendenza a creare principi rilevabili dalla stessa casistica. Con la rinascita del diritto romano ad opera dei giusnaturalisti si sviluppa la tendenza ad una rivalutazione del diritto giustiniano che forma appunto la base delle codificazioni moderne e che fece risorgere il diritto classico caratterizzate da idee individualistiche. A parte, l'isolata esperienza del codice prussiano entrato in vigore il 1° gennaio 1794 che, ispiratosi al pensiero di Libniz (*Allgemeines Landrecht für die Königlichen preussischen Staaten*), accolse il divieto di quelle forme del diritto di proprietà che, per essere dirette all'esclusivo scopo di danneggiare altri, apparivano antisociali e da reprimersi, il codice francese e italiano, influenzato dal primo, hanno assorbito le tendenze giusnaturalistiche di Grozio e Pufendorf. Tali giuristi svuotavano il diritto naturale

¹⁹⁷ Per una approfondita analisi del processo storico che ha condotto alla moderna formulazione del principio generale del divieto di abuso del diritto, si rinvia a G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1992, p. 100 ss.

da assolutismi etici e razionali dando maggior rilievo all'individualismo ai fini della tutela della personalità e proprietà. Persisteva un conflitto tra un pensiero dove l'*aemulatio* veniva così individuata nella norma scritta scevra di ogni influenza statutale, specie della proprietà fondiaria e un abuso del diritto che trovava il suo terreno nelle consuetudini con una regolamentazione dei rapporti di vicinato e delle distanze legali tra costruzioni basate su elementi obiettivi.

Con riferimento all'esperienza italiana, nel codice italiano del 1865 si riscontrava l'assenza di una disciplina dell'*aemulatio*, come quanto accadeva nel codice francese, ma al pari di quanto avveniva nell'esperienza francese, anche nella giurisprudenza interna si accennava al principio del divieto degli atti emulativi in materia di rapporti di buon vicinato.

Ecco, pertanto, che già a fine '800 ci si domandava se ogni forma di esercizio del diritto soggettivo fosse da considerarsi legittima e, viceversa, se gli atti del proprietario posti in essere solo al fine di nuocere, non dovessero essere considerati abusivi, anche se rientranti nel limite del diritto; se tali atti non dovessero essere tutelati, ma addirittura sanzionati con la dichiarazione di responsabilità del titolare del diritto. La soluzione a tali domande veniva data col ricorrere ai principi generali libertà e uguaglianza ai quali vennero attribuiti l'assolutezza in seguito la Rivoluzione francese. L'impiego della figura giuridica dell'abuso del diritto ("abus de droit", "Rechtsmissbrauch", "abuse of right", "abuso del derecho", ecc...) risale, invece, alla seconda metà del diciannovesimo secolo, momento caratterizzato dalle manifestazioni tipiche dell'economia capitalistica tendenti a sfuggire alle sanzioni legali.

Deve riconoscersi, come accennato, che la giurisprudenza francese ha assunto un ruolo centrale nello sviluppo del divieto dell'abuso del diritto. Questa, infatti, formulando il principio dell'abuso riconosce l'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. Diversamente, la dottrina si presenta divisa sul punto: una parte sostiene l'assoluta insindacabilità dell'esercizio del diritto che non avesse oltrepassato i limiti stabiliti dalla legge, e conseguentemente nega l'ammissibilità del principio o gli attribuisce una portata puramente filosofica e morale; un'altra parte afferma invece l'insufficienza di una legittimità formale, ma non riesce ad elaborare un criterio unitario per determinare le forme «abusive» di esercizio del diritto, e segue strade diverse nella formulazione del principio. In tal modo muovendo dal comune presupposto secondo cui determinate forme di esercizio del diritto potessero considerarsi sindacabili anche se rientranti nei limiti stabiliti dalla legge, a seconda dei diversi contesti culturali ed ideologici, furono indicati vari parametri (morale, finalistico, intenzionale, ecc.), in base ai quali valutare l'eventuale abusività dell'esercizio del diritto.

Con il nuovo codice civile del 1942, il divieto degli atti emulativi viene cristallizzato all'art. 833 c.c., che diventa automaticamente il riferimento normativo del divieto di abuso del diritto.

Pertanto, l'abuso del diritto, fatto discendere dagli atti emulativi come disciplinato dal codice civile, si qualifica per la cd. *intentio nocendi* ed, essendo considerato atto giuridicamente illecito, da luogo a responsabilità *ex delicto*¹⁹⁸. Tuttavia, dare la prova della malvagia del proprietario nel compiere gli atti emulativi ha reso sostanzialmente inoperante la norma stessa. Sicché per evitare l'«azzeramento» della disposizione codicistica¹⁹⁹, la giurisprudenza ha integrato l'*intentio* con l'elemento obiettivo della mancanza di utilità: per «abuso del diritto» dove allora intendersi l'esercizio o la rivendicazione giudiziale di un diritto che in astratto spetta effettivamente a colui che lo esercita o lo rivendica, ma, che, in concreto, non comporta alcun vantaggio apprezzabile degno di tutela giuridica a favore di tale soggetto e comporta, invece, un preciso danno a carico di un tale soggetto e comporta un preciso danno a carico di un altro soggetto, e che viene esercitato o rivendicato proprio al solo, esclusivo fine di cagionare un tale danno all'altro²⁰⁰.

Si assiste, quindi, uno spostamento dell'indagine dall'elemento soggettivo a quello oggettivo evitando in tal modo di ridurre l'art. 833 c.c. a mera sottospecie dell'art. 2043 c.c. e configurando l'atto emulativo non quello con cui il proprietario intende nuocere o recare molestia, ma quello che in effetti reca molestia. Inoltre, la norma venne sottoposta ad un'interpretazione estensiva affinché si potesse qualificare abusivo, non solo l'atto di esercizio della proprietà, ma anche dei diritti reali di godimento come l'usufrutto, servitù, ecc. e una estensione della stessa è stata fatta anche con riferimento al condominio di edifici, nei rapporti tra le parti, oggetto di proprietà esclusiva, tra loro, ed in relazione alle parti comuni²⁰¹.

¹⁹⁸ Cfr. Cass., 4 luglio 1933, n. 2511, in *Foro it.*, 1933, I, p. 1305.

¹⁹⁹ L'articolo in esame, quale prima base normativa dell'abuso del diritto, è stato in un primo momento esteso anche in caso di comportamenti *omissivi*, ad esempio, per il mancato o anormale uso della facoltà di agire in difesa del diritto per rimuovere una situazione che risulti dannosa, non solo per il titolare del diritto stesso (legittimato ad agire in giudizio), ma anche per altri. L'ampia interpretazione dell'articolo in esame, verrà superata e ridimensionata ad opera degli stessi giudici di legittimità che nel corso degli anni successivi hanno realizzato una sorta di *interpretatio abrogans* della norma in parola. Invero, la giurisprudenza modificando il proprio orientamento degli anni sessante escludono dal novero degli atti emulativi i comportamenti meramente omissivi posto che il termine "atti" che figura nell'art. 833 c.c., non potrebbe che intendersi riferito alle sole condotte commissive. D'altra parte, e in ciò venne ritenuto inesistente il c.d. elemento oggettivo, anche un contegno omissivo, come la mancata potatura di piante, può comportare un'utilità per il proprietario, ravvisabile, ad esempio, nel risparmio di spese e di energie psicofisiche necessarie nella potatura, in Cass. civ., sez. II, 20 ottobre 1997, n. 10250, in *Foro it.*, 1998, I, p. 69. Si veda, N. LETTIERI, G. MARINI, G. MERONE, *L'abuso del diritto tra corti nazionali ed internazionali*, Napoli, 2014, p. 30.

²⁰⁰ Cfr. Trib. Torino, 13 luglio 1983, in *Rep. civ. e prev.*, 1983, p. 815.

²⁰¹ In tal senso, App. Torino, 12 maggio 1971, in *Giur. it.* 1973, I, 2, p. 1146, dove si ravvisano gli estremi dell'atto emulativo nell'opposizione di un condomino all'ammodernamento di un edificio condominiale effettuata al solo scopo di arrecare agli altri condomini il maggior danno possibile, senza ricavare il benché minimo vantaggio.

Altro spunto per individuare l'abuso del diritto anche in ambito civile, da alcuni autori è stato tratto dalla disposizione normativa di cui all'art. 2373 c.c., già affrontato nel precedente capitolo, in tema di conflitto di interessi nelle società per azioni. Come ribadito, tale fattispecie identifica si verifica quando la maggioranza, senza perseguire alcun interesse sociale, faccia prevalere l'interesse proprio extra-sociale sull'interesse individuale. Senza affrontare ancora tale ipotesi normativa, è stato notato che potrebbe trattarsi di «eccesso di potere», perché il voto nelle delibere assembleari è dato non solo nell'interesse proprio ma anche nell'interesse altrui²⁰².

A partire dagli anni Novanta l'abuso del diritto acquista rilevanza anche nel campo dei contratti in ragione di criteri come la correttezza e la buona fede che rappresentano i fondamentali parametri di valutazione delle condotte del debitore e del creditore nello svolgimento del rapporto obbligatorio.

Per tal via, si individua un nuovo paradigma cui ricondurre le situazioni intersoggettive, rovesciandosi la precedente impostazione legata unicamente al divieto degli atti emulativi: si assiste al passaggio dalla sola sfera dei diritti reali a quella delle obbligazioni.

Il criterio di accertamento utilizzato nel campo dei diritti di credito diviene la buona fede di cui agli art. 1175 c.c. e 1375 c.c., poiché trattandosi di una clausola generale, consente di qualificare come illecito anche il comportamento del soggetto che abusa del proprio diritto ai danni dell'altro contraente. Il principio di buona fede, fortemente incardinato nel nostro ordinamento civilistico, è in concreto una disposizione priva di contenuto ed spetta all'interprete a dover decidere, nei limiti in cui riesca a fornire un'adeguata motivazione, se un determinato comportamento sia o meno contrario a buona fede. Sarà l'interprete a dover stabilire se l'esercizio di un dato diritto si ponga, in quanto abusivo, in contrasto con la buona fede²⁰³.

Secondo una dottrina, la buona fede rappresenta per un verso l'oggetto di un obbligo che entra nel contratto integrandone il contenuto e si specifica nel dovere (negativo) di non abusare della propria posizione al fine di non aggravare ingiustificatamente la condizione della controparte e, per altro verso, consiste nel dovere (positivo) di attivarsi per salvaguardare l'utilità della controparte nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio delle proprie ragioni. In questi termini, quindi, la violazione della buona fede è indice sintomatico di

²⁰² P. TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958, p. 171.

²⁰³ S. PATTI, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in *Riv. not.*, II, 2010, p. 303. L'A. evidenzia la tendenza normativa, sia a livello europeo, sia da parte di alcuni Stati membri, ad adottare le clausole generali in ragione del riscontrato dato che si tratta di una tecnica normativa più duttile e pertanto, più conveniente.

abuso del diritto, sanzionato nelle forme tipiche della responsabilità contrattuale o, talora, attraverso rimedi che potremmo definire di esecuzione in forma specifica²⁰⁴.

Le prime forme di abuso del diritto nei rapporti obbligatori trovano spazi applicativi nell'ambito della responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.* Viene così considerato illecito e di conseguenza suscettibile di sanzione, il comportamento della parte che recede ingiustificatamente dalle trattative, in quanto tale comportamento configura una palese violazione del principio che vieta di *venire contra factum proprium*. Proseguendo in tale direzione, dottrina e giurisprudenza appaiono propense a far ricorso al criterio della buona fede in tutte le fasi relative all'esecuzione del contratto²⁰⁵. Tale è l'orientamento consolidato col passare degli anni.

5. Definizione e elementi dell'abuso del diritto.

Viste brevemente le origini, si intende ora analizzare più approfonditamente la figura del divieto di abuso del diritto.

Al fine di ricostruire una definizione dell'abuso del diritto, occorre prendere le mosse dalla ricostruzione compiuta in dottrina²⁰⁶. Tale definizione, infatti, viene elaborata sulla scorta della prospettiva della teoria dell'abuso del diritto senza però far esclusivo riferimento ad una specifica esperienza giuridica. Seppur prendendo spunto da quella italiana, le osservazioni che nascono da tale ricostruzione potranno essere estese ad altre esperienze giuridiche, sempre che presentino due tratti fondamentali quali la preminenza di fonti legislative del diritto e la soggezione del giudice alla legge²⁰⁷.

²⁰⁴ F. ASTONE, *L'abuso del diritto in materia contrattuale. Limiti e controlli all'esercizio dell'attività contrattuale*, in *L'abuso del diritto, nel processo e del processo*, in *Giur. merito*, XII, 2007. Altresì, U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, *cit.*, p. 29 e ss.

²⁰⁵ Costituisce *leading case* Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Corr. giur.*, 1994, p. 566, commentata da F. GALGANO, *Abuso del diritto*, *cit.*, p. 21. Il caso vedeva coinvolto il Comune di Fiuggi, il quale aveva concesso ad una società la gestione di sorgenti, prevedendo che il canone fosse rapportato al prezzo di vendita delle bottiglie di acqua minerale. Tuttavia, la società concessionaria era riuscita nel tempo a mantenere fisso tale prezzo nonostante l'inflazione galoppante, curando di vendere le bottiglie ad una società controllata, deputata a rivenderle a maggior prezzo. L'«astuto accorgimento», che evitava alla società concessionaria di subire aumenti del canone di concessione, fu giudicato quale violazione del canone di cui all'art. 1375 c.c. e, conseguentemente, quale inadempimento contrattuale, idoneo a giustificare la risoluzione del contratto. Il nesso con l'abuso del diritto va ravvisato nella circostanza «all'eccezione "*feci, sed iure feci*", opposta dalla società concessionaria, poteva essere dal concedente vittoriosamente replicato che dei propri diritti (del diritto di fissare liberamente il prezzo di vendita dell'acqua minerale, tanto da parte sua quanto da parte della controllata) essa aveva abusato, giacché li aveva esercitati in modo da pregiudicare l'interesse della controparte contrattuale».

²⁰⁶ G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, *cit.*, p. 6.

²⁰⁷ In tal senso, secondo l'ideologia legale-razionale dell'applicazione giudiziale del diritto, di cui parla J. WRÓBLEWSKI, *The Judicial Application of Law*, edited by Z. Bankowski and N. MacCormick, *Kluwer, Dordrecht*, 1992, cap. XIV, i giudici non hanno ufficialmente una funzione creativa del diritto e devono quindi adottare le proprie decisioni sulla base di norme preesistenti al giudizio, le quali devono essere utilizzate per la giustificazione della decisione del caso concreto. La distinzione è opportuna in quanto la teoria dell'abuso del diritto non ha

Gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto che risultano da una rilevazione degli usi dottrinali e giurisprudenziali dell'espressione sono: *i*) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; *ii*) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate. In altre parole, è difficile immaginare la possibilità di un abuso di diritto, se le modalità di esercizio di quel diritto sono rigidamente predeterminate dall'ordinamento; *iii*) la circostanza che l'esercizio concreto del diritto, anche se formalmente rispettoso della cornice legale attributiva di quel diritto, si sia svolto secondo modalità che risultano censurabili ("aberranti", "deprecabili", "abnormi", ecc.) rispetto ad un certo criterio di valutazione, giuridico o extragiuridico. Ovviamente, la determinazione dello specifico criterio di valutazione alla luce del quale giudicare abusivo l'atto di esercizio del diritto è l'elemento che marca la distinzione tra le diverse teorie dell'abuso del diritto che si contendono il campo; *iv*) la circostanza che, a causa del fatto che il diritto è stato esercitato secondo modalità censurabili (aberranti, deprecabili, abnormi, ecc.), si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio ricadente su una qualche "controparte".

1. L'abuso del diritto soggettivo e delle prerogative individuali.

Muovendo dall'esame del primo elemento costitutivo, ovvero la titolarità di un diritto soggettivo²⁰⁸, si definisce, in senso minimale, diritto soggettivo quella pretesa garantita dall'ordinamento giuridico²⁰⁹. L'attribuzione in via generale ed astratta di un diritto soggettivo rappresenta l'esito di un giudizio di valore da parte dell'ordinamento che effettua la scelta di formalizzare l'interesse sottostante (il "bene della vita", nella terminologia di alcuni giuristi) attribuendogli una determinata forma di protezione giuridica²¹⁰. L'acquisto della titolarità di un diritto, anche a contenuto meramente patrimoniale, comporta non solo il godimento dell'utilità

cittadinanza in ordinamenti (come la *common law*, o il diritto romano classico) non caratterizzati da un analogo dualismo delle fonti: cfr. G. GROSSO, *Abuso del diritto (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958, pp. 161-163; A. GAMBARO, *Abuso del diritto*, cit., p. 6.

²⁰⁸ Anche se potrebbe risultare banale, va ricordato che nel caso di (apparente) esercizio da parte di un soggetto che in realtà non ne è titolare, non si tratterebbe di una ipotesi di abuso ma di usurpazione di un diritto, si veda A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 490; M. TARUFFARO, *Elementi per una definizione di «abuso del processo»*, in *Diritto privato*, 1997, pp. 435-437; R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, cit., p. 322.

²⁰⁹ N. MACCORMICK, *Rights, Claims and Remedies*, in «*Law and Philosophy*», 1982, p. 355; R. GUASTINI, *Diritti* (1995), in ID., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1996, pp. 147-156

²¹⁰ In merito, ricorda G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, cit., p. 7; che il vocabolario dei diritti è un vocabolario valutativo, dotato di una indubbia carica evocativa e simbolica. Sicché vale tanto quanto per quei tipi di diritti che sono il portato di lotte secolari e di conquiste fondamentali della civiltà occidentale, e dei quali siamo particolarmente gelosi e orgogliosi quanto per quei diritti umani o diritti fondamentali.

corrispondente al valore economico di quel diritto, ma anche l'acquisto del valore derivante dalla soddisfazione di sapere che la propria posizione è conforme all'ordinamento.

Ad ogni modo, diverse sono le teorie elaborate per spiegare il concetto del diritto soggettivo e una breve ricognizione delle stesse potrebbe essere utile per verificare quale meglio di altre permetta di offrire terreno alla teorica dell'abuso del diritto.

Le teorie di maggior interesse relativamente a detto fine sono la teoria della volontà e dell'interesse.

Con riferimento alla prima, la cd. teoria della volontà riconosce nel diritto soggettivo un potere, una "signoria della volontà" attribuita ad un soggetto. Tale potere consiste nella garanzia di una sfera di azione in cui la volontà del titolare del diritto regna sovrana²¹¹. Allo stesso tempo questa sfera di azione assolve alla funzione di delimitare l'ambito entro cui il titolare può progettare le proprie attività in maniera libera e sicura e indipendentemente da ogni volontà altrui²¹². La teoria della volontà subisce il pensiero di Kant, per cui si tende a delineare il sistema dei diritti soggettivi come tendenzialmente coerente e disciplinato da regole che non lasciano spazio per eccezioni o conflitti²¹³ e si diffonde nella cultura giuridica europea di pari passo con il successo del liberalismo economico di stampo ottocentesco, influenzando le codificazioni borghesi, per lo meno nelle materie dotate di più diretta rilevanza economica, come la proprietà e il rapporto di lavoro. Attribuire sfere di libertà ai soggetti di diritto è considerata la tecnica ideale per assicurare l'armonia degli interessi particolari, che con sano egoismo possono concorrere alla massimizzazione dell'interesse generale: «i diritti soggettivi sono conferiti al privato a suo esclusivo vantaggio e profitto, in libera concorrenza con gli altri soggetti. Il principio del rispetto dei corrispondenti diritti ed esigenze altrui dovrebbe essere sottinteso»²¹⁴.

²¹¹ Brevemente, P. G. MONATERI, *Diritto soggettivo*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sez. civile, IV, Torino, 1990, p. 420, ricorda che la vera storia dogmatica del diritto soggettivo comincia e si forma in Germania, mentre l'elaborazione dell'idea di *droit subjectif* resta allo stato embrionale in Francia. L'impostazione volontarista del Savigny ebbe fortuna e divenne classica; la si ritrova presso i maggiori pandettisti (es., PUTCHA, *Pandkten*, Leipzig, 1838, § 21; ARNDTS, *Pandkten*, München, 1852, § 21.17), e fu portata a sua perfezione dal Windscheid (WINDSCHEID, in *tr. it.* a cura di F. Serafini e P. Cogliolo, Milano, 1888, I, 4 ss.) secondo cui il diritto soggettivo è una signoria alla volontà per cui essa è decisiva per l'attivazione o l'esistenza di un dato precetto imposto dall'ordine giuridico. Ovvero, l'ordine giuridico emana precetti, che in date fattispecie la volontà dei privati può far propri, farli sorgere ad esistenza ed attuarli nei confronti di altri soggetti.

²¹² In tal senso, M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarneri, U. Mattei, P. G. Monateri, R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, p. 37.

²¹³ Invero, secondo il noto pensiero di Kant le regole giuridiche delineano le sfere di libertà e di autonomia che spettano ai titolari dei diritti, e all'interno di quelle sfere di libertà e di autonomia i titolari dei diritti, concepiti come agenti morali razionali, possono compiere le scelte che preferiscono (anche la scelta di non usare il diritto, o di non agire in giudizio per far valere una violazione del diritto), si v. N. E. SIMMONDS, *Rights at the Cutting Edge*, in M. Kramer, N. E. Simmonds, H. Steiner, *A Debate over Rights. Philosophical Enquiries*, Clarendon, Oxford, 1998, p. 145; L. ROSS MEYER, *Unruly Rights*, in «Cardozo Law Review», vol. 22, 2000, pp. 1-50.

²¹⁴ Così, A. DE VITA, *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea. Analisi comparata del diritto francese*, Milano, 1969, pp. 175-176.

In tal senso, la scelta di garantire quella sfera di libertà è già stata fatta dal legislatore e subordinare l'esercizio concreto dei diritti ad ulteriori considerazioni rimesse a posteriori all'interprete renderebbe quella sfera di libertà inevitabilmente incerta e priva di contenuto²¹⁵.

Secondo quanto prima ricordato, ovvero che i diritti sono disciplinati essenzialmente da regole, la loro disciplina deve essere rimessa ad un complesso di regole e l'interprete non può prendere in considerazione nessun altro fattore quali, ad esempio, l'interesse sociale, la ponderazione di interessi, l'equità del caso concreto, diversi da quelli indicati nella fattispecie delle regole stesse.

Dunque, sulla base della teoria della volontà non vi è spazio per un giudizio a posteriori in termini di abusività della condotta del titolare se non nei limiti in cui tale condotta sia stata diretta intenzionalmente ed esclusivamente a causare un danno ad altri. Sicché, la teorica dell'abuso del diritto avrebbe un ambito di applicazione ristretto, quasi da rimanere priva di effetti.

Passando ora ad analizzare la teoria dell'interesse, il diritto soggettivo viene considerato un interesse protetto dall'ordinamento giuridico²¹⁶. Parte essenziale della teoria è che, muovendo dal presupposto che tra diritti e interessi non vi è un rapporto biunivoco, è verosimile che ad ogni "interesse" possa non corrispondere un "diritto". Peraltro, nel linguaggio comune al termine "interesse" viene attribuita una connotazione moralmente neutra, mentre al termine "diritto" viene data una connotazione valutativa positiva.

Ritornando nel merito, la teoria dell'interesse evidenzia che il diritto soggettivo rappresenta l'esito di una selezione da parte dell'ordinamento giuridico di interessi meritevoli di protezione da parte del diritto che possono avere natura individuale oppure collettiva, o entrambe le cose²¹⁷.

Va osservato, altresì, che l'interesse che viene riconosciuto e protetto dal diritto non deve intendersi come uno specifico interesse contingente di qualche specifico titolare del diritto, ma è piuttosto un interesse astratto e "oggettivato". Ciò, si spiega, a maggior ragione, mediante la

²¹⁵ Cfr. G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, cit., p. 10.

²¹⁶ JHERING, *Der Geist* ecc, Leipzig, 1852, III, § 30 e § 61, il quale introdusse la sua celebre definizione rivale secondo cui il diritto soggettivo è un interesse protetto giuridicamente, ossia per mezzo di azione. Equiparando la nozione di volontà a quella di arbitrio del singolo individuo, e quella di interesse a qualcosa di oggettivo che dovrebbe controllare e limitare tale arbitrio, si è più volte mostrato l'antagonismo ideologico che discenderebbe dall'accogliere l'una o l'altra delle due impostazioni in esame.

²¹⁷ Cfr. P. G. MONATERI, *Diritto soggettivo*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sez. civile, IV, Torino, 1990, p. 420; R. ALEXY, *Individual Rights and Collective Goods*, in C. Nino (ed. by), *Rights*, Aldershot, Dartmouth, 1992.

constatazione che, se l'individuazione dell'interesse fosse rimessa al singolo titolare del diritto, non vi sarebbe di fatto alcuna differenza tra questa teoria e quella della volontà²¹⁸.

Da ciò consegue che l'interesse individuale e concreto è tutelabile da parte del diritto in quanto sia conforme all'interesse "oggettivo" per il cui perseguimento il diritto è concesso. Ciò presuppone, quindi, che l'interesse che il diritto protegge è un interesse oggettivo, la cui titolarità può ricadere tanto su singoli individui quanto sulla collettività nel suo complesso. Infine, va evidenziato che la teoria dell'interesse si focalizza su una disciplina dei diritti basata su principi, o comunque su standard giuridici più generali. Si pensi al caso estremo dell'"interesse generale". È comprensibile, allora, che i diritti soggettivi possono ben confliggere tra loro, o entrare in conflitto con considerazioni di interesse generale. La soluzione a tali conflitti può essere data solo commisurando costantemente l'ambito di applicazione delle regole alla portata degli "interessi" che esse sono chiamate a proteggere, con la conseguenza di esporre le regole che dettano i contorni dei diritti alla possibilità di revisioni caso per caso²¹⁹ fino a creare una logica gradualista della legittimità giuridica²²⁰.

In tale ottica, la concezione del diritto soggettivo come interesse protetto dall'ordinamento risulta compatibile con un esercizio abusivo del diritto, giacché la traduzione dell'interesse in termini oggettivi e astratti consente di controllare e porre limiti alle modalità di esercizio dei diritti da parte dei privati, in vista appunto della conformità di tali atti concreti all'interesse astratto sotteso al diritto. Il diritto soggettivo viene così inquadrato in un'ottica di tipo teleologico, che trascende l'utilità individuale del singolo titolare del diritto e lo riporta ad una funzione sociale²²¹. Questa caratteristica, per cui l'utilità" derivante dalla attribuzione di diritti soggettivi trascende l'ambito particolare del titolare del diritto stesso, diventa addirittura preminente nei cosiddetti "diritti-funzione", quali le potestà, e che, secondo chi aderisce a questa concezione, sarebbe elemento comune a tutti i diritti soggettivi²²².

²¹⁸ Profilo, questo, preso di mira dai critici della teoria, sulla base dell'ingenua osservazione che può ben accadere che il titolare di un diritto non abbia davvero un interesse all'oggetto di quel diritto, come ricorda G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, cit., p. 11.

²¹⁹ N. E. SIMMONDS, *Rights at the Cutting Edge*, cit., p. 145: «within an interest-based theory, however, the resolution of such conflicts [conflitti tra diritti, n.d.r.] will necessitate recourse to the general balancing of interests that underlay the enactment of rules in the first place. It seems hard to avoid the conclusion that the decision will have to be shaped by considerations drawn from the collective project».

²²⁰ Cfr. F. OST, *Entre droit et non-droit: l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p. 146.

²²¹ Cfr. S. PATTI, *Esercizio del diritto*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sez. civile*, VII, Torino, 199.

²²² In modo simile, alcune correnti di Law and Economics, sottolineano il fatto che l'attribuzione delle posizioni soggettive di vantaggio (gli *entitlements*) deve essere ispirata alla massimizzazione del benessere generale, sicché «tutte le posizioni soggettive di vantaggio vengono attribuite ai singoli in vista di uno scopo parzialmente od interamente metaindividuale». In tal senso, A. GAMBARO, *Abuso del diritto*, cit., p. 1, con riferimento a G. CALABRESI, *A. Melamed, Property Rules, Liability Rules and Inalienability. One View of the Cathedral*, in «*Harvard Law Review*», 1972, 85, pp. 1089 ss.; F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002, cap. I.

Così come è stata presentata la questione, sembra doversi escludere il problema delle “libertà” e ammettersi una restrizione dell’applicazione del divieto dell’abuso del diritto solo ai diritti soggettivi in senso stretto. A ben vedere, effettivamente, questa limitazione è usale nella dottrina dell’abuso del diritto²²³ e il motivo andrebbe individuato nel carattere proprio delle libertà. Queste infatti presentandosi «indefinite», porrebbero la questione politico-legislativa della quantità di esercizio consentito che al di là del limite l’attività diverrebbe illecita, non già la possibilità di un apprezzamento qualitativo quale valutazione compiuta dal giudice che accerta e sanziona l’abuso²²⁴.

La differenza tra libertà ed diritto soggettivo in senso proprio viene colta in questo «che al diritto la legge che lo ha creato imprime una determinata finalità particolare; la libertà, invece, costituisce una prerogativa discrezionale che può esercitarsi in tutte le direzioni, poiché essa è precisamente la libertà». Perciò, “della libertà potrebbe esservi un uso eccessivo (...) dal punto di vista del volume quantitativo accordato alla prerogativa ma non già un uso abusivo, con riguardo alla direzione qualitativa, impressa alla libertà»²²⁵.

Come sostenuto da autorevole dottrina²²⁶, però, una simile distinzione sembra errata se si vuole affrontare il problema dell’abuso o della sindacabilità dei motivi. La distinzione, andrebbe invece fatta piuttosto in relazione all’efficacia degli atti di esercizio della libertà o del diritto. Il diritto soggettivo, che nel suo significato tradizionale si risolve nella pretesa del soggetto attivo del rapporto, è destinato a produrre effetti per uno o più destinatari determinati, ove venga esercitato. Per l’esercizio delle libertà è necessario distinguere a seconda che

²²³ E’ indispensabile, a tal punto, riprendere l’impostazione di P. ROUBIER, *Les prerogatives juridiques*, in *Arch. de philos du droit*, 1960, p. 65 e ss., spec. p. 80 e ss., il quale contesta l’affermazione di partenza e lega al carattere di indefinitzza l’estraneità all’abuso. Secondo tale autore, infatti, la libertà è definita come la «prerogativa che apre al suo beneficiario se lo desidera un accesso incondizionato alle situazioni che giuridiche che si collocano nell’ambito di quella libertà». La libertà è definita dall’A. come prerogativa incondizionata, non definita, acausale, come definita da Josserand. Sempre secondo R., dai diritti le libertà differiscono perché riguardano la creazione e non già l’efficacia, delle situazioni giuridiche e questa distinzione tra situazioni in corso di efficacia è il criterio decisivo del problema dell’abuso nel pensiero di Roubier. Invero, sostiene R. che la libertà «appare alla radice dell’edificio ed in un certo senso nel vestibolo che ci conduce al centro della costruzione». Contro il carattere positivo del diritto soggettivo sta inoltre, la varietà degli aspetti della libertà; essa può anche presentarsi sotto l’aspetto negativo (libertà di non testare, di non contrarre matrimonio, ecc.) La considerazione delle libertà, accanto ai diritti soggettivi sotto il profilo dell’abuso nel pensiero di Josserand è legata ad un’impostazione che Roubier accetta nei suoi fondamenti, ma per portarla a conseguenze opposte. Per Josserand, le possibilità di abuso del diritto si annullano o almeno si riducono se il diritto sia esattamente e minutamente «definito», ovvero regolato e circoscritto dal legislatore. Collegando il problema dell’abuso ai diritti indefiniti, il discorso sembra a Josserand imporsi, *a fortiori*, per le libertà che per loro natura sono indefinite. Altresì, va menzionato quanto viene evidenziato nello scritto di Rouast, *Les droit discrétionnaires et les droits contrôlés*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1944, p. 4: «i diritti indefiniti, che sono le libertà di cui gode ciascuno di noi, non possono dar luogo che ad un’applicazione pura e semplice della teoria della responsabilità».

²²⁴ In tal senso, P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, cit., p. 6, nota 10.

²²⁵ P. ROUBIER, *Les prerogatives juridiques*, in *Arch. de philos du droit*, cit., p. 102.

²²⁶ P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, cit., p. 32.

l'esercizio della stessa tocchi solo la sfera d'interessi del soggetto oppure finisca per incidere sulla sfera di altri soggetti²²⁷.

Altresì, l'inammissibilità è stata estesa anche alle facoltà. Queste, secondo la teoria dell'abuso del diritto, si risolvono nella «opzione consentita dalla legge per diversi partiti determinati, opzione che consente al beneficiario di far nascere (o d'impedire di nascere) una situazione giuridica nuova»²²⁸. La facoltà è una prerogativa molto ristretta ed il carattere decisivo di tale ristrettezza deve eliminare ogni ricerca di opportunità. Pertanto, in tema di legato, ad esempio, non ci si dovrà preoccupare dei motivi che hanno potuto spingere il legatario ad accettare o rifiutare il legato. In linea con questa soluzione è l'impostazione che afferma il carattere necessariamente legale delle facoltà e la negazione di facoltà di origine contrattuale. «Tutte le opzioni che possono nascere, sia nell'esercizio dei diritti contrattuali, sia nei modi di risoluzione dei contratti, sono dei veri e propri diritti, che il titolare è indubbiamente libero di far valere o di abbandonare, ma sono dei diritti veri e propri derivanti dal contratto»²²⁹.

A tale considerazione, una nota dottrina obietta che il recesso *ad nutum* dal contratto di lavoro a tempo indeterminato dimostrerebbe il contrario e renderebbe ammissibile l'applicabilità del concetto dell'abuso del diritto sia alle facoltà, sia alle libertà. Se è vero che si ammette la sindacabilità delle libertà e delle facoltà che hanno esclusivamente origine contrattuale, escludendosi quelle che derivano dalla legge, e che è sindacabile, al pari, esclusivamente quel recesso *ad nutum* dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato che deriva dal contratto, non si tiene però conto di una circostanza indiscutibile. Così argomentando tutte le facoltà destinate ad incidere in una situazione nata dal contratto vengono ridotte a diritti derivanti da contratto. Tuttavia, tale riduzione, almeno con riferimento al recesso, trascura la distinzione tra diritto di recesso, previsto contrattualmente (art. 1386 c.c.) e facoltà di recesso attribuita dalla legge indipendentemente da ogni previsione ed interesse delle parti (come è stabilita a favore del committente nel contratto d'opera e nell'appalto negli artt. 1671 e 2227

²²⁷ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 30. L'A. ricorda come l'esercizio di libertà può portare alla risoluzione, per volontà unilaterale del soggetto, di un rapporto contrattualmente stabilito e perciò destinato, in linea di principio, a sciogliersi per mutuo consenso: è il caso del recesso del rapporto di lavoro indeterminato (art. 2118 c.c.) e dalla società di persone di durata non definita o contratta per la vita di un socio (art. 2285 c.c.). L'esercizio della libertà può portare all'inadempimento di un impegno volontariamente assunto: è il caso della rottura della promessa di matrimonio, rottura che la legge considera come lecita per rispetto della libertà matrimoniale (art. 79 c.c.). In questi casi, afferma l'A., per l'interprete si tratta di comparare la portata ed il valore delle «libertà» garantite rispetto agli affidamenti suscitati ed alla comunione di interessi costituita e che per un certo tempo ha trovato la sua realizzazione. Gli affidamenti vengono delusi, la comunione d'interessi viene interrotta proprio dall'esercizio della libertà. La formula e i rimedi dell'«abuso di diritto» vogliono introdurre, a tutela dell'altrui affidamento, un limite all'esercizio delle libertà.

²²⁸ P. ROUBIER, *Les prerogatives juridiques*, in *Arch. de philos du droit*, cit., p. 77 e ss.

²²⁹ P. ROUBIER, *Les prerogatives juridiques*, in *Arch. de philos du droit*, cit., p. 99.

c.c. e a favore delle due parti del contratto di lavoro a tempo indeterminato, nell'art. 2118 c.c.). Come è stato osservato, infatti, non è un caso che l'art. 1386 c.c. parla di «diritto», quando invece l'art. 1373 c.c. parla di «facoltà» di recedere. L'esercizio di una facoltà, tanto che si tratti di facoltà *ex contractu*, tanto che si tratti di facoltà legale, può dar luogo al compimento di un negozio giuridico. Invero, autonomia negoziale vuol dire esercizio di libertà e la legge stessa sottolinea che l'autonomia contrattuale, invece che a costituire, può essere diretta a modificare o ad estinguere un rapporto giuridico patrimoniale (art. 1322 c.c.). Vicende queste della modifica e dell'estinzione che riguardano una situazione in «corso d'effetto».

2. Il presupposto materiale: l'atto di esercizio del diritto

La discrezionalità dell'esercizio del diritto è l'ulteriore presupposto affinché si possa verificare un abuso del diritto. Si considera, infatti, necessario che il legislatore non abbia già previsto *a priori* le modalità materiali tramite cui il titolare della posizione di vantaggio può concretamente goderne. Invero, laddove il legislatore abbia determinato sia a chi spetta una posizione di vantaggio garantita dall'ordinamento, sia le modalità tramite le quali il titolare potrà esercitare il diritto non rimarrebbe altro, per il titolare, che scegliere se esercitarlo o meno e, in caso di scelta positiva, potrà esercitarlo soltanto nelle modalità previste dal legislatore. Si pensi ai diritti ad esercizio «vincolato», come nel caso dell'imprenditore al quale è attribuito il diritto di collocare i dipendenti in cassa integrazione ma soltanto procedendo in ordine di anzianità; oppure nel caso del diritto di recesso da un rapporto giuridico a tempo indeterminato con un preavviso di sessanta giorni o in presenza di giusta causa. E' chiaro che, in tali ipotesi, non si potrà affermare che l'esercizio concreto del diritto contrasta con gli scopi, morali, economici o sociali, della norma attributiva del diritto stesso, o la funzione «intrinseca» dell'istituto²³⁰. Inoltre, l'esercizio del diritto attribuito dal legislatore in una modalità diversa da quella positivamente prevista non configurerà abuso del diritto, ma condotta illecita *tout court*. Sicché, l'operatività della dottrina dell'abuso del diritto è neutralizzata in presenza di una disciplina normativa puntuale.

Diversamente, se le modalità di esercizio del diritto non sono predeterminate e, ad esempio, il creditore ha il diritto di esigere l'esatto adempimento della prestazione dedotta in contratto, oppure il proprietario ha il diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico (art. 832

²³⁰ R. COOTER, U. MATTEI, P. G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999, p. 111; A. PALMIERI, M. CAPUTI, *Distanza delle costruzioni dalle vedute: misure fisse o modello variabile?*, in «Foro italiano», 2000, I, p. 353, i quali evidenziano, infatti, che l'operatività meccanica di regole predeterminate toglie ogni possibilità di ricorso alla teoria dell'abuso del diritto.

c.c.), è allora possibile che si verificano atti di esercizio del diritto idonei ad alterare la funzione del diritto stesso. L'abuso finisce dunque per risolversi in un «cattivo esercizio di un potere discrezionale»²³¹ e, non a caso, la figura dell'abuso del diritto veniva invocata proprio nei casi in cui le modalità dell'esercizio del diritto non erano state specificate in sede legislativa.

Il profilo della discrezionalità si riscontra, chiaramente, nei cosiddetti diritti potestativi, quale diritto il cui oggetto consiste nella possibilità da parte del titolare di modificare, con una propria manifestazione di volontà, la propria e l'altrui posizione giuridica. Diritti, questi, talvolta denominati “acausali” o “discrezionali”, in quanto il loro esercizio non è di regola assoggettato alla sussistenza di particolari ragioni sostanziali e ai quali corrisponde una mera soggezione della controparte.

Dunque, la teoria dell'abuso del diritto è stata utilizzata per sottoporre l'esercizio di questi diritti ad un sindacato giudiziale sulla base di parametri di giustizia o correttezza, che formalmente non erano stati previsti dal legislatore²³².

Alla luce di quanto detto, è possibile confermare l'applicabilità della categoria dell'abuso del diritto anche ai diritti di libertà, quali ad esempio, i diritti e le libertà fondamentali previsti nelle costituzioni, oltre a quanto riscontrato nel precedente paragrafo. Infatti, proprio sulla considerazione che anche le libertà hanno un contenuto indefinito, sono ipotizzabili situazioni in cui una determinata condotta, consistente nell'esercizio di una libertà costituzionale, si risolva nella compressione di un diritto o di una libertà altrui. Effettivamente, questa è caratteristica connaturale ai diritti costituzionali, che inevitabilmente portano con sé la necessità di operare complesse e controverse operazioni di ponderazione e specificazione²³³.

²³¹ In merito, G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, cit., p. 15 considera non condivisibile la posizione di M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di «abuso del processo»*, in *«Diritto privato»*, 1997, p. 442, quando nega che «si possa sensatamente parlare di abuso di un potere discrezionale quando la discrezionalità è illimitata, ossia quando tutte le scelte possibili sono ammesse, e quindi tutte le alternative sono “indifferenti” e perfettamente fungibili o intercambiabili»; da ciò conseguirebbe che «più ridotto è l'ambito della discrezionalità, ossia la varietà delle ipotesi ammesse, maggiore è il rischio che scelte discrezionali vengano compiute in modo scorretto, esorbitando dai limiti della discrezionalità consentita».

²³² In particolare, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 86, ricorda come «La dottrina dell'abuso di diritto avverte i legami che corrono tra l'abuso e la mancanza di giusta causa; essa sottolinea come la giusta causa, il motivo legittimo siano la ‘pietra di paragone’ o l’‘antidoto’ dell'abuso. Qui [...] interessa ribadire come l'esigenza della giusta causa si riveli lo strumento necessario per temperare l'esercizio assolutamente discrezionale dei diritti cosiddetti potestativi».

²³³ Convincenti argomentazioni in merito, B. CELANO, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in S. Pozzolo (a cura di), *La legge e i diritti*, 2002, pp. 89-123.

3. Il criterio di valutazione della condotta abusiva.

Si ritiene opportuno ora prendere in esame le operazioni argomentative che entrano in gioco al fine di valutare come abusiva una certa condotta. Questo è un passaggio delicato, in quanto la dottrina del divieto dell'abuso del diritto ha l'effetto di introdurre per via interpretativa un limite all'esercizio di una sfera di libertà, e lo fa cambiando o meglio invertendo lo status deontico di una condotta che *prima facie* l'ordinamento considera permessa.

Brevemente, come segnalato da attenta dottrina²³⁴, va posto in evidenza che nella disciplina dei diritti confluiscono regole, principi e talvolta ulteriori standard valutativi come la buona fede. Tali regole, essendo generalizzazioni prescrittive, possono presentarsi sovra-inclusive o sotto-inclusive. Esse sarebbero sovra-inclusive quando la regola include nel proprio ambito di applicazione alcuni casi che, alla luce della giustificazione della regola, non dovrebbero esservi inclusi. Diversamente, esse sarebbero sotto-inclusive quando la regola esclude dal proprio ambito di applicazione alcuni casi che dovrebbero esservi inclusi.

Detto questo, pertanto, la rilevazione dell'abuso del diritto somiglia molto ad una situazione di sovra-inclusività. Infatti, vi sono condotte che, attraverso un'operazione interpretativa²³⁵, vengono fatte ricadere nell'ambito di applicazione della regola che attribuisce un diritto, ma che rispetto alla giustificazione di quel diritto dovrebbero esserne escluse. Tale operazione, invero, che rinvia necessariamente ad una valutazione da effettuarsi a stretto contatto con il caso concreto, quasi a voler rimediare alla "stortura" della disciplina normativa generale ed astratta, trova proprio in ciò la ragion d'essere della dottrina dell'abuso del diritto.

Al pari di altri *standard* valutativi previsti dal legislatore, infatti, anche la formula "abuso" è una formula vuota, che per essere applicata necessita di essere concretizzata alla luce di criteri ulteriori, giuridici o extragiuridici. Sicché, è opportuno esaminare i criteri in base ai quali l'interprete può valutare se la condotta del titolare del diritto sia abusiva o meno. Tra l'altro, va precisato che deve trattarsi di criteri non espressamente previsti dalla disciplina positiva del diritto di cui si abusa poiché, al contrario, verrebbe meno quell'aderenza della condotta abusiva

²³⁴ G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto, cit.*, p. 16.

²³⁵ G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto, cit.*, p. 16, evidenzia, tra l'altro che questa operazione è essenzialmente interpretativa tanto in quegli ordinamenti in cui il divieto di abuso del diritto è soltanto una costruzione dottrinale e giurisprudenziale (un principio implicito) che per gli ordinamenti nei quali il divieto è esplicitamente previsto a livello legislativo, quantomeno in tutti i casi in cui al divieto non si accompagni una analitica indicazione dei criteri alla luce dei quali valutare come abusiva la condotta. Si noti peraltro che, di fatto, dove il divieto è stato previsto positivamente si risolve solitamente in poco più che in una delega in bianco all'interprete. Ad esempio, si legga l'art. 7.2 del Codice civile spagnolo (l'articolo è stato introdotto nel 1974): «La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso».

allo schema formale di attuazione del diritto che abbiamo considerato come tratto definitorio del concetto di abuso del diritto.

Sulla scorta di quanto rilevato in dottrina²³⁶, si identificano quattro tipologie di criteri: intenzionali-soggettivi, economici, morali e criteri teleologici. Tuttavia, in sede argomentativa accade spesso che nel caso dell'uso giurisprudenziale di criteri elastici, standard valutativi e simili si faccia ricorso contemporaneamente a più criteri distinti.

4. Segue. Criterio intenzionali soggettivi.

Le teorie “intenzionali-soggettive” dell'abuso del diritto fanno perno sulla rilevanza dell'*animus nocendi*. Un atto di esercizio di un diritto si considera abusivo se il titolare in questo modo ha intenzionalmente recato un danno ad una controparte, facendosi schermo dell'apparenza di legittimità della propria condotta offertagli dalla titolarità di un diritto soggettivo²³⁷. Generalmente, al criterio dell'intenzionalità del danno si affianca quello della mancanza di un interesse effettivo all'atto di esercizio del diritto, tuttavia, l'uno mette fuori gioco l'altro, in ragione della distribuzione dell'onere della prova e degli strumenti probatori di fatto accessibili alle parti. Infatti, la prova dell'intenzionalità si rivela tanto difficile da produrre per la controparte da indurre a farla coincidere con la sussistenza di determinate circostanze obiettive, come ad esempio la mancanza di interesse del titolare del diritto al compimento dell'atto presunto abusivo. D'altra parte, se si richiedesse la sussistenza di entrambi i criteri, quindi l'intenzione di nuocere e assenza di vantaggio per il titolare, al fine di dichiarare abusivo l'atto di esercizio del diritto, anche laddove sia dimostrata l'intenzione di nuocere, il titolare riuscirebbe facilmente a reclamare un qualche minimo vantaggio. Così facendo, si impedirebbe sempre e comunque il configurarsi del divieto.

La teoria soggettiva, quindi, facendo ricorso al criterio dell'intenzionalità restringe l'ambito di operatività del divieto di abuso poiché si scontra con la difficoltà di dimostrare l'esistenza di uno stato mentale. Innanzi ad una tale difficoltà, si consente di procedere per presunzioni e finzioni giudiziali, nel senso che nel caso in cui l'atto abusivo non abbia alcuna seria giustificazione l'*animus nocendi* si presume²³⁸.

²³⁶ G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, cit., p. 18.

²³⁷ Trib. Torino, 13 giugno 1983, in «*Responsabilità civile e previdenza*», 1983, p. 815, secondo il quale «In linea di diritto, per abuso del diritto si intende l'esercizio o, come nel caso *de quo*, la rivendicazione di un diritto che in astratto spetta effettivamente a colui che lo esercita o rivendica ma che, in concreto, non comporta alcun vantaggio apprezzabile e degno di tutela giuridica a favore di tale soggetto e comporta invece un preciso danno a carico di un altro soggetto (“contro” cui esso viene esercitato o rivendicato) e che viene esercitato o rivendicato proprio al solo, esclusivo fine di cagionare un danno all'altro soggetto».

²³⁸ In tal senso, riassume efficacemente la questione A. TORRENTE, *Emulazione (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VI, Torino, 1975, pp. 521-526, il quale, dopo aver affermato con forza che il criterio di valutazione non può che riferirsi all'intenzione di nuocere in senso psicologico e soggettivo, perché viceversa si

Per superare i limiti che si frappongono alle teorie intenzionali-soggettive, è stata aperta la strada ai criteri oggettivi²³⁹. In altre parole, una delle soluzioni adottate è stata, in primo luogo, quella di neutralizzare l'elemento psicologico dell'intenzione di cagionare danno o molestia e, in secondo luogo, trasformare il vantaggio del titolare, la cui assenza è sintomo o addirittura sinonimo di abuso, in vantaggio "apprezzabile", o "meritevole". Come già esposto nei precedenti paragrafi, questo è quanto accaduto con riferimento alla disposizione del codice civile italiano sul divieto degli atti emulativi, la quale ad oggi, a seguito di un'evoluzione interpretativa viene indicato come suo presupposto, per sanzionare la condotta "emulativa" del proprietario, la circostanza che i suoi atti «non abbiano altro scopo» che danneggiare altri²⁴⁰.

5. Segue. Criteri economici.

Le teorie economiche dell'abuso del diritto riconducono il criterio di valutazione ad un calcolo economico ispirato ad un criterio di efficienza di tipo paretiano. In sintesi, chi peggiora la situazione di un altro soggetto, senza con ciò migliorare la propria, realizza una situazione che non soddisfa i criteri dell'efficienza paretiana, e pertanto tale condotta va qualificata come abusiva²⁴¹.

La formula dell'abuso del diritto assume una sua utilità se si considera la proprietà come istituzione caratteristica e fondante di un mercato efficiente. Invero, tale formula permetterebbe

imporrebbe al proprietario un obbligo di esercitare il diritto a proprio vantaggio, ammette la possibilità che il giudice desuma «dal fatto obiettivo e certo del pregiudizio arrecato con l'atto, dalla *scientia* di esso nel proprietario e dalla animosità esistente tra lui ed il vicino la sussistenza dell'*animus nocendi*».

²³⁹ R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, cit., p. 327: «Fattispecie caratterizzate dalla inutilità (per l'agente) e dal danno (della vittima), fattispecie caratterizzate da uno sviamento rispetto allo scopo, fattispecie connotate dall'immoralità o dall'antisocialità si prestano precisamente ad avventure normative di questo tipo: dapprima si tollera, poi si reprime il dolo, poi si reagisce alla colpa, poi si rimedia al fatto in sé». Secondo A. GAMBARO, *Abuso del diritto*, cit., p. 7, la storia dell'idea di abuso del diritto porta con sé un paradosso, in quanto nasce per reprimere un'ipotesi estrema di condotta dolosa, ma finisce con il cristallizzarsi in forme di responsabilità obiettiva saltando lo stadio della responsabilità per colpa.

²⁴⁰ Considerata la sostanziale inefficacia o inapplicabilità della norma, quest'ultima è stata re-interpretata riferendo lo scopo non al proprietario, ma all'atto in sé, ossia non all'intenzione soggettiva e psicologica dell'autore dell'atto, ma agli effetti oggettivi dell'atto da questi compiuto. Ciò introduce un giudizio di comparazione tra l'utilità dell'atto del proprietario e quella del terzo danneggiato. In tal senso, si rinvia S. ROMANO, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958, pp. 166-170; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, pp. 100-101; P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1971, p. 200.

²⁴¹ P. G. MONATERI, *Diritto soggettivo*, cit. p. 420. L'A. parte dalla premessa che la teorica dell'abuso del diritto meglio convive con una sua nozione definita in termini di signoria della volontà e tale potere della volontà risulta limitato tanto da una valutazione sociale dell'interesse per cui il d. s. viene concesso che da una definizione sociale di cosa corrisponde ad abuso del diritto. In ragione di ciò, l'A. ritiene che la nozione di abuso sia congruente ai postulati dell'analisi economica, nel senso che colui che peggiora la situazione d'un altro senza migliorare la propria [se non per la soddisfazione che trae dall'aver nuociuto ad altri] realizza una situazione che non soddisfa i criteri dell'efficienza paretiana, e che perciò non dovrebbe essere permessa. Con riferimento all'efficienza paretiana si intende transazioni volontarie, ovvero, si ha una situazione parete efficiente quando gli agenti raggiungono una situazione che non sono più disposti a modificare consensualmente; per cui la situazione d'uno di loro può essere migliorata solo peggiorando senza consenso quella d'un altro.

di distinguere le ipotesi in cui i comportamenti proprietari (benché egoistici, futili, idiosincratici, ecc.) sono comunque legittimi in quanto volti a massimizzare l'utilità individuale dalle ipotesi in cui il proprietario scarica su terzi i costi della propria attività al di fuori di un accordo di mercato. In tal modo, è possibile considerare illegittimi, poiché inefficienti, i comportamenti proprietari del secondo tipo. Diversamente, applicare la teoria dell'abuso ad ipotesi del primo tipo significherebbe effettuare una espropriazione - senza indennizzo - di una legittima (in quanto efficiente) prerogativa proprietaria. Risulta, pertanto, indispensabile individuare ciò che ricade nella sfera interna del proprietario al fine di distinguerlo da ciò che ne è, invece, esterno²⁴².

Come evidenziato da attenta dottrina²⁴³, un simile ragionamento potrebbe essere svolto a proposito dei rapporti giuridici obbligatori, considerando abusive le condotte che incrementano in maniera ingiustificata i costi transattivi (e pertanto, in estrema sintesi, risulta abusiva una condotta contraria a buona fede). Nonostante la formalizzazione dei criteri di valutazione della condotta abusiva in formule matematiche e l'utilizzo di valori di mercato, nel senso che sono frutto del compromesso intersoggettivo tra tutti i partecipanti al mercato²⁴⁴, per comparare gli interessi in conflitto questo tipo di analisi non sempre riesce a pervenire a risultati univoci. Ciò sembra dipendere dal fatto che chi effettua questo calcolo degli interessi in conflitto in termini di costi-benefici ha in realtà una certa discrezionalità nello scegliere le voci che possono entrare nel calcolo stesso: ad esempio, il decisore giungerà a conclusioni opposte a seconda che includa o meno nel calcolo l'utilità del proprietario, consistente nel poter "vendere" alla controparte la propria desistenza dalla condotta "abusiva"²⁴⁵.

6. Segue. Criteri morali

Per quanto riguarda il discorso sull'utilizzo di criterio morale, quale strumento di valutazione della condotta, questo si presenta più complesso.

Come rilevato da attenta dottrina, deve notarsi che il nostro legislatore, a differenza del sistema tedesco²⁴⁶, ad esempio, non ha istituito una seconda fonte di responsabilità sulla base

²⁴² Secondo U. MATTEI, *La proprietà*, Torino, 2001, p. 260-261, tali criteri potranno essere ricavati dalla legge, dalla consuetudine, dal mercato.

²⁴³ G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, cit., p. 21.

²⁴⁴ M. ROSENFELD, *Just Interpretations. Law between Ethics and Politics*, University of California Press, Berkeley, 1998, trad. it. *Interpretazioni. Il diritto tra etica e politica*, a cura di G. Pino, Bologna, 2000, pp. 48-52.

²⁴⁵ Si veda P. G. MONATERI, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di Comparative Law and Economics)*, in «Diritto privato», 1997, pp. 89-120. In merito, R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, cit., evidenzia che è ricorrente nell'analisi economica del diritto l'aspirazione a monetizzare, ad attrarre nelle logiche del mercato valori idiosincratici.

²⁴⁶ Si sta parlando del §826 BGB che impenna, la responsabilità extracontrattuale, sul danno intenzionalmente arrecato con comportamenti contrari ai gute Sitten (che corrispondono all'incirca ai nostri buoni costumi).

del danno arrecato, intenzionalmente, attraverso la violazione dei buoni costumi. Verrebbe da chiedersi se l'abbia prevista implicitamente disseminando qua e là tracce di questa sua scelta o meno e il perché di tale scelta²⁴⁷.

Più che di buon costume, invero, la dottrina che ha approfondito la questione suggerisce di parlare di immoralità dell'atto e rinviene nell'ideologia cattolica il suo fondamento²⁴⁸.

Va, allora, precisato che l'ideologia d'ispirazione cattolica non si identifica col giusnaturalismo e va presa in considerazione in un'ottica nella quale il tomismo e la dottrina del diritto naturale sono lo sfondo d'ogni particolare indagine positiva²⁴⁹. Invero, in tal senso si porta a riconoscere un margine piuttosto ampio di libertà dell'interprete, libertà che mitiga le asprezze della legge e corregge le conseguenze più gravi della meccanica applicazione del criterio della giuridicità. La morale assume, quindi, il ruolo di «misura del giudizio e della correzione del sistema», o meglio «criterio della valutazione rispetto all'esercizio dei diritti». Così, nell'ambito della giuridicità si distingue una legittimità legale da una legittimità morale e grazie a quest'ultima il diritto legale si apre sulla moralità che procede a modificarlo, ad umanizzarlo e, altresì, ad individualizzarlo in ciò che ha di troppo astratto e di troppo tecnico. Pertanto, la teoria dell'abuso finisce per rappresentare il correttivo della moralità che la legge postula²⁵⁰.

Da questa esigenza di legittimità morale degli atti discende 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. Il limite all'esercizio del diritto viene, quindi, segnato dai doveri che incombono a ciascun soggetto verso Dio, verso se stesso, verso il prossimo.

Come è stato osservato, la meditazione cattolica sul problema giuridico dell'abuso rischia di concludersi nella teologia morale e rischia d'identificare l'abuso col «peccato» poiché la sanzione irrogata dalla norma positiva si aggiunge e presuppone la censura morale. Ciò, è possibile dedurlo quando si parla di «biasimo» del titolare del diritto in virtù di una «norma di

²⁴⁷ Così, R. SACCO, *Diritto soggettivo, cit.*, p. 346.

²⁴⁸ R. SACCO, *Diritto soggettivo, cit.*, p. 346, il quale, riassumendo le implicazioni dell'ideologia in esame, ne descrive lo scenario nel quale l'interprete dispone di un margine di potere per mitigare le asprezze della legge e la misura degli interventi da compiere che gli viene suggerita dalla morale; legge e morale concorrono a creare e completare il diritto; la moralità entra nel diritto sotto il nome di teoria dell'abuso del diritto, tutta ispirata al rispetto delle persone; la validità economica dell'atto non basta a sottrarre quest'ultimo al giudizio morale.

²⁴⁹ Si veda, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto, cit.*, p. __, il quale riprende il discorso di DABIN, *Le doit subiectif, cit.* p. 237 e ss. (sul libro, v. la recens. di VILLEY, ripubblicata nelle *Leçons d'histoire de la philosophie de l'ordre juridique positif special dan les rapports de droit privé*, Paris, 1957, p. 507 ss., dove alla p. 511 e ss. la teoria dell'abuso è presentata come «temperamento delle soluzioni giuridiche» e l'abuso è definito come «l'aggressione portata senza diritto, cioè senza un diritto superiore o preferenziale, a uno dei beni iscritti nella tavola dei valori legalmente riconosciuti e protetti come diritti»).

²⁵⁰ Si veda, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto, cit.*, p. __ che riporta le parole di DABIN.

specie diversa da quella della giuridicità una norma concorrente e sotto certi aspetti regolatrice della prima», e quando, riassumendo in brevi tratti la sostanza dell'abuso di diritto, si dice che «l'atto economicamente irreprensibile non sarà "salvato" se ha peccato per un certo eccesso (*outrance*) che lo renderebbe moralmente «odioso»; infine, nelle parole che scorgono, nell'eventuale contrasto tra l'incensurabilità economica e l'odiosità morale, un episodio del perenne conflitto della tecnica e dell'umano»²⁵¹.

L'intento di moralizzazione, tuttavia, crea delle difficoltà difficilmente superabili. È stato efficacemente osservato che si pone un problema comune all'uso di *standard* valutativi in sede giudiziale che, seconda dei casi, darebbe luogo ad una delle seguenti possibilità: il giudice potrebbe fare ricorso ad un proprio criterio di valutazione (ad esempio, la propria morale critica); il giudice potrebbe fare riferimento alla morale sociale della comunità cui egli appartiene, o a cui appartengono le parti; il giudice potrebbe ricorrere ad una morale "interna" all'ordinamento, ovvero alla ricostruzione dei valori del legislatore, ecc., ma, in tal caso, si finirebbe per rivolgersi al diverso tipo di criterio teleologico, quello dello scopo della norma (che verrà trattato nel successivo paragrafo)²⁵².

Il primo caso, in cui il giudice valuta l'abusività dell'atto di esercizio del diritto facendo ricorso a propri personali criteri di valutazione, non è invero molto frequente, in linea con quanto accade anche a proposito di altri *standard* valutativi che sembrerebbero sollecitare una diretta valutazione morale da parte del giudice²⁵³. Con l'adozione di una soluzione di questo tipo si porrebbe il problema del contrasto con il principio di universalizzabilità dell'attuazione di valori morali individuali da parte del giudice. Infatti, non si può universalizzare una decisione fondata unicamente su una valutazione personale, salvo ovviamente la possibilità di universalizzare la scelta procedurale di ricorrere a convinzioni personali del giudice per decidere una controversia giudiziaria²⁵⁴. Tuttavia, anche in quest'ultimo caso si determinerebbe una situazione paradossale, estranea al modo di funzionare delle organizzazioni giuridiche contemporanee ispirate all'ideologia legale-razionale e al principio di legalità nella giurisdizione. Questa situazione è stata persino definita come "una convenzione che si

²⁵¹ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. __ che riporta le parole di DABIN.

²⁵² G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, cit., p. 23-24.

²⁵³ Rilevano la scarsa propensione dei giudici ad esibire le proprie valutazioni morali, C. LUZZATI, *Luzzati, La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, p. 321; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, p. 380. Si potrebbe discutere se questo pudore in realtà non celi di fatto una sorta di strategia "mimetica", consistente nell'attribuire alla "morale sociale" della comunità quella che è in realtà una propria valutazione morale individuale. Ma questa è materia di analisi sociologiche sul ragionamento decisorio, di cui qui non mi occupo.

²⁵⁴ Sul concetto di universalizzazione, cfr. N. MACCORMICK, *Universalisation and Induction in Law*, in C. FARALLI, E. PATTARO (eds.), *Reason in Law*, I, Milano, 1987, pp. 91-105; cfr. anche M. TARUFFO, *La motivazione delle decisioni fondate su standards* (1988), in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, Torino, 1989, pp. 311-344.

autoannulla»²⁵⁵, ossia una situazione in cui una convenzione il diritto stabilisce una certa disciplina lasciando, però, aperta la possibilità di superare la disciplina stessa per mezzo di argomenti che sono del tutto esterni rispetto alla convenzione stessa. Ne consegue da ciò che, la decisione relativa al caso individuale diventa un esercizio di massima discrezionalità, e l'interprete si trova nella condizione di poter scegliere la soluzione tra un insieme di alternative non predeterminate.

La seconda eventualità prospettata è quella in cui il giudice trae il criterio di valutazione non dal proprio arsenale individuale di valori, ma da criteri condivisi dalla comunità di riferimento, ossia dalla morale sociale o dalla coscienza sociale²⁵⁶. Una metodologia di questo tipo è molto diffusa allorché si tratta di dare contenuto in sede giurisprudenziale a clausole elastiche e *standard* valutativi ed è stata effettivamente prescritta in sede dottrinale a proposito dell'abuso del diritto, invitando il giudice a ricercare i criteri di valutazione dell'abuso «alla stregua dei criteri vigenti nell'ambiente e nel gruppo in cui l'atto si inquadra»²⁵⁷.

Anche intraprendendo questa seconda soluzione si porrebbero diverse questioni. In primo luogo, è questione affatto contingente se la formulazione del divieto di abuso del diritto implichi o meno un rinvio alle valutazioni diffuse nel corpo sociale. Guardando in generale al modo in cui sono di fatto formulate le clausole generali e gli *standard* valutativi nel linguaggio giuridico, si osserva che effettivamente vi sono dei casi in cui lo *standard* giuridico fa esplicito rinvio alle valutazioni correnti nella società²⁵⁸, mentre altre sembrano demandare al giudice una valutazione o un accertamento di tipo diverso (ad esempio di tipo tecnico)²⁵⁹. Con particolare riferimento all'esperienza italiana, dove si è visto che nel diritto civile non è mai stato

²⁵⁵ L'espressione è di J. C. BAYÓN, *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico*, in «*Isonomía*», 2000, pp. 87-117 (spec. pp. 110-111); ID., *Why Is Legal Reasoning Defeasible?*, in «*Diritto & Questioni Pubbliche*», consultabile su www.dirittoequestionipubbliche.org, 2/2002, p. 12. Bayón discute il noto esempio (tratto da J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon, Oxford, 1979, p. 75) di una norma che disponga che tutti i contratti sono validi a condizione che non siano immorali.

²⁵⁶ In tal senso, C. ALCHURRÓN, E. BULYGIN, *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico* (1989), in C. ALCHURRÓN, E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 303-328; J. J. MORESO, *En defensa del positivismo jurídico inclusivo*, in P. NAVARRO, M. C. REDONDO (COMP.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, 2002, pp. 93-116. La distinzione tra uso diretto e uso tra virgolette degli enunciati valutativi risale a R. HARE, *The Language of Morals*, Clarendon, Oxford, 1952, pp. 124-125, trad. it. *Il linguaggio della morale*, Roma, 1968; sul punto, cfr. B. CELANO, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Torino, 1994, pp. 94-95.

²⁵⁷ Così P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, cit., pp. 114-117, 136-140.

²⁵⁸ Esempio tipico è l'art. 529 cod. pen., che fa riferimento agli «atti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore». Osservazione analoga, riferita criticamente alla posizione di Alchurrón e Bulygin, è formulata da M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid, 2000, p. 45, secondo i quali una posizione di questo tipo è costretta a postulare la presenza di una meta-norma che impone di interpretare le norme che contengono standard alla luce dei criteri valutativi diffusi nella società.

²⁵⁹ E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit. p. 378-380.

positivizzato il divieto di abuso del diritto, sta alla discrezionalità dell'interprete configurarlo in un senso (soggettivo) o nell'altro (etico-sociale).

In secondo luogo, il giudice può non essere adeguatamente attrezzato per compiere, in maniera accurata, indagini di tipo sociologico su quale sia la portata effettiva del criterio valutativo in questione all'interno della comunità di riferimento. Sicché, è dubbio che egli sia in grado di individuare un campione rilevante e di trarne in maniera attendibile criteri di valutazione²⁶⁰.

Infine, può essere estremamente difficile trarre dalla "società" criteri univoci di valutazione, poiché generalmente nelle società complesse, non omogenee e pluraliste, è più probabile che accada esattamente il contrario²⁶¹. Inoltre, la coscienza sociale può dunque rivelarsi un filtro meramente illusorio alla discrezionalità del giudice, e rendere meno trasparente la sua decisione. Ciò accade, ad esempio, quando, nella motivazione di una sentenza, si trovino espressioni quali "la condotta XYZ, pur se nell'ambito di esercizio di un diritto, è abusiva perché ripugna la coscienza sociale", o altre analoghe, in cui il giudice abbia fatto in realtà una selezione, sulla base di un qualche criterio valutativo non esplicitato, dei parametri di giudizio da applicare al caso concreto, isolandoli tra una congerie di *inputs* che provengono dalla realtà sociale²⁶².

E' stato, però, acutamente osservato che tutti questi problemi sarebbero superati in presenza di una morale oggettiva condivisa da tutti i membri della comunità politica di riferimento (inclusi i giudici). Tuttavia, si è altresì consapevoli che una simile morale oggettiva non c'è, o se c'è non è conosciuta dai membri della comunità.

Inoltre, è interessante notare che le dottrine che tendono a negare la configurabilità del divieto dell'abuso del diritto danno per presupposto che sia proprio il criterio "morale" il criterio valutativo dell'atto abusivo. Precisamente, si sostiene che la valutazione in termini di abusività di un atto di esercizio del diritto non può che avere una natura eminentemente soggettiva; sicché essa è inammissibile e inopportuna²⁶³. Autorevole dottrina, infatti, evidenzia

²⁶⁰ E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., p. 379; B. CELANO, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, cit., mette in luce la differenza tra la mera rilevazione ("sociologizzante") di ciò che è effettivamente approvato/disapprovato da parte (della maggioranza?) dei membri di un gruppo sociale, e l'accertamento dei criteri di fatto utilizzati in quella società nel giudizio di approvazione/disapprovazione (le due attività possono avere un esito differente, perché i membri della comunità possono sbagliarsi nell'applicare i propri criteri).

²⁶¹ Sui problemi che si pongono al "giudice-sociologo", si veda M. TARUFFO, *La motivazione delle decisioni fondate su standards*, cit.; ID., *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in «*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*», 2001, pp. 665-695.

²⁶² L'intervento valutativo del giudice nella selezione dei criteri ricavabili dalla "realtà sociale" per dare contenuto agli standard valutativi è espressamente ammesso, ad esempio, da L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in «*Rivista critica del diritto privato*», 1986, pp. 5 ss.

²⁶³ G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto.*, cit., p. 25.

che, se si opta per una responsabilità fondata sull'intenzione, il processo all'agente coinvolgerà la coscienza del giudice, che assumerà il ruolo di misuratore della legge morale, e la coscienza del processato nella quale il giudice vorrà scavare per ricostruire l'intenzione. Tuttavia, l'ipotesi di una norma giuridica che si rimette alla coscienza etica del giudice lascia perplessi gli studiosi della tematica²⁶⁴.

7. Segue. Criteri teleologici.

«L'abuso del diritto [...], lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore»²⁶⁵. Questa definizione, che rinvia al criterio teleologico, è stata recentemente impiegata dalla Cassazione nella nota sentenza Renault²⁶⁶ ed è quella generalmente accolta da dottrina e giurisprudenza²⁶⁷.

Secondo autorevole dottrina, la «teoria finalista» trova quale originaria fautrice la dottrina francese di Josserand. Invero, si sostiene che anche se tale dottrina francese indica

²⁶⁴ R. SACCO, *Diritto soggettivo, cit.*, p. 347.

²⁶⁵ Così, Cass. civ., sez. II, 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, p. 95 con nota di A. Palmieri R. Pardolesi, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*; in *Contratti*, 2010, 5 s., con nota di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *NGCC*, I, 2010, p. 239 ss. e M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto* (in margine a Cass. 18 settembre 2009 n. 20106), *ivi*, II, 99 s.; in *Danno resp.*, 2010, p. 347 s., con nota di A. MASTRORILLI, *Abuso del diritto e terzo contratto*; in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 834 s., con nota di L. DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*, *ivi*, 2011, II, p. 286 s., con nota di E. Barcellona, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 2547 s., con nota di C.A. NIGRO, *Brevi note in tema di abuso del diritto*; in *Riv. dir. econ. trasp. e amb.*, 2010, p. 285 s., con nota di M. Pompei, *L'abuso del diritto è configurabile come principio generale del nostro ordinamento? Note a margine di Cassazione civile sez. III, 18 settembre 2009 n. 20106*; nonché i commenti contenuti in S. Pagliantini, *Abuso del diritto e buona fede nei contratti* (Torino 2010), *passim* e quelli di Gentili, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione cit.*, 354 s.; F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1577 s.; M. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009*, in *NGCC*, 2010, II, p. 319 s.; C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 341 s.; R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *Contratti*, 2010, p. 524 s.; P. RESCIGNO, «Forme» singolari di esercizio dell'autonomia collettiva (i concessionari italiani della Renault), in *Contr. impr.*, 2011, p. 589 s.; E. BARCELLONA, *Due posizioni in tema di recesso ad nutum, abuso e mercato Recesso ad nutum fra principio di buona fede e abuso del diritto: «solidarietà sociale» o inderogabilità del «mercato»?* (Note a proposito di Cass. n. 20106/2009), in *Riv. dir. comm.*, 2011, p. 165 s.; M. CENINI A. GAMBARO, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 109 s.; G. VILLA, *Abuso, buona fede ed asimmetria nei contratti tra imprese, Annuario del contratto 2010*, Torino, 2011, p. 48 s.; F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?* *cit.*, p. 311 s.; G. D'AMICO, *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *Contratti*, 2011, p. 653 ss.; F. ADDIS, *Sull'exkursus giurisprudenziale del «caso Renault»*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 245 s.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, *ivi*, 2012, p. 5 s. A chi voglia conoscere i reali contorni della vicenda che ha dato origine alla controversia infine approdata in Cassazione si suggerisce la lettura di F. Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?* *cit.*, p. 315 - 316.

²⁶⁶ Si veda nota precedente.

²⁶⁷ Non solo. Anche i legislatori stranieri sembrano aver accolto il criterio teleologico e tra questi si ricordano il codice polacco delle obbligazioni ispiratosi all'art. 74 del progetto di codice uniforme francoitaliano delle obbligazioni (formulato, quindi, nello stesso senso), il codice ellenico, in particolare all'art. 281, e il codice civile neerlandese (III, art. 13, comma secondo). Come ricordato da R. SACCO, *Diritto soggettivo, cit.*, p. 350.

incidentalmente, come motivo di disvalore dell'abuso, l'egoismo e l'asocialità, non manca però di menzionare costantemente quale nota indefettibile dell'abuso la contrarietà allo scopo per il quale il diritto è stato conferito alla persona. In tal senso, l'abuso del diritto non potrebbe essere misurato senza ricercare lo scopo del diritto soggettivo²⁶⁸ e solo una volta identificato quest'ultimo sarebbe possibile disciplinare le modalità di esercizio del diritto²⁶⁹.

E' necessario, allora, accertare i contorni dello scopo del diritto soggettivo che si trovano nel diritto, e non nel fatto, e ciò che si trova nel diritto è esso stesso un elemento della norma. In altre parole, definendo lo scopo del diritto soggettivo equivale a delineare il diritto soggettivo stesso.

A tal fine, i procedimenti ermeneutici che permettono di individuare lo scopo del diritto soggettivo sono diversi e non si può affermare con certezza che, determinata la *ratio iuris*, si definisca anche lo scopo del diritto soggettivo. Tuttavia, logica vuole che chi non crede che la *ratio iuris* possa ricoprire un ruolo nella comprensione del diritto difficilmente crederà che lo scopo per cui viene concesso il singolo diritto soggettivo possa venir utilizzato dall'interprete.

Parte della dottrina italiana²⁷⁰, invece che considerare l'esercizio del diritto come abusivo quando esorbita dal suo scopo, suggerisce di parlare di esercizio abusivo quando non rispetta la sua «funzione» facendo così riemergere, in tema di causa, la funzione economica-sociale del negozio che dovrebbe determinare i confini dell'esercizio dell'atto.

La soluzione qui prospettata non viene da tutti accolta, giacché il termine «funzione», richiamando il vincolo di scopo legato a un diverso interesse diverso da quello dell'agente, fa sì che il limite che si vuol imporre con il divieto dell'abuso del diritto andrebbe ricercato altrove²⁷¹. Riportandosi all'esempio deducibile dall'art. 330 cod. civ., una dottrina non considera distinguibile la funzione dallo scopo e dal motivo. Poiché l'articolo richiamato prevede la decadenza della potestà sui genitori nel caso in cui il genitore *abusi* dei poteri inerenti alla potestà con grave pregiudizio, si ritiene condivisibile la ricostruzione di Paradiso che rimette le decisioni del genitore in posizione centrale nella fattispecie e dimostra che, nel quadro della grade libertà di scelta del genitore, il sindacato giudiziale che concerne queste decisioni deve valutarle in base all'interesse in vista del quale il genitore sceglie²⁷².

²⁶⁸ Prima di tutto è necessario distinguere lo scopo del diritto soggettivo dallo scopo della norma, quale tecnica interpretativa della legge diretta a ricercare la volontà legislativa. Con riferimento a questo ultimo si rinvia a R SACCO, in Alpa, Guarneri, Monateri, Pascuzzi, Sacco, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto civile*, II, Torino, 2009, p. 247 e ss.

²⁶⁹ R. SACCO, *Diritto soggettivo*, cit., p. 350.

²⁷⁰ SALV. ROMANO, *Abuso del diritto*, cit. p. 167.

²⁷¹ R. SACCO, *Diritto soggettivo*, cit., p. 350, il quale richiama U. Breccia.

²⁷² R. SACCO, *Diritto soggettivo*, cit., p. 351, evidenzia che, sulla scorta di tale impostazione si potrebbe individuare una dottrina generale del motivo illecito dell'atto di esercizio del diritto, che comporterebbe la riprovazione giudica dello stesso proprio al pari del motivo illecito che rende nullo il negozio ex art. 1345 cod. civ.

Diversamente da quanto appena esaminato, secondo altra dottrina sotto l'etichetta di "criteri teleologici" si potrebbe raccogliere una pluralità di sotto-criteri che seppur eterogenei si possono presentare variamente combinati. In una prima prospettiva più risalente, l'abuso del diritto in senso teleologico consiste nel ravvisare nella specifica condotta "incriminata" una deviazione dalla "funzione sociale" del diritto stesso²⁷³, ma ad ogni modo, viene sottolineato che non è semplice individuare l'esatta "funzione sociale". Questo perché si tratta di un criterio vuoto, che può a sua volta contenere un rinvio alla funzione economica dell'istituto, oppure un limite proveniente da idee di solidarietà sociale e simili, con la conseguenza che tale criterio rimanda necessariamente, in ultima analisi, alla giustificazione *morale* del diritto²⁷⁴ e alle considerazioni fatte nel precedente paragrafo.

In una seconda prospettiva, l'abuso del diritto in teleologico consiste nel fare riferimento all'uso "normale" del diritto soggettivo, ovvero alla sua funzione tipica intesa come razionalità intrinseca dell'istituto. Spetterebbe, quindi, all'interprete individuare tale la razionalità al fine di usarla come parametro per la valutazione delle condotte concrete di esercizio del diritto, e denunciare e sanzionare eventuali, deprecabili ipotesi di "eterogenesi dei fini"²⁷⁵.

Per ricercare la razionalità intrinseca dell'istituto, con riferimento al fine o allo scopo dell'istituto, non si intende chiamare in causa l'intenzione soggettiva del legislatore storico che ha modellato quel diritto (*ratio legislatoris*), ma la finalità "propria", intrinseca, dell'istituto (*ratio legis*), quale unica soluzione che possa offrire un criterio "oggettivo"²⁷⁶. Purtroppo, però, è dubbio che si possa attingere risultati "oggettivi"²⁷⁷, in primo luogo, perché è difficile attribuire all'istituto giuridico un'unica funzione o scopo, anche se non è possibile ascrivere in sede interpretativa qualsiasi funzione o scopo²⁷⁸, in secondo luogo, perché è possibile accettare l'attribuzione di un determinato scopo all'istituto sulla base della compatibilità o congruenza con gli altri scopi rilevabili nell'ordinamento giuridico. Risulta, pertanto, evidente che

²⁷³ A. LEVI, *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti del diritto soggettivo*, Genova, 1912.

²⁷⁴ Così, Cass., sez. II civ., 15 novembre 1960, n. 3040, in *Foro it.*, 1961, I, cc. 256 ss.

²⁷⁵ Così, ad esempio, M. D'AMELIO, *Abuso del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, Torino, 1957, pp. 95-96; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., pp. 18-37.

²⁷⁶ Come riportato in G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, cit., p. 26, nota n. 64, si veda Pretura Milano 14 agosto 1982, in *Giur. it.*, 1983, I, 2, c. 71 ss., inerente ad una fattispecie in materia di scelta, da parte del datore di lavoro, dei lavoratori da porre in cassa integrazione guadagni, nella quale si afferma che l'abuso del diritto consiste in una frattura nel rapporto di «corrispondenza necessaria» tra il potere di autonomia conferito dall'ordinamento e il concreto atto di esercizio di questo potere.

²⁷⁷ Secondo A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995, p. 495, il riferimento alla razionalità oggettivamente tipica della situazione proprietaria che giustifica l'attribuzione di una certa prerogativa «rimanda necessariamente ad una discrezionalità del giudice al quale non è fornita una guida qualsiasi».

²⁷⁸ G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, cit., p. 27., il quale fa notare che in molti casi, l'unico reale limite alla discrezionalità dell'interprete sembra essere quello di non attribuire all'istituto uno scopo assurdo.

l'argomento teleologico non direziona l'interprete verso una rilevazione oggettiva e, quindi unica, dello scopo che ispira l'istituto, ma costringe l'interprete ad operare scelte valutative e assiologiche tra più scopi astrattamente concorrenti²⁷⁹.

La versione più recente costruisce il criterio teleologico attingendo dai principi, settoriali, o generali, o anche costituzionali, che giustificano i diritti. In tal modo, si configura abusivo l'esercizio del diritto che si pone in contrasto con qualche principio generale o fondamentale dell'ordinamento giuridico e che, quindi, diviene sostanzialmente parametro per valutarne l'abusività del diritto soggettivo. In altre parole, l'interprete, rintracciato nell'ordinamento giuridico un principio che rappresenta la giustificazione del diritto, valuta se alla luce di quel principio l'esercizio del diritto possa essere considerato legittimo, ossia rientri nel cono d'ombra che quel principio offre al diritto²⁸⁰. La ricerca del principio giustificativo non è semplice poiché, come è noto, nella letteratura teorico-generale generalmente si possono rintracciare sempre più di un principio rilevante per la soluzione di un determinato caso concreto²⁸¹. Quindi, se il diritto soggettivo può trovare la propria giustificazione in più principi contemporaneamente, abusare di un diritto significa imporre un sacrificio ad un altro soggetto il quale può a sua volta vantare un interesse giuridicamente rilevante alla luce di un altro (o finanche dello stesso) principio generale. Questa diversa argomentazione basata sui principi generali o fondamentali richiede all'interprete un giudizio di ponderazione o bilanciamento tra principi in conflitto²⁸².

²⁷⁹ Per una attenta analisi dell'argomento teleologico (in senso oggettivo), cfr. E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., p. 414-425; v. anche V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002, pp. 129-133. Per una analisi dell'argomento della coerenza o congruenza nelle teorie del ragionamento giuridico, A. PINTORE, *Il diritto senza verità*, Milano, 1996, cap. IV; A. SCHIAVELLO, *Su "congruenza" e "diritto": un'analisi comparata di modelli diversi*, in *Ragion pratica*, 1997, 9, pp. 197-216; G. PINO, *Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica. Alcune riflessioni*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, I, 1998, pp. 84-126.

²⁸⁰ Ciò è il risultato della concezione "sincretica" del diritto soggettivo, secondo cui i diritti hanno una struttura complessa, e la loro disciplina è il frutto di una interazione di regole e principi. La struttura del diritto soggettivo presuppone un principio o più principi giustificativi. In tal senso, G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, cit., p. 27 che riporta l'insegnamento di Alexi (R. ALEXI, *Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse*, cit.). L'A. quindi ricorda che Alexi parte da una distinzione tra diritti basati su regole ("definitive rights") e diritti basati su principi ("prima facie rights"). Per applicare i primi si richiede una operazione di sussunzione delle regole che li disciplinano, per applicare i secondi è necessario un bilanciamento dei principi che li fondano. Ad ogni modo, Alexi ammette che anche l'applicazione delle regole su cui si basano i "definitive rights" può essere un affare alquanto complesso, a causa di eventuali lacune, contraddizioni, ambiguità, vaghezza, ecc. Sicché, in questo caso, la sussunzione dovrebbe essere solo un elemento di un ragionamento giuridico più complesso che include il ricorso a principi anche se, secondo l'A., Alexy non è chiaro sul punto.

²⁸¹ Si veda, M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, cit., pp. 47-56.

²⁸² In tal senso, si veda E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, pp. 185 ss.; ID., *Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1998, pp. 625 ss.; F. D. BUSNELLI, E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, 1997, pp. 171-216.

Risulta, allora, interessante la posizione di una dottrina la quale non ritiene corretto l'impiego del criterio teleologico; o meglio, lo ritiene necessario ma non sufficiente giacché il controllo dell'esercizio abusivo non si conclude appurando la conformità del contenuto della posizione soggettiva al quadro dei principi e dei valori dal quale dipende la legittimità della regola giuridica. Si rende, invece, necessario verificare se, dal passaggio dell'oggettiva e astratta declinazione della situazione soggettiva al suo esercizio, si verifichi uno scollamento tra quanto ipotizzato e quanto poi realizzato, tra ideale e reale. Sostiene tale dottrina, inoltre, che una tale verifica esige una ricostruzione quanto più rigorosa possibile della *ratio* della regola da cui la situazione soggettiva scaturisce, ma il sindacato di abuso non si esaurisce in un'indagine esclusivamente teleologica. E' quanto appena detto che viene prospettato dalla corrente di pensiero che costruisce tale sindacato nei termini di una constatazione del contrasto tra il concreto atto di esercizio e la *ratio* per cui la situazione giuridica è stata accordata al fine di appurare lo sviamento dall'interesse²⁸³ oppure la più sofisticata, dal punto di vista teorico, lacuna assiologica²⁸⁴.

Secondo la dottrina da ultimo esaminata, il concetto di abuso del diritto presuppone, quindi, una regola che delinea un determinato assetto degli interessi coinvolti e si concretizza quando il modo in cui la regola viene dispiegata non si presenta come una sua violazione, ossia come una sequenza di atti e attività contrari all'ordine in essa impresso²⁸⁵, ma come il tradimento del senso complessivo, della sostanza, quindi, della composizione di interessi da essa prefigurata, il che dà luogo ad una regola sostanzialmente diversa e per di più contraddittoria. Sulla base di quanto sostenuto dalla dottrina in esame, la regola va ricavata dalla messa in contatto della *ratio* astratta, e degli effetti normativi ipotizzati quale sua manifestazione, con il caso concreto, giacché è proprio nella reazione con il fatto che è possibile percepire l'autentica *ratio* della regola e la valenza degli effetti che la realizzano. Non è allora corretto rinvenire la sostanza

²⁸³ M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Illeciti atipici* cit., p. 12 sostengono che «l'abuso del diritto, la frode alla legge e lo sviamento di potere sono, a nostro giudizio, specie del genere atto illecito. Inoltre, si tratta di tipi di illecito che presuppongono azioni contrarie non ad una norma giuridica specifica - ad una regola - bensì ad un principio».

²⁸⁴ F. PIRAINO, *Il divieto dell'abuso dl diritto*, in *Europa e diritto privato*, I, 2013, p. 133 e ss. L'A. evidenzia che la lacuna assiologica non coincide con la lacuna normativa ossia con una carenza regolativa, con la mancanza di una regola specifica, ma consiste nella sussistenza di una regola non giusta. Come evidenziato da P. NAVARRO J. RODRÍGUEZ, *Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas*, in *Isonomía*, 2000, p. 76 «non è un caso privo di soluzione [una fattispecie priva di disciplina], ma piuttosto un caso con una cattiva soluzione». Si è chiarito infatti che quando si invoca una lacuna assiologica «Ciò che manca è una norma soddisfacente o “giusta” e, più precisamente, una norma “differenziatrice”, ossia una norma che disciplini diversamente una fattispecie che all'interprete appare diversa, cioè appunto meritevole di una disciplina distinta», così richiamando l'insegnamento di R. GUASTINI, *Defettibilità, lacune assiologiche, e interpretazione*, in *Revus*, 2010, p. 58.

²⁸⁵ Si ha contrarietà quando due affermazioni non possono essere entrambe vere, ma potrebbero essere entrambe false e quindi contrarie sono la regola che comanda di fare e quella che proibisce di farlo ossia quando una regola nega l'altra.

della regola soltanto nella *ratio* astratta. Questa, infatti, è pur sempre un fine di massima o un principio ed emerge soltanto nell'ambito dell'«anticipazione di senso»²⁸⁶ in cui si sostanzia la «comprensione originaria»²⁸⁷ in larga misura dominata dalla tradizione, ossia dalle soluzioni interpretative sperimentate e dalla dogmatica²⁸⁸. In altre parole, quindi, la *ratio* della disposizione normativa non può che essere individuata solo verificando gli effetti che discenderebbero dalla sua applicazione al caso concreto²⁸⁹.

In conclusione, saranno allora le ragioni pratiche che si agitano al di sotto del caso concreto a dover essere ricercate tenendo conto delle possibilità di azione o di inerzia che è dato istituire come contenuto della situazione soggettiva, delle modalità della loro esplicazione e dei conseguenti riflessi sulla controparte²⁹⁰.

8. Divieto dell'abuso del diritto come criterio di controllo di meritevolezza.

A tal punto, va allora esaminata l'argomentazione portata a sostegno da quella dottrina che qualifica l'abuso del diritto quale criterio di controllo di meritevolezza dell'esercizio dell'atto.

²⁸⁶ J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen Rechtlicher Entscheidungspraxis* (Frankfurt am Main), 1972, trad. it. S. PATTI, G. ZACCARIA, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, intr. di P. Rescigno, Napoli, 1983, p. 134 s. sulla scia di H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübinga, 1960, trad. it. Verità e metodo, Milano, 1972, p. 316 s. Nell'innestare la precomprensione nell'ermeneutica giuridica, Esser sottolinea l'influsso esercitato dalle rappresentazioni finali della decisione sull'applicazione del diritto, vale a dire che «sono presi in considerazione in anticipo i risultati possibili e di essi si verifica la comprensibilità del testo». L'A. colloca nella precomprensione proprio tale operazione, la quale pertanto non avviene con «metodo», in quanto com'è noto la precomprensione non è un concetto metodologico ma analitico descrittivo, è in altri termini una condizione esistenziale dell'interprete, che però pone una questione di metodo ossia come poterla controllare così da garantire l'oggettività dell'intendere. È, questo, il profilo del pensiero di Gadamer non colto o non accettato da Betti e che ha irrimediabilmente impedito che la loro polemica potesse se non giungere ad un punto di contatto per lo meno stemperarsi. Lo segnala L. MENGONI. *A proposito della teoria generale dell'interpretazione di E. Betti, L'ermeneutica giuridica in Emilio Betti*, a cura di V. Frosini, F. Riccobono, Milano, 1994, p. 153 s. e ora in *Scritti. I. Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo A. Albanese A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 2 17 e ss.

²⁸⁷ L. MENGONI, *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica, Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. 67.

²⁸⁸ J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto, cit.*, 136-137.

²⁸⁹ Secondo F. PIRAINO, *Il divieto dell'abuso dl diritto, cit.*, p. 136, questa precisazione permette di ritenere superata l'obiezione secondo cui l'identificazione dell'abuso del diritto con l'idea della deviazione dallo scopo finirebbe per far scivolare l'abuso nell'eccesso dal diritto. In tal senso, E. NAVARRETTA, *Il danno non iure e l'abuso del diritto, Diritto civile*, N. Lipari, P. Rescigno (diretto da), A. Zoppini (coordinato da), IV, *L'attuazione dei diritti*, III, *La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, p. 261. Esce smentita l'idea che si possa prefigurare una finalità intrinseca della situazione giuridica, ossia una volta per tutte data e ricavabile mediante un'operazione ermeneutica di carattere descrittivo.

²⁹⁰ In ciò si annida quel che appare come una forma di concettualismo nello schema di C. Restivo, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto cit.*, p. 184-185, il quale immagina che la valutazione della conformità della condotta all'interesse protetto dalla situazione soggettiva possa compiersi in ambiente astratto così da valutare la condotta «in sé e per sé, prescindendo da ogni considerazione attinente al modo in cui essa interagisce con le sfere giuridiche implicate. Il diritto soggettivo, in questa prospettiva, viene astratto dalla trama delle relazioni in cui concretamente vive, e viene assunto come entità isolata, avulsa dal contesto delle dinamiche intersoggettive il cui esercizio genera».

Secondo una prima impostazione, l'operazione ermeneutica attuata mediante il divieto di abuso del diritto si risolve in una scelta tra finalità possibili e conduce non tanto all'individuazione di quella più autentica alla luce del corretto metodo ermeneutico²⁹¹, quanto piuttosto alla contestazione che quella in concreto realizzata dal titolare rappresenti, nel caso di specie, la più adeguata tra quelle perseguibili sulla base della situazione soggettiva, evidenziandone la divergenza rispetto ad una diversa e preferibile finalità predicata come la sostanza della disposizione normativa. Ciò avviene a causa degli effetti dell'atto di esercizio della situazione soggettiva che si vogliono scongiurare poiché comportano un'eccessiva gravosità per chi li subisce o delle particolari modalità della loro produzione²⁹².

Tale dottrina fonda la propria impostazione sulla concettualizzazione dell'atto abusivo come una forma di sviamento dall'interesse protetto²⁹³, con la conseguenza che all'esercente la situazione soggettiva non si contesta un comportamento illecito ma si segnala che la

²⁹¹ Esattamente il contrario di quanto sostiene la linea di pensiero che assegna al divieto di abuso del diritto il compito di selezionare i fini della situazione soggettiva con l'obiettivo di imporre al titolare l'esercizio secondo un criterio di normalità ossia perseguendo determinati fini tipici: così di recente G. MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale cit.*, p. 351, 364.

²⁹² È corretto e convincente affermare, come fa A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento cit.*, p. 315, che il giudizio sull'abuso si risolve nell'analisi dell'aspetto funzionale dell'atto autorizzato, ma è forse eccessiva l'esclusione di qualsiasi ruolo all'aspetto strutturale, che invece, in alcune fattispecie concrete, offre un indice decisivo del fine perseguito dal titolare della situazione soggettiva.

²⁹³ Impostazione delineata da F. PIRAINO, *Il divieto dell'abuso del diritto*, p. 142 e ss. Con riferimento allo sviamento dall'interesse protetto va ricordato che il contenuto del diritto soggettivo viene determinato dall'ordinamento sulla base di una valutazione *a priori* delle prerogative che, tipicamente, realizzano l'interesse cui si intende dare protezione, si veda U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto, cit.*, p. 26. La concezione dell'abuso del diritto come sviamento dall'interesse è sostenuta, con alcune differenziazioni concettuali, da R. MÜLLER ERZBACH, *L'abuso del diritto secondo la dottrina teleologica*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 89 e ss.; SALV. ROMANO, *Abuso del diritto, cit.*, p. 166 e ss.; V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica, cit.*, p. 181 e ss.; D. MESSINA, *L'abuso del diritto*, p. 166 e ss.; G. M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, p. 321 e ss.; M. ROBLES, *Abuso del diritto, e dinamiche sanzionatorie nella prospettiva costituzionale*; in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 770 e ss. Diversamente, L. NIVARRA, *Un dibattito palermitano su illeciti atipici*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, p. 1019 e ss. critica l'idea che l'esercizio del diritto sottostia al vaglio di congruità ad un fine, sia pure tutto interno all'orizzonte valutativo della regola attributiva del diritto implica sempre. Inoltre, l'A. osserva che questo esito sarebbe incompatibile con la circostanza che l'attribuzione di un diritto implica sempre la strutturazione di una sfera di libertà qualificata dentro la quale l'*Inhaber* può agire indisturbato sia a quando non incontrerà un altro spazio giuridicamente pieno. In senso difforme, F. D. BUSNELLI; E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Dir. priv.*, 1997, p. 186 e ss. per i quali il sindacato sotteso alla formula dell'abuso non consiste nell'accertamento di uno sviamento dall'interesse tutelato dalla norma, in quanto darebbe luogo solo ad un eccesso dal diritto, ma nel bilanciamento tra l'interesse perseguito dall'agente e l'interesse che questi ha leso con la sua condotta. L'abuso, pertanto, si collocherebbe in una dimensione relazionale. In tal senso, P. RESCIGNO, *Abuso del diritto, cit.*, p. 232; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto, cit.*, pp. 15, 64-67; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto, cit.*, p. 6 e ss.; F. DI MARZIO, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 685 e ss. C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in S. Pagliantini (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, p. 123 e ss., il quale evidenzia che facoltà e poteri non sono attribuiti indiscriminatamente al soggetto, non gli attribuiscono una sfera di mero arbitrio, perché gli competono solo in quanto questi persegua, nel caso concreto, l'interesse assunto dalla norma. L'abuso del diritto, alla luce dello sviamento dell'interesse, si insinua in questo scarto tra la fattispecie normativa e il fatto concreto, nel quale le stesse prerogative possono essere esercitate in vista di un interesse diverso: da ciò la necessità di un accertamento solo in concreto e *a posteriori*. Cfr. U. BRECCIA, *L'abuso del diritto, cit.*, p. 7, il quale sostiene che l'abuso si manifesti e si colga solo sul piano del concreto esercizio del diritto.

prerogativa avanzata risulta meno meritevole di protezione giuridica. Precisamente, la minor meritevolezza viene ravvisata nella circostanza che la prerogativa invocata scaturisce da un comportamento che avrebbe potuto essere evitato adottandone uno diverso i cui effetti sarebbero risultati più pertinenti al caso concreto rispetto a quelli pretesi dal titolare della situazione soggettiva e quindi, in definitiva, più giusti. Parlare di minor giustizia o meritevolezza della concreta finalità perseguita crea delle preoccupazioni, considerato che la finalità perseguita è legittimata dalla disposizione normativa in quanto inclusa nella stessa.

Come rilevato, la dottrina sul divieto di abuso del diritto ha generalmente adottato la diversa soluzione qualificando il fine della condotta abusiva come inautentico rispetto ad una postulata sostanza della disposizione normativa. Diversamente, secondo l'impostazione qui esaminata si sostiene che il reale tipo di giudizio, che il ricorso al divieto di abuso del diritto instaura, impiega i diversi criteri adottati della giustizia e della meritevolezza²⁹⁴.

La negazione di tutela poggia, pertanto, sulla considerazione che gli effetti perseguiti tramite l'uso abusivo sono illegittimi poiché diretti a soddisfare un bisogno considerato non incluso nella *ratio* della situazione soggettiva e, per questa via, appare accettabile una negazione di tutela pur in presenza di un titolo valido che legittima a quel tipo di richiesta. Sicché, soltanto ipotizzando uno stretto diritto adoperato strumentalmente e un vero diritto fatto emergere dalla lente del divieto di abuso del diritto, «che lo supera e ripristina»²⁹⁵.

L'impostazione di cui si tratta viene considerata, peraltro, dai propri sostenitori in linea con i dettami del giuspositivismo. Questo perché la disapplicazione del diritto posto trova la propria giustificazione nello stesso diritto posto e non si impone invece per la sua intrinseca giustezza. Si avrebbe un'interpretazione correttiva del tenore letterale della disposizione normativa²⁹⁶ e, dunque, in definitiva come una soluzione secondo la legge. Si è, con tutta evidenza, al cospetto di una semplificazione, che, se presa sul serio, ostacola la piena comprensione del vaglio in termini di abuso del diritto. Il dato che neppure tale semplificazione riesce a occultare è la

²⁹⁴Osserva A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento cit.*, p. 317, che «L'interprete di un sistema positivo non può appellarsi esplicitamente alla morale, l'economia, la giustizia (sebbene di fatto spesso lo faccia). Così, quanto meno sul piano della presentazione, prospetta come vero diritto la "giusta" interpretazione (correttiva) del testo legale. E per scostarsi dalla lettera, non gli resta che appellarsi alla *ratio*. Nella varietà delle ricostruzioni favorevoli alla figura dell'abuso c'è convergenza sul fatto che la lettera della legge è lo stretto diritto, ma la *ratio legis* è il vero diritto».

²⁹⁵Così, in chiave descrittiva, A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento cit.*, 316..

²⁹⁶A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento cit.*, p. 322- 323, il quale però ritiene che l'idea della correzione della lettera del dettato positivo è in realtà un'immagine rassicurante ma non corrispondente alla realtà. Questo perché nell'affermare l'abuso «l'interprete sebbene per un verso non faccia nulla di diverso da quelle correzioni del senso letterale conformi all'intenzione del legislatore che anche il positivismo giuridico ammette, per l'altro fa molto di più di quando semplicemente interpreta ed applica la disposizione secondo l'intenzione. Non solo sottrae il caso alla lettera della disposizione permissiva che lo prevede, disapplica la legge, ma lo fa rientrare sotto la *ratio* di un'altra norma, repressiva, e così applica un'altra legge, scelta da lui».

centralità assunta in sede di verifica dell'abuso del diritto dalle concrete modalità della condotta e questo è un aspetto che va tenuto sempre presente. Il sindacato di abusività riveste natura teleologica e il bisogno che alimenta l'atto di esercizio, che costituisce il primo termine del giudizio, emerge in primo luogo dalle specifiche modalità dell'azione, di cui viene messa in discussione la congruità con la finalità della situazione giuridica assunta come autentica. Sicché, il bisogno che si tenta di appagare diverge dalla *ratio* della disposizione attributiva ed è da tale base che emerge di un uso abusivo.

Altra parte della dottrina, riconosce nel divieto dell'abuso del diritto uno strumento di controllo di meritevolezza con diversa argomentazione. In via generale, si afferma che nel nostro sistema legislativo è implicita una norma che reprime ogni forma di abuso del diritto, sia questo di proprietà o di altro diritto soggettivo, reale o di credito. L'abuso del diritto consiste nell'esercitare il diritto per realizzare interessi diversi da quelli per i quali esso è riconosciuto dall'ordinamento giuridico²⁹⁷. Considerata superata la concezione etica dell'abuso del diritto se ne individua la funzione, a volte, vedendo nello stesso uno strumento utilizzato dalle corti per legittimare e razionalizzare il controllo degli atti privati e, altre volte, vedendo una diretta estrinsecazione del principio dell'affidamento²⁹⁸. Uno spunto arriva dagli autori che ravvede nell'abuso del diritto una tecnica di controllo della discrezionalità insita nell'esercizio delle prerogative private e, in particolare, delle libertà²⁹⁹. Precisamente, da tali autori si prende atto che per mezzo dell'abuso del diritto è possibile comparare gli interessi in conflitto che si formano all'interno del rapporto, imponendo la riduzione dell'ambito di operatività dei diritti acausali³⁰⁰. Altresì, si conviene che il terreno su cui opera l'abuso del diritto non è il contratto in sé ma tutti gli atti unilaterali che di questo sono esecuzione e la categoria dei diritti potestativi rispetto ai quali si pone come strumento di garanzia del normale utilizzo³⁰¹.

²⁹⁷ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, Le obbligazioni e i contratti, I, Obbligazioni in generale. *Contratti in generale*, Padova, 1999, p. 640 e ss.

²⁹⁸ F. RANIERI, *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 317 e ss., secondo il quale la figura, assieme all'*exceptio doli* al centro dell'antitesi tra dogma della volontà e tutela dell'affidamento.

²⁹⁹ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 21, che pone sullo stesso piano le prerogative individuali e collettive.

³⁰⁰ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 22 e 90. Invero, evidenzia l'A. che sul piano della politica legislativa, il problema dell'abuso si vedrebbe ridotto nella misura in cui la legge impone la «tipicità» delle cause di esercizio dei diritti. In tal senso, il sistema si va svolgendo verso la causalità di atti che erano generalmente ritenuti come traspare dalla stessa disciplina legislativa, astratti.

³⁰¹ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit. p. 71 e ss., il quale dedica peculiare attenzione alle potestà familiari giungendo alla conclusione che «ciò che si qualifica «abuso», o «esercizio normale», può essere presentato perciò, allo stesso tempo, come inadempimento degli obblighi connessi con la potestà, con il risultato che «il giudizio circa l'esercizio della potestà si risolve in un giudizio relativo alla corrispondenza tra potere esercitato ed interesse per cui il potere fu conferito» e che «il cosiddetto abuso della potestà si risolve dunque nella negligenza, o nella violazione, dei doveri che sono connessi alla potestà, e quindi degli interessi che attraverso gli obblighi in parola la legge tende a soddisfare». L'A. ritiene, inoltre, con più generale riferimento ai diritti potestativi, che «una base legislativa all'affermata esigenza della tipicità può essere rinvenuta nell'art. 1355 c.c. che commina la nullità del

In particolar modo, si accoglie la concezione per cui l'abuso del diritto è una tecnica giudiziale di selezione, nella fase esecutiva del rapporto degli interessi meritevoli di tutela e, per il suo tramite, di controllo degli atti di esercizio dei diritti attribuiti dalla legge³⁰².

Si attribuisce al divieto di abuso del diritto, quindi, una funzione selettiva da condividersi con la clausola della buona fede. Si impone, sostanzialmente, che l'atto di concreto esercizio del diritto sia limitato al perseguimento dell'interesse tutelato con la sua attribuzione³⁰³.

Tale prospettiva è confermata anche dalla struttura attribuita dal legislatore del 1942 al sistema dei diritti soggettivi, il cui riconoscimento non è, come avveniva nel codice previgente e nelle coeve codificazioni liberali, svincolato da ogni controllo, ma all'opposto subordinato, soprattutto nel campo dei diritti patrimoniali, ad una valutazione di congruità e di meritevolezza³⁰⁴. Un limite sostanziale alla nozione di proprietà, collegato all'interesse al cui soddisfacimento è volta l'attribuzione del diritto, va rinvenuto all'art. 840 cpv. c.c. Tale disposizione infatti limita l'estensione del diritto di proprietà stesso e non delle facoltà attribuite al proprietario. Ciò avviene in funzione della meritevolezza dell'interesse alla sua titolarità: un soggetto può vantare un diritto su di un bene nella misura in cui abbia un interesse a farlo valere. Altresì, si porta l'esempio dell'art. 1438 c.c. che limita la possibilità di far valere un diritto anche tramite relativa minaccia, all'ipotesi in cui l'atto di esercizio non sia diretto a conseguire un vantaggio ingiusto³⁰⁵. E, come rilevato, il vantaggio ingiusto altro non è che

contratto sottoposto a condizione sospensiva meramente potestativa, norma da cui si evince che “il limite di ammissibilità e di validità della condizione potestativa è costituito dal carattere non meramente arbitrario che deve rivestire l'avveramento della condizione. E mero arbitrio vuol dire inesistenza d'interessi meritevoli di tutela, che cercano di realizzarsi attraverso l'atto”. Circa la condizione potestativa, si veda P. VITUCCI, *Conditio est in obligatione: ex lege*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 23, che sottopone al generale dovere di buona fede il comportamento discrezionale delle parti in pendenza di condizione potestativa.

³⁰² Analogamente, mediante l'analisi della giurisprudenza, S. PATTI, *Abuso del diritto*, cit., p. 6, arriva a medesima conclusione, ritenendo che nel nostro ordinamento si avverte l'esigenza di uno strumento adeguato a garantire un esercizio «normale» del diritto soggettivo, e tale strumento viene ravvisato nel principio dell'abuso. Altresì si indica G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 321 e ss., che nell'abuso del diritto ravvisa una categoria giuridica non solo ammissibile “ma anche opportuna nell'ambito del sistema giuridico, in quanto impedisce la strumentalizzazione di un diritto verso finalità non meritevoli di tutela. Emergono in tal modo le coincidenze operative con la clausola di buona fede nell'esecuzione del contratto, diretta a evitare, in linea generale, la vanificazione o l'aberrazione del contratto nel suo momento finale”. Infine, si ricorda D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, cit., p. 3 e ss., che alla nozione di abuso preferisce il “criterio della correttezza, attribuendovi il ruolo di “criterio immediato di selezione delle attività escluse”.

³⁰³ Sul riconoscimento del divieto di abuso del diritto costituisca una clausola generale la cui operatività travalica il campo dei diritti di credito e degli altri diritti patrimoniali è pacifico anche in giurisprudenza. Si veda, M. D'AMELIO, *Abuso del diritto*, cit. p. 96; SALV. ROMANO, *Abuso del diritto*, cit., p. 169; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 55 e ss.

³⁰⁴ In F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, cit. p. 286, si legge che la centralità del principio causalistico, e del connesso controllo giudiziale sulla meritevolezza degli interessi in concreto perseguiti tramite l'atto di autonomia privata nel campo dei diritti patrimoniali è ben posta in evidenza, con riferimento al diverso ma collegato problema del cd. principio di tipicità delle promesse e degli altri atti unilaterali.

³⁰⁵ F. LUCARELLI, *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, Milano, 1964, p. 52, il quale afferma che nell'art. 1438 c.c. non si dà, quindi, rilevanza allo smodato uso di potere da parte di chi, minacciando di far valere un diritto, costringe l'altra parte all'accordo negoziale, quanto all'ingiustizia del risultato ottenuto, cioè all'effetto

l'interesse meritevole di tutela, ovvero segna il limite generale all'esercizio dei diritti riconosciuti dall'ordinamento³⁰⁶.

Sulla base di tali considerazioni, secondo questa diversa impostazione, l'abuso del diritto, in primo luogo, attribuisce al giudice, per il tramite della funzione selettiva³⁰⁷, un potere di sindacato sul concreto esercizio dei diritti soggettivi, ed in particolare di quelli potestativi, diretto a verificarne la congruità da un lato con i valori espressi dall'ordinamento, dall'altro con le finalità insite nel loro normale esercizio³⁰⁸. In secondo luogo, l'abuso del diritto è espressione diretta dei principi cardine dell'attuale ordinamento costituzionale, una regola implicita dell'intero sistema del diritto privato.

Si noti, però, che individuandosi abuso del diritto nel comportamento di chi esercita un diritto riconosciutogli dalla legge del contratto per realizzare un interesse diverso da quello per cui tale diritto è preordinato laddove il diverso interesse perseguito non sia meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, si va ad attribuire rilevanza al fondamento giuridico. Questo, in alcune occasioni è stato fatto discendere nella clausola di correttezza in quanto espressione del divieto dell'abuso del diritto³⁰⁹, in altre si è affermato che quest'ultimo è espressione del dovere di buona fede³¹⁰.

A parte una circoscritta opinione che non ha riscontrato ampio consenso, secondo cui buona fede e abuso del diritto divergono per il fatto che, mentre l'abuso consentirebbe una valutazione degli interessi delle parti dal punto di vista dei principi generali dell'ordinamento, la buona fede consentirebbe di valutare interessi nell'ambito di un rapporto giuridico determinato ed in

finale di tale attività, il vantaggio esorbitante e ingiustificato: si pone così in rilievo, nell'apprezzamento normativo, non il fatto «illecito» ma l'«evento dannoso» che la minaccia di far valere un diritto abbia prodotto sugli effetti del contratto alterando il contenuto di solidarietà degli interessi regolati. Sul nesso tra art. 1438 c.c. e abuso del diritto U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 13 e 17.

³⁰⁶ Diversa questione è se la norma sia espressione o meno del divieto di abuso del diritto: questione sulla quale si concentra U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 35.

³⁰⁷ Sulla funzione selettiva, si rinvia a G. MERUZZI, *Exceptio doli nel diritto civile e commerciale*, cit., p. 288 e ss., p. 348 e ss.

³⁰⁸ F. D. BUSNELLI, E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit., p. 210, per i quali il principio assume il duplice ruolo di “punto di aggregazione di regole sparse nel codice e di mezzo finalizzato a sciogliere la rigidità settoriale di dette regole, aggiungendo alla loro connaturale flessibilità un connotato di adattabilità e di espansività nel più generale contesto del diritto civile. Ancora, E. NAVARRETTA, *Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema attuale delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 780, in nota 8 e p. 789, in nota 50 che qualifica l'abuso del diritto come principio orientativo implicito del sistema, legato alla regola emulativa e al criterio di correttezza.

³⁰⁹ G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 285, che accomuna il divieto degli atti emulativi e clausola di correttezza, intesi come estrinsecazioni di un implicito divieto di comportamenti abusivi.

³¹⁰ A. LEVI, *Sul concetto di buona fede: appunti intorno ai limiti etici del diritto soggettivo*, Genova, Angelo Fortunato Formiggini, 1912, p. 103, al quale rinvia anche D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970, p. 420.

relazione al diverso profilo delle regole del traffico negoziale³¹¹, come evidenziato dalla dottrina in esame³¹², si sostiene che il divieto di abuso del diritto è principio la cui vigenza è desumibile dall'intero sistema del diritto privato³¹³, che non consente che l'esercizio di una facoltà discrezionale sia volto al perseguimento di interessi diversi da quelli per cui tale facoltà è stata dall'ordinamento attribuita³¹⁴. Quale definizione frutto dell'opera di costituzionalizzazione dei principi fondamentali dell'ordinamento la figura si pone come mezzo compatibile e funzionale alla promozione dei valori ad essi sottostanti³¹⁵. Il divieto, infatti, si

³¹¹ G. CATTANEO, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 636 e ss.

³¹² G. MERUZZI, *Exptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, cit., p. 356.

³¹³ Affermazione che trova, in parte, conferma anche nella circostanza che l'abuso del diritto sia la *ratio* sottostante ad un'ampia serie di norme a cui hanno fatto riferimento sia nel vigore del Codice previgente che nei primi decenni di applicazione dell'attuale, proprio i più strenui assertori della sua incompatibilità con i sistemi codificati, i quali hanno ritenuto che la sanzione dei comportamenti abusivi sia il monopolio del legislatore (cfr. M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, cit. p. 114, che ravvisa un'antitesi concettuale tra la nozione di diritto e abuso del diritto: ove il legislatore interviene con norme ad hoc per disciplinare un caso specifico cessa la possibilità di configurare un abuso in quanto un determinato atto o comportamento diviene automaticamente conforme o contrario al diritto). Di seguito, le norme maggiormente citate dimostrano la variabilità di contenuti assunti in concreto dal divieto: artt. 330, 333, 384, 833, 838, 844, 909 e ss., 1206 e ss., 1355, 1359, 1438, 1679, 2597, 1956, 2901 c.c., 96 c.p.c., oltre alle norme espressive dell'*exceptio doli* e del *divieto di venire contra factum proprium*. Tuttavia, la constatazione che la presenza nell'ordinamento di un'ampia serie di norme, finalizzate a reprimere specifici comportamenti abusivi, non è di per sé indice risolutivo dell'esistenza di un generale divieto di abuso. Di ciò ne erano certi i sostenitori dell'opposta e prevalente opinione, favorevole alla generale ammissibilità dell'istituto, a far leva su argomenti sistematici di ben altro spessore, si veda G. MERUZZI, *Exptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, cit., p. 341. In tal senso, M. D'AMELIO, *Abuso del diritto*, cit., p. 95; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 26; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit. p. 26, che evidenzia l'antitesi tra abuso e concezione del diritto privato fatta propria dai codici liberali: «Attraverso la dottrina dell'abuso si mette in discussione la legittimità che all'esercizio del diritto sembra dovere spettare per il solo fatto di essere riconosciuto ed attribuito dalla norma statale»; G. ALPA, *I principi generali*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1993, p. 411; Id, *I principi generali*, in G. ALPA, A. GUARNERI, P. G. MONATERI, G. PASCUZZI, R. SACCO, *Le fonti del diritto italiano. 2. Le fonti scritte e l'interpretazione*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1999, p. 383; G. D'AMICO, «Regole di validità» e principi di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, p. 337, che vi scorge il fondamento della nuova disciplina dell'abuso sulle clausole abusive; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto, II*, cit., p. 286; C. M. BIANCA, *Diritto civile. 6. La proprietà*, Milano, 1994, p. 196: «diretta emanazione della concezione dei diritti soggettivi quali forme di tutela di interessi socialmente apprezzabili»; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale, II*, cit., p. 640. In diverso senso, G. CATTANEO, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, cit., p. 659, il quale all'uso di formule «ambigue e prive di reale valore pratico» preferisce l'analisi di singoli problemi e dei vari modi di atteggiarsi della clausola di buona fede; C. SALVI, *Abuso del diritto*, cit. il quale ravvisa nell'abuso del diritto un problema di carattere essenzialmente storico sotto il profilo delle fattispecie positive ad esso riconducibili, ed una sovrastruttura logica priva di utilità dal punto di vista operativo, in quanto l'attenuazione degli squilibri nell'esercizio dei diritti è realizzata tramite l'uso delle clausole generali, ed in particolare della buona fede; G. OPPO, *Sui principi generali del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 488, che dubita della configurabilità nel nostro sistema giuridico del divieto di abuso quale principio generale dell'ordinamento.

³¹⁴ G. MERUZZI, *Exptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, p. 356, rinvia a quanto affermato S. CAFARO, *L'abuso del diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergern alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Dir. unione europea*, 2003, p. 313, ossia che la «corretta interpretazione della norma non è sufficiente a scongiurare il rischio dell'abuso del diritto se non soccorre un parametro esterno alla norma stessa che ci permette di decidere in quali casi il diritto è esercitato abusivamente».

³¹⁵ Invero, anche G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, cit., p. 286, il quale sottolinea il nesso tra abuso e solidarietà sociale da cui discende in modo netto l'aggancio alle norme costituzionali che disciplinano l'attività dei privati. Nello stesso senso, Trib. Tivoli, 18 dicembre 2002, ha affermato che «appare corretto ancorare il concetto di abuso del diritto direttamente all'art. 2 Cost., in tal modo, operante in tutti i rapporti che abbiano rilievo giuridico, rivestano o meno natura obbligatoria o contrattuale».

presenta coerente con i valori costituzionali; è istituto del tutto solidale con alcuni principi caratterizzanti il sistema del diritto codificato: il principio causalistico, rispetto al quale si pone, al pari del principio di buona fede, come criterio di valutazione in concreto della meritevolezza dell'interesse perseguito, consentendo un sindacato giudiziale dell'atto di autonomia nella fase di attuazione del rapporto obbligatorio del tutto analogo a quello compiuto al momento della sua costituzione. Il fondamento costituzionale del divieto di abuso del diritto viene rinvenuto nel principio di uguaglianza sancito all'art. 3 Cost. che impone di garantire la parità di trattamento tra le ipotesi di abuso codificate e quelle che, seppur socialmente tipizzate, non hanno ancora ricevuto l'avvallo del legislatore.

9. Il sistema rimediale

Si veda ora come la qualificazione giuridica della condotta, che è stata valutata abusiva, venga successivamente "corretta" in sede interpretativa, o comunque da parte di una autorità diversa rispetto a quella che ha emanato la disciplina generale che ha reso possibile l'abuso.

Come evidenziato da una dottrina³¹⁶, il profilo oggetto di analisi, è strettamente collegato a quello dei criteri di identificazione e/o di valutazione dell'abuso: ovvero, concretamente improduttivo rispetto a quest'ultimo. Infatti, l'individuazione dell'abuso e la sua successiva correzione vengono normalmente effettuate alla luce del medesimo criterio. Ad esempio, se una condotta è giudicata abusiva in quanto antieconomica, verrà corretta alla luce di un criterio economico; se una condotta è giudicata abusiva in quanto immorale, verrà corretta alla luce di un criterio morale, e via dicendo. Si deve precisare che, seppur i due passaggi della rilevazione e della correzione dell'abuso non sono esplicitamente separati in sede di ragionamento giustificatorio, esigenze di chiarezza analitica e ricostruttiva richiedono necessariamente una trattazione separata.

Dunque, in tal senso, l'opera di correzione della condotta abusiva avviene restringendo in via interpretativa l'ambito di estensione delle regole che disciplinano il diritto, ovvero creando una lacuna, e precisamente una lacuna ideologica, o assiologica, o sostitutiva³¹⁷. E' chiaro che

³¹⁶ G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, p. 28 e ss.

³¹⁷ In merito, si veda M. DOSSETTI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, cc.1573-1590, spec. c. 1581, il quale sottolinea che è ugualmente importante non scorgere lacune nell'ordinamento giuridico là dove non esistono, in quanto i giudici usano la figura dell'abuso del diritto per risolvere casi che trovano già una soluzione in norme esplicite; R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, p. 319, secondo il quale la ragione per invocare la repressione dell'abuso risiede normalmente in una lacuna delle regole puntuali; M. COSTANZA, *Brevi note per non abusare dell'abuso del diritto*, in *Giust. civ.*, 2001, I, pp. 2443-2445 propenso a sostenere che l'abuso del diritto presuppone in un certo senso una lacuna, cosicché la repressione della condotta avviene non già attraverso la determinazione degli interessi già tutelati dall'ordinamento, bensì con l'individuazione di esigenze ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge e rispetto alle quali si rinviene l'esigenza di salvaguardia. In teoria generale, il nesso tra abuso del diritto e lacune assiologiche è colto con chiarezza da M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Illicitos atípicos*, cit., pp. 61-62.

non si tratta di una lacuna, in senso tecnico, normativa, ovvero non consiste nella mancanza di una norma, o nella mancanza di una norma certa, che disciplini una certa fattispecie, ma nella mancanza di una norma giusta o ottimale (e nella speculare presenza di una norma ingiusta, o sub-ottimale)³¹⁸. Una definizione di lacuna assiologica potrebbe essere la seguente: un certo caso costituisce una lacuna assiologica rispetto ad un determinato sistema normativo se quel caso riceve una soluzione all'interno di quel sistema normativo, ma ciò avviene senza prendere in considerazione qualche proprietà che dovrebbe essere considerata come rilevante alla luce di un criterio assiologico³¹⁹.

Di seguito, si indicano le operazioni che la rilevazione e la correzione di una lacuna assiologica comportano³²⁰. L'interprete accerta che una determinata condotta ricade nell'ambito di esercizio di un diritto riconosciuto dall'ordinamento e che quella condotta tuttavia contrasta con qualche criterio sociale, morale, giuridico. Ovvero, l'interprete corregge la norma esplicita che consente l'esercizio "abusivo" del diritto restringendone l'ambito di applicazione (ad esempio facendo ricorso alla tecnica della dissociazione) ed escludendone la condotta abusiva³²¹. L'interprete formula una nuova norma (implicita), il cui contenuto consiste nel ricondurre la condotta abusiva ad una soluzione tratta dal criterio di valutazione prescelto, e che rende espressamente vietata quella condotta.

Va, allora, constatato che in base al criterio di valutazione (e di correzione) prescelto, si andrà a distinguere tra la configurazione di una lacuna assiologica "esogena" oppure "endogena", ovvero tra una lacuna assiologica "in senso critico" oppure "in senso interpretativo"³²².

Si ha una lacuna assiologica "esogena" quando l'interprete adotta come parametro assiologico un criterio esterno, ad esempio, un principio, un valore, rispetto all'ordinamento giuridico cui appartiene la norma esplicita che è stata ritenuta ingiusta, inadeguata. Il corollario

³¹⁸ L'idea risale ad HANS Kelsen, *REINE RECHTSLEHRE*, Leipzig und Wien, 1934, trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di R. Treves, Torino 1952, pp. 125-127; ID., *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, trad. it. *La dottrina pura del diritto*, a cura di M. Losano, Torino, 1966, 1990, p. 280. Si vedano anche N. BOBBIO, *Lacune del diritto*, 1963, in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, pp. 89-102; R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, pp. 244-245.

³¹⁹ C. ALCHURRÓN, E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1974, pp. 145 ss.

³²⁰ P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999, pp. 292-293; ID., *Lacune del diritto. Appunti per una tipologia realistica*, in L. Triolo (a cura di), *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Torino, 2001, pp. 23-71; ID., *Finzioni giudiziali. Progetto di voce per un vademecum giuridico*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto*, 2001, Torino, 2002, pp. 71-94.

³²¹ Exceptio doli generalis

³²² Si veda, J. L. RODRIGUEZ, *Axiological Gaps and Normative Relevance*, in ARSP, 2000, pp. 151-167.

di una tale riconoscimento è che l'abuso del diritto diviene tecnica di etero-integrazione del diritto.

Diversamente, nell'ipotesi che la lacuna assiologica sia "endogena", l'interprete tende appellarsi all'ingiustizia, all'inadeguatezza, all'incongruenza, della norma esplicita a fronte di valori o principi ricavabili dallo stesso sistema cui appartiene quella norma, o comunque percepiti come interni a quel sistema, con riferimento a principi settoriali, tipici di un certo settore dell'ordinamento, oppure con riferimento a principi e valori più generali e fondamentali; in un ordinamento giuridico dotato di costituzione rigida, nella quale sono esplicitamente recepiti determinati valori politico-morali, una lacuna assiologica di tipo interpretativo potrà essere determinata dalla ingiustizia, inadeguatezza, incongruenza ecc., di una norma infracostituzionale rispetto a uno o più principi desumibili dalla costituzione³²³. Sicché, l'abuso del diritto in questo caso è strumento di auto-integrazione del diritto, ovvero di interpretazione sistematica e adeguatrice.

Più specificamente, è possibile ad oggi affermare che vi è stato unanime riconoscimento, sia in dottrina che in giurisprudenza, che sanzione tipica della violazione del divieto di abuso del diritto sia il risarcimento del danno³²⁴. Tra i rimedi diversi da quelli risarcitori possibili in caso di abuso del diritto assume particolare rilievo l'*exceptio doli generalis*.

L'*exceptio doli generalis* attribuisce al titolare la possibilità di opporsi ad un'altrui pretesa o eccezione, astrattamente fondata ma che, in realtà, costituisce espressione di uno scorretto esercizio di un diritto volto al soddisfacimento di interessi non meritevoli di tutela per l'ordinamento giuridico³²⁵.

³²³ In tal senso, J. J. MORESO, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 176-180; sulla possibilità di distinguere tra giudizi di valore interni e giudizi di valore esterni rispetto al sistema, V. VILLA, *Legal Theory and Value Judgments*, in *Law and Philosophy*, 1997, pp. 447-477.

³²⁴ R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, cit., p. 334 e ss. il quale, dopo aver constatato che alla varietà degli aspetti strutturali dell'abuso corrisponde la vale sanzioni, evidenzia in particolar modo che, rispetto ad un tipo di abuso consistente in un comportamento materiale nocivo, che l'operatore vorrebbe giustificare come esercizio di un diritto sulla cosa propria o come esercizio di un diritto sulla cosa altrui, o come esercizio di un qualche altro diritto, la sanzione si potrà concretare in quattro diversi provvedimenti: se il conflitto mette in gioco l'esistenza o la misura di un diritto avremo una pronuncia di accertamento; se il comportamento è duraturo o reiterabile, avremo una interdizione; se il comportamento ha creato opere illegittime, esse dovranno essere rimosse; in ogni caso, laddove sussistano danni quale conseguenza dell'abuso del diritto, essi dovranno essere risarciti secondo i principii comuni. E' stato da altri osservato che la ricostruzione sul piano rimediario della teorica dell'abuso del diritto si articola, dal punto di vista funzionale, nel momento in cui il rimedio invalidatorio non appaia idoneo alla reintegrazione dell'interesse leso; in questo caso, potrà essere dato ingresso all'azione di danni, pur venendo in considerazione non un'ipotesi di responsabilità aquiliana, ma un'ipotesi di responsabilità contrattuale e, in particolare, di inadempimento dell'obbligazione di eseguire il contratto secondo buona fede, sancita, com'è noto, dall'art. 1375 c.c. In tal senso, F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, cit., p. 318, nota 18; C. SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, in *Contratti*, 2012, 1, p. 5 e ss.

³²⁵ F. CARINGELLA – G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2007, p. 88; G. MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al commerciale*, cit., p. 429.

Tale *exceptio* ha rappresentato nel diritto romano lo strumento processuale utilizzato dal pretore al fine di correggere lo *ius civile* e tutelare interessi e rapporti che apparivano irrilevanti o in contrasto con lo stesso *ius civile*³²⁶.

Nel diritto moderno l'*exceptio doli* si collega alla problematica dei limiti sussistenti nell'esercizio di diritti soggettivi ed è volta alla realizzazione di un adeguamento continuo del diritto alla realtà sociale³²⁷.

Si tratta di uno strumento avente in prevalenza natura difensiva poiché determina la disapplicazione delle norme che vengono invocate in maniera illecita con la conseguente reiezione della domanda³²⁸.

L'*exceptio doli generalis seu praesentis* si distingue dall'*exceptio doli specialis seu preteriti*³²⁹. Essa, infatti, allude al dolo attuale, compiuto nel momento in cui viene esperita l'azione nel processo; rappresenta un rimedio di carattere generale, volto a precludere l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti attribuiti dall'ordinamento, paralizzando l'efficacia dell'atto che ne rappresenta la fonte o giustificando il rigetto della domanda giudiziale basata sullo stesso, qualora l'attore abbia nascosto situazioni sopravvenute al contratto ed idonei a modificare o estinguere il diritto, ovvero abbia presentato richieste di pagamento abusive o fraudolente o abbia violato il divieto di *venire contra factum proprium*³³⁰.

Diversamente, l'*exceptio doli specialis* si riferisce al dolo compiuto al momento della conclusione dell'atto e mira a far valere l'esistenza di raggiri posti in essere per indurre un soggetto a stipulare un determinato negozio, al fine di ottenerne l'annullamento, ovvero a denunciare la violazione dell'obbligo di comportarsi in base a buona fede durante lo svolgimento delle trattative e la formazione del contratto, rilevante come dolo incidente, qualora gli inganni abbiano inciso sul contenuto del contratto, con relativa responsabilità per i danni cagionati dalla sua condotta³³¹.

Come evidenziato da parte della dottrina, l'*exceptio doli generalis* può essere proposta anche in caso di condotte sleali e non fraudolente e rappresenta, pertanto, un rimedio di natura oggettiva³³²; non deve, necessariamente ricorrere in capo al titolare del diritto una finalità

³²⁶ A. TORRENTE, *Eccezione di dolo*, in *Enc. del diritto*, XIV, Milano, 1965, p. 218.

³²⁷ A. TORRENTE, *Eccezione di dolo*, cit., 219 ss..

³²⁸ F. CARINGELLA – G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 88

³²⁹ Per la distinzione v. in particolare Cass., 7 marzo 2007, n. 5273, in *I contratti*, 2007, 971 ss.

³³⁰ V. Cass., 7 marzo 2007, n. 5273, cit.

³³¹ Così Cass., 7 marzo 2007, n. 5273, cit.; A. TORRENTE, *Eccezione di dolo*, cit., 219 ss..

³³² In tal senso G. MERUZZI, *Il fondamento sistematico dell'exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione*, in *Contr. evimpr.*, 2007, p. 1379.

fraudolenta o dolosa, essendo sufficiente la prova della mera conoscenza o della conoscibilità della contrarietà alla correttezza del comportamento posto in essere³³³.

Non si rinviene nell'ordinamento una norma che disciplina l'*exceptio doli generalis* ma è possibile individuare nell'ambito del Codice civile alcuni istituti aventi la medesima *ratio*³³⁴.

Proprio per questa ragione, inizialmente, si tendeva ad escludere la possibilità di riconoscere valenza generale a tale rimedio³³⁵.

Successivamente, invece, dottrina e giurisprudenza³³⁶ hanno valorizzato siffatto strumento di tutela, ma il fondamento normativo al quale ricondurlo non è stato identificato in maniera univoca: ora l'*exceptio doli generalis* è stata ricondotta nell'alveo del principio di buona fede, con conseguente operatività limitata all'ambito delle obbligazioni³³⁷, ora nell'alveo dell'abuso

³³³ C. ROMEO, *Il commento a Cass.*, 7 marzo 2007, n. 5273, in *I contratti*, 2007, p. 982; G. MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, cit., p. 468.

³³⁴ Si citano a tal proposito a titolo esemplificativo: gli artt. 1241 ss. in materia di compensazione; l'art. 1260, comma 2, per cui le parti non possono opporre al cessionario il patto con cui hanno escluso la cedibilità del credito se non si prova che egli lo conosceva al momento della cessione; l'art. 1359, che prevede la finzione di avveramento della condizione; l'art. 1426 che esclude l'annullabilità del contratto nel caso in cui il minore abbia con raggi occulti la sua età; l'art. 1438 concernente la minaccia di far valere un diritto; l'art. 1460, comma 2, che esclude la possibilità di rifiutare l'esecuzione del contratto se il rifiuto è in contrasto con la buona fede e l'art. 1490, comma 2, che dispone l'inefficacia del patto con cui è esclusa o limitata la garanzia per i vizi della cosa venduta nel caso in cui il venditore abbia in mala fede taciuto al compratore i vizi della cosa. Per l'elencazione v. F. Caringella – G. De Marzo, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 88.

³³⁵ G.L. PELLIZZI, *Exceptio doli (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, 1960, p. 1075; A. TORRENTE, *Eccezione di dolo*, cit., p. 221.; C. ROMEO, *Il commento a Cass.*, 7 marzo 2007, n. 5273, cit., p. 980 ss..

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

³³⁶ Analizzando la giurisprudenza in materia si evidenzia che l'*exceptio doli* ha trovato applicazione, in particolare, nell'ambito delle garanzie autonome. Nell'ambito del contratto autonomo di garanzia il garante si impegna ad effettuare il pagamento di una determinata somma di denaro in favore del beneficiario della garanzia a semplice richiesta, rinunciando ad opporre eccezioni relative al rapporto che lo lega al debitore principale anche se volte a far valere l'invalidità del contratto dal quale tale rapporto deriva, salvo che non siano fondate sulla nullità per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa; in quest'ultima ipotesi si ritiene che l'invalidità del contratto "presupposto" si comunichi al contratto di garanzia, rendendo la sua causa illecita, si v. Cass. 17 marzo 2006, n. 5997, in *I contratti*, 2006, p. 1115. Sulla base dell'operatività della buona fede come fonte integrativa degli effetti degli atti di privata autonomia, il garante, in caso di prove evidenti del carattere fraudolento o abusivo della richiesta di pagamento da parte del beneficiario della garanzia, può - e deve - rifiutare il pagamento richiesto, si v. Cass. 24 aprile 1991, n. 4519; Cass. 6 aprile 1998, n. 3552; Cass. 21 aprile 1999, n. 3964; Cass. 1 ottobre 1999, n. 10864 in www.dejure.it. A tal fine si è richiamata l'*exceptio doli generalis*, si v. Cass. 17 marzo 2006, n. 5997, cit., p. 143. Ancora in tema di garanzie autonome l'*exceptio doli generalis* è stata recentemente ritenuta proponibile dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel caso in cui appare evidente, certo ed incontestabile il venir meno del debito garantito per previa estinzione dell'obbligazione principale per adempimento o per un'altra causa, si v. Cass. SU, 2010, n. 3947 in *I contratti*, 2010, p. 440 ss. Un altro ambito in cui l'*exceptio doli* è stata applicata – dapprima implicitamente - riguarda la fideiussione omnibus precedentemente all'intervento legislativo del 1992, con cui si è stabilito che la fideiussione per le obbligazioni future deve prevedere l'importo massimo garantito, si rinvia a C. ROMEO, *Il commento*, cit., p. 981. La Corte di Cassazione, pur ammettendo la liceità della fideiussione *omnibus*, ha ritenuto che il rischio del fideiussore dovesse essere limitato dal rispetto da parte dell'istituto di credito del dovere di comportarsi secondo buona fede nell'esecuzione del contratto di garanzia¹⁴⁷ Cass., 18 luglio 1989, n. 3362, in *Foro it.*, 1989, I, p. 2750; C. ROMEO, *Il commento*, cit., p. 981. Tale eccezione è stata, inoltre, applicata in tema di credito documentario; si tende a dar rilevanza ai comportamenti fraudolenti posti in essere dal beneficiario a danno dell'emittente, così Pret. Perugia, 28 maggio 1990, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, p. 670.

³³⁷ A. TORRENTE, *Eccezione di dolo*, cit., p. 221.

del diritto³³⁸, ora congiuntamente al divieto di abuso del diritto ed al principio di buona fede³³⁹. Soluzioni, tuttavia, criticate evidenziandosi, da un verso, che considerare l'*exceptio doli* come mera espressione della buona fede oggettiva comporta la limitazione del suo ambito di applicazione al diritto delle obbligazioni e dei contratti e, da altro verso, che il ricorso all'*exceptio doli* non richiede necessariamente l'esistenza di un abuso³⁴⁰. Secondo una dottrina, la quale sostiene l'autonomia delle figure, il denominatore comune della buona fede oggettiva, dell'abuso del diritto e dell'*exceptio doli* è la finalità perseguita³⁴¹.

Non ha avuto, invece, seguito quell'opinione degli anni '60 che l'illecito dia luogo ad un titolo autonomo di responsabilità, nel senso che la figura dell'abuso consiste in un ampliamento della rilevanza della buona fede nell'ambito dei rapporti *extracontrattuali* in grado di estendere l'area di atipicità dell'illecito³⁴².

Sembra ancora discutersi se la fattispecie abusiva debba rientrare nell'ipotesi della responsabilità *ex delicto*, come proposto nel modello francese, oppure vada inquadrato tra gli illeciti contrattuali. Chi sostiene che l'abuso fuoriesce dal campo obbligatorio, la sua violazione viene ricondotta al generico dovere di astensione di cui all'art. 2043 c.c. Diversamente chi sostiene che l'abuso del diritto venga riassorbito nel dovere di buona fede e correttezza e nelle altre clausole generali presenti nel diritto delle obbligazioni qualifica come contrattuale la natura della responsabilità da abuso del diritto³⁴³.

Va, però, considerato che coloro che assegnano la funzione selettiva alla figura dell'abuso del diritto fanno conseguire alla sua violazione sanzioni più efficaci, dirette a privare l'atto abusivo delle tutele normalmente offerte dall'ordinamento a chi fa uso legittimo dei propri diritti³⁴⁴.

³³⁸ L. NANNI, *L'uso giurisprudenziale dell'exceptio doli generalis*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 211. Cfr. F. CARINGELLA – G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 90.

³³⁹ In relazione alle tesi evidenziate v. F. CARINGELLA – G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 1388.

³⁴⁰ G. MERUZZI, *Il fondamento sistematico dell'exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione*, cit., p. 1388.

³⁴¹ G. MERUZZI, *Il fondamento sistematico dell'exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione*, cit., p. 1389. Invero, sostiene l'A., tra le funzioni, in particolare, svolte dalla buona fede si segnala quella di selezione degli interessi concretamente perseguiti dalle parti durante l'esecuzione dei rapporti obbligatori; valorizzando questa funzione selettiva l'*exceptio doli* rappresenta uno strumento attraverso cui si analizzano gli interessi perseguiti dalle parti mediante l'esercizio dei diritti e se gli interessi non sono meritevoli di tutela ne consegue la reiezione della pretesa. L'*exceptio doli*, pertanto, attribuisce al giudice il sindacato sull'esercizio discrezionale dei diritti attribuiti dall'ordinamento, per accertare la congruità con le finalità insite nel loro esercizio.

³⁴² Ipotesi avanzata da A. GALOPPINI, *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 11411 e ss.

³⁴³ G. MERUZZI, *Exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, p. 364 ss.

³⁴⁴ SAL. ROMANO, *Abuso del diritto*, cit., p. 169, il quale individua nel rifiuto di tutela da parte dell'ordinamento ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle suesposte esigenze delle attività di esercizio. Da ciò la conseguenza dei comportamenti abusivi, segnalando al riguardo le sanzioni dell'inefficacia (art. 1341 c.c.), della rescindibilità (artt. 1447 e 1448 c.c.), dell'annullabilità (art. 1438 c.c.), della decadenza dai poteri (art. 330 c.c.), del rifiuto d'azione (art. 1426 c.c.), dell'efficacia dell'atto (art. 1319 c.c.), della permanenza in vita del diritto. Altresì, P. RESCIGNO, *L'Abuso del diritto*, cit., p. 62, che tra i rimedi di volta in volta esperibili

Inoltre, si rileva che alcuni rimedi sono stati specificamente previsti dal legislatore. Tra queste, si indicano le decadenze comminate a carico di chi abusa dei poteri attribuiti dalla legge (art. 330 c.c.) ovvero l'inopponibilità dell'atto abusivo nei confronti dei terzi da esso pregiudicati (art. 1359 c.c.)³⁴⁵.

Da tali norme è possibile rilevare, allora, che non è corretto identificare nel risarcimento del danno la sanzione tipica dell'abuso del diritto³⁴⁶. Invero, lo strumento risarcitorio è il rimedio residuale e complementare di tutela, al quale vanno affiancati e sostituite altre forme di sanzione in tutti i casi in cui sia possibile ristabilire la corretta dinamica del rapporto.

Sicché in ambito obbligatorio, si adotterà la sanzione che si rilevi più idonea ad eliminare le conseguenze dell'abuso. La giurisprudenza³⁴⁷, ha ben individuato, a tal fine, l'inopponibilità³⁴⁸ e l'inefficacia totale o parziale dell'atto abusivo³⁴⁹, l'ultrattività o l'efficacia della situazione lesa dal comportamento illecito, la perdita del diritto fatto valere, la possibilità di opporre eccezioni, l'individuazione di un obbligo a contrarre, la sostituzione di clausole. Non si esclude, quindi, qualunque altro strumento idoneo a salvaguardare le aspettative di realizzazione del programma contrattuale secondo l'originario intento delle parti ed il significato normale ad esso attribuibile.

individua l'inopponibilità della situazione giuridica nuova, la possibilità di portare alla luce la "realtà" dei rapporti e l'esperibilità dell'*exceptio doli generalis*.

³⁴⁵ P. RESCIGNO, *L'Abuso del diritto*, cit., p. 105, il quale ammette in generale il rimedio dell'inopponibilità del comportamento abusivo proprio sulla base del rilievo che tale norma pone un limite generale alla libertà di incidere sulla realtà del mondo esterno quando sulla modificazione o sulla persistenza della situazione attuale (stato di fatto o posizione giuridica) altri abbiano fatto affidamento. La disposizione legittima, inoltre, a detta dell'A., a configurare l'abuso delle libertà, che si verifica quando la libertà garantita e in concreto esercitata, s'inserisce in una sequenza di atti posti in essere in vista di un risultato vietato o per recar pregiudizio agli interessi o alle aspettative di un terzo.

³⁴⁶ Sul tema, U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 31 e ss.

³⁴⁷ Tra le molteplici, si segnala in materia di concessione abusiva del credito, nel cui ambito la giurisprudenza ammette oramai comunemente, a tutela della posizione del fideiussore ammette ormai comunemente, a tutela della posizione del fideiussore, la parziale inefficacia del rapporto di garanzia con riferimento alle erogazioni effettuate in violazione del criterio di correttezza. In tal senso, Cass., 18 luglio 1989, n. 3362, in *Giust. civ. Mass.*, 1989, pag. fasc. 7; Cass., 6 dicembre 1994, n. 10448, in *Mass. Foro it.*, 1994; Cass., 28 gennaio 1998, n. 831, in *Foro it.*, 1998, I, c. 770 e ss.; Cass., 1 luglio 1998, n. 6414, in *Mass. Foro it.*, 1998; Cass., 15 marzo 1999, n. 2284, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 565.

³⁴⁸ L'inopponibilità è la sanzione che tipicamente si fa derivare in caso di abuso del diritto in materia tributaria, come si vedrà nel paragrafo alla materia dedicato. Cfr., *ex multis*, Cass., 26 febbraio 2010, n. 4737, in *Red Giust. Mass.*, 2010, p. 2.

³⁴⁹ La declaratoria di inefficacia degli atti nei quali quell'abuso si è concretizzato può altresì derivare dall'intervenuto abuso del diritto di fonte contrattuale. Cass., 18 luglio 2009, n. 20106, in *Giust. Civ. Mass.* 2009, 9, p. 1331, si legge, che è consentito al giudice di merito sindacare e dichiarare inefficaci gli atti compiuti in violazione del divieto di abuso.

10. L'impiego del divieto dell'abuso del diritto nell'ambito europeo.

Seppur è indiscutibile che il principio del divieto dell'abuso del diritto³⁵⁰ è anche frutto di una costruzione giurisprudenziale, di cui le centinaia di sentenze della Corte di Giustizia ne sono una dimostrazione, è ancora controversa la sua origine nell'ambito del diritto dell'Unione. In particolare, ci si domanda se esso sia un principio di nuovo conio, se sia il portato di disposizioni espresse, se sia ricavabile da disposizioni vigenti oppure se discenda dall'abuso del diritto di antica tradizione essendo l'abuso connaturato con lo stesso concetto di diritto.

E' risaputo, tuttavia, che i principi generali si desumono dalle regole scritte per via di induzione. Inoltre, mentre i testi normativi, in cui i principi generali sono tradotti in regole scritte, assumono una valenza generale se il contesto normativo ha carattere generale, il principio assume una valenza più circoscritta se il contesto normativo ha un contenuto specifico ed è dedicato a disciplinare un settore dell'ordinamento oppure un istituto in sé e per sé compiuto.

Con riferimento al principio del divieto dell'abuso del diritto in ambito europeo³⁵¹, la regola scritta va individuata nella Carta europea dei diritti fondamentali che con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona dal 2009 ha acquisito valore giuridico anche nei confronti dell'Unione europea. Così, il testo dell'art. 54, modificato nel 2007, della Carta indicata prevede che “nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare una attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciuti nella presente Carta o a imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta”³⁵².

Il testo riproduce sostanzialmente l'analogo art. 17 della Convenzione europea dei diritti fondamentali³⁵³ la quale specifica anche i soggetti che potrebbero avere questa intenzione

³⁵⁰ Vi è chi mette in dubbio la stessa natura di “principio” del divieto dell'abuso del diritto, A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo dei principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, p. 747 e ss.

³⁵¹ In merito, v. M. PANDIMIGLIO, *L'abuso del diritto nei trattati di Nizza e Lisbona fonte*, in *Contr. e Impr.*, 2011, IV - V, p. 1076.

³⁵² Secondo autorevole dottrina, se la rubrica di questa disposizione non recasse le parole “divieto dell'abuso di diritto” si potrebbe leggere il testo come se si trattasse di una semplice regola di interpretazione della Carta che faccia divieto di assegnare alle sue disposizioni un significato più circoscritto rispetto a quello fatto palese dalle parole o rispondente alle intenzioni del legislatore; ma il testo aggiunge che l'interpretazione (ampia o ristretta che sia) potrebbe essere tale da pregiudicare i diritti e le libertà garantiti dalla Carta perseguendo una intenzione lesiva (“miri a distruggere”) di tali posizioni soggettive, si veda G. ALPA, *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e sui suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri*, in *Contratto e impresa*, 2015, 2, p. 249.

³⁵³ Art. 17 Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo: «Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata come implicante il diritto per uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti dalla presente Convenzione». Va sottolineato, altresì, che il testo convenzionale non si limita comunque a tale approccio unico ed astratto alla fattispecie dell'abuso, ma completa quest'ultima con una serie di norme di dettaglio. Così all'art. 18, intitolato «Restrizioni dell'uso di restrizione ai diritti», specifica che «le restrizioni che, in base alla presente Convenzione, sono poste a detti diritti e libertà possono essere applicate allo scopo per cui sono state previste». Questa è una

lesiva, cioè gli Stati, i gruppi, gli individui, e che a sua volta riprende in parte i contenuti dell'art. 30 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo³⁵⁴.

E' interessante sapere che tale disposizione della Convenzione si è ispirata anche alla Costituzione tedesca, la cd. Legge fondamentale *Grundgesetz*, promulgata l'anno prima e che l'articolo 18 prevede una serie tassativa di diritti suscettibili di abuso e per i quali consegue, come sanzione, la perdita del diritto stesso³⁵⁵. Tuttavia, la disposizione della Convenzione europea si differenzia da quella tedesca poiché la prima costituisce una norma generale affidata all'interpretazione, anche creativa³⁵⁶, della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e comunque non ricollega espressamente alcuna sanzione all'utilizzo abusivo di prerogative o diritti, se non l'attribuzione simbolica di una parte di irresponsabile a colui che esercita abusivamente il diritto.

I commenti all'art. 17 della Convenzione si potrebbero, per la maggior parte dei loro contenuti, riferire alla Carta europea. In effetti, si è posta in rilievo la contraddittorietà della norma, o quanto meno la sua ambiguità di fondo, e se ne è predicata la natura interpretativa, o addirittura l'inutilità. La norma in esame ha quale scopo quello di tutelare i diritti rispetto alla invadenza di Stati o gruppi, o anche individui, che vogliano opprimerli attraverso altre disposizioni della medesima Convenzione. Si tratta, invero, di un problema di democrazia, di contemperamento dei diritti, e di valutazione della violazione di un diritto effettuata mediante l'invocazione di un altro diritto. I casi decisi dalla Corte di Strasburgo, applicando l'art. 17 non

norma rivolta agli Stati aderenti alla Convenzione: agli stessi è precluso limitare diritti e libertà dei singoli in modo formalmente conforme al diritto ma illecito in base ad una valutazione generale, alterando la funzione istituzionale della limitazione. Diversamente, rivolto ai privati è l'art. 35 comma 3) che disciplina le condizioni di ricevibilità dei ricorsi e che prevede la sanzione di inammissibilità in caso di ricorso incompatibile con le disposizioni della Convenzione o dei suoi Protocolli, manifestamente infondato o abusivo. In tal senso, si veda N. LETTIERI, G. MARINI, G. MERONE, *L'abuso del diritto tra corti nazionali ed internazionali*, cit., p. 82 e ss.

³⁵⁴ Effettivamente non riproduce esattamente la disposizione di cui all'art. 30 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo per il quale «nulla nella presente Dichiarazione può essere interpretato nel senso di implicare un diritto di qualsiasi Stato, gruppo o persona di esercitare un'attività o di compiere un atto mirante alla distribuzione dei diritti e delle libertà in essa enunciati». Infatti, dagli stessi lavori preparatori emerge l'impressione circa le affinità con l'art. 5 comma 1 del progetto di Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici adottato nel 1966 che disciplina: «Nothing in the present Covenant may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of rights and freedoms recognized herein or at their limitation to greater extent than is provided for the present Covenant», così N. LETTIERI, G. MARINI, G. MERONE, *L'abuso del diritto tra corti nazionali ed internazionali*, cit., p. 83.

³⁵⁵ Art. 18 della Legge Fondamentale: «Chi abusa della libertà di espressione del pensiero, in particolare della libertà di stampa (art.5, comma I), della libertà di insegnamento (art. 5, comma III), della libertà di riunione (art. 8), della libertà di associazione (art. 9), del segreto epistolare, postale e delle telecomunicazioni (art. 10), del diritto di proprietà (art. 14) o del diritto di asilo (art.16, comma II), per combattere l'ordinamento fondamentale democratico e liberale, perde questi diritti. La perdita e la misura della medesima sono pronunziate dal Tribunale Costituzionale Federale».

³⁵⁶ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi, diritti e giustizia*, 1995, p. ____ «la natura creativa della giurisprudenza della Corte europea può essere certamente riconosciuta, ma l'opposizione tra *funzione dichiarativa* e *funzione creativa* merita di essere sfumata tenendo conto che nell'attività di *judicial lawmaking* della Corte, la norma e la sua interpretazione si frammischiano»

sono numerosi e tuttavia sono consistenti perché consentono di delineare un contenuto più corposo rispetto a quello derivante della semplice analisi lessicale del testo. Si tratta di casi nei quali sono stati coinvolti la libertà di espressione, il diritto alla vita privata, la libertà di coscienza e di religione, in cui questi diritti si sono posti in conflitto con finalità degli Stati volte a salvaguardare la democrazia: in questo senso si è parlato, in modo enfatico, ma accattivante, di “diritti liberticidi”.

Nei Trattati, diversamente, non si rinvencono regole scritte che richiamano direttamente l’abuso del diritto, ma si ritiene che ad esso alluda l’art. 4 § 3 del T.F.U.E. là dove esso dispone che “gli Stati adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l’esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell’Unione”, sancendo, in tal modo, il principio di cooperazione, l’effetto diretto delle direttive negli ordinamenti nazionali, il primato del diritto dell’Unione europea e il risarcimento del danno da parte dello Stato inadempiente agli obblighi comunitari, nonché il dovere di cooperazione giudiziaria.

Va evidenziato, inoltre, che in numerose direttive si rinvencono dei riferimenti all’espressione “abuso” o all’aggettivo “abusivo”. Si ricorda, pertanto, tra i riferimenti ravvisabili in ambiti più settoriali, l’abuso di posizione dominante, l’abuso di dipendenza economica, le clausole abusive nei contratti dei consumatori e via dicendo. Tuttavia, secondo una parte di commentatori non si tratta di particolari applicazioni del divieto dell’abuso del diritto³⁵⁷.

Va, anticipato, ad ogni modo che si revoca in dubbio l’autonomia del divieto dell’abuso del diritto quale principio generale, così come elaborato in ambito europeo, da altre clausole generali, come la buona fede. Nonostante ciò, si tenta di delimitarne i caratteri, distinguendolo dalla simulazione, dalla frode alla legge, e dalle altre figure che nel diritto dell’Unione includono l’espressione “abuso” o “abusivo”. Altresì, si evidenzia un problema di coniugazione di requisiti soggettivi (intenzione di nuocere, dolo, violazione intenzionale di norme) e requisiti oggettivi (frustrazione dei propositi della legge, aggiramento della legge, insussistenza di vantaggi economici). Ovvero, ci si domanda se si debba coglierne solo l’aspetto oggettivo, essendo indifferente l’intenzione del soggetto agente o la volontà soggettiva delle parti, se si tratta di un contratto, di una convenzione, di un accordo in senso lato. Ciò è più facilmente comprensibile esaminando il diritto vivente europeo.

Passando ora all’analisi della casistica giurisprudenziale della Corte di Giustizia, si evince dalla stessa che, se la voce “abuso” è ripresa in quaranta pronunce, quelle che si fondano e o richiamano l’abuso del diritto sono quasi il doppio. In ogni caso, la formula è considerata

³⁵⁷ Si rinvia ai commenti nel *Codice dell’Unione europea operativo* diretto da CURTI GIALDINO, Napoli, 2012.

espressione di un principio – per l'appunto il divieto di abuso – ma l'orientamento non è univoco, né nel fissare i requisiti della sua applicazione né nel fissare il limite netto tra l'espansione dell'esercizio del diritto e la sua trasformazione in una lesione del diritto altrui. L'ambito comunque considerato si presenta variegato (di libertà di stabilimento, di politica commerciale, di libera circolazione delle merci, di libera circolazione dei lavoratori, di proprietà intellettuale, industriale e commerciale, di libertà, sicurezza e giustizia, di immigrazione e di asilo, di circolazione dei capitali, di concorrenza, di aiuti di Stato, di cittadinanza, di ambiente, di comunicazioni, di insolvenza) e non si concentra esclusivamente nel settore del diritto tributario, come si potrebbe pensare dalla rilevanza che la giurisprudenza della Corte ha avuto nel nostro Paese³⁵⁸.

Non vi sono definizioni codificate dell'abuso del diritto, ma dall'esame giurisprudenziale sembra evidente che l'uso della formula da parte della Corte vada ben al di là della semplice direttrice interpretativa di cui si è parlato sopra a proposito dell'art. 54 della Carta europea dei diritti fondamentali³⁵⁹, ovvero, non vi è solo l'elusione di una norma dei Trattati ma vi è anche l'uso strumentale del diritto comunitario per eludere il diritto interno. Inoltre, da tale esame è possibile identificare tre componenti della figura che sono la titolarità e l'esercizio di un diritto, la realizzazione di una finalità che apporta un beneficio, l'uso "distorto" della disposizione che istituisce il diritto in capo al soggetto agente; mentre l'intenzione di eludere una norma non è requisito costantemente richiesto essendo, ormai, per lo più oggettivati il comportamento tenuto e il vantaggio conseguito.

Nelle varie pronunce della Corte di Giustizia³⁶⁰ si riscontra, altresì, che la concezione di abuso è molto più evanescente delle concezioni che si sono accreditate nelle esperienze nazionali, talvolta è accostata alla buona fede (ma non è considerata come una sottospecie di essa) altra volta alla frode alla legge³⁶¹.

Tra le sentenze più recenti in materia, si prende in esame la pronuncia Torresi³⁶², poiché presenta una motivazione più esaustiva rispetto alle altre sentenze in materia.

³⁵⁸ Si veda, L. PANZANI, *La dimensione internazionale dell'insolvenza e profili societari*, negli atti del convegno su *Il diritto e le discipline economiche*, Torino, 8 maggio 2014, ora in *Nuovo dir. soc.*, 2014; ID., *Abuso del diritto. Profili di diritto comparato con particolare riferimento alla disciplina dell'insolvenza transfrontaliera*, in *Giust. civ.*, 2014, 3, p. 693 ss.; H. EIDENMULLER, *Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law*, in <http://ssrn.com>.

³⁵⁹ Per un'accurata analisi si rinvia al *Comm. breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, sub art. 54.

³⁶⁰ Per un esame dei casi più influenti, si rinvia a N. LETTIERI, G. MARINI, G. MERONE, *L'abuso del diritto tra corti nazionali ed internazionali*, cit., p. 86 e ss.

³⁶¹ Così, in G. ALPA, *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e sui suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri*, in *Contratto e impresa*, 2015, 2, p. 250 e ss.

³⁶² (C58/13).

Con tale pronuncia, la Corte rigetta gli argomenti del Consiglio Nazionale Forense il quale aveva sollevato la questione pregiudiziale sulla applicazione della dir. n. 98/5/CE ritenendo che un italiano laureato in giurisprudenza non potesse recarsi in altro Stato Membro per acquisire il titolo di avvocato e tornare in Italia senza aver ottemperato all'obbligo di sostenere l'esame di abilitazione in Italia, perché questo comportamento implicava un abuso del diritto, e non invece l'applicazione della direttiva sulla libertà di stabilimento.

In particolare, si è precisato che "(...) secondo una giurisprudenza costante della Corte, i singoli non possono avvalersi fraudolentemente o abusivamente delle norme dell'Unione³⁶³. In particolare, quanto alla lotta contro l'abuso della libertà di stabilimento, uno Stato membro ha il diritto di adottare misure volte ad impedire che, grazie alle possibilità offerte dal Trattato FUE, taluni dei suoi cittadini tentino di sottrarsi abusivamente alle norme delle loro leggi nazionali"³⁶⁴.

Tuttavia ha precisato che "L'accertamento dell'esistenza di una pratica abusiva richiede che ricorrano un elemento oggettivo e un elemento soggettivo³⁶⁵.

Per quanto riguarda l'elemento oggettivo, deve risultare da un insieme di circostanze oggettive che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa dell'Unione, l'obiettivo perseguito da tale normativa non è stato raggiunto³⁶⁶.

Quanto all'elemento soggettivo, deve risultare che sussiste una volontà di ottenere un vantaggio indebito derivante dalla normativa dell'Unione mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento"³⁶⁷ ed ha ritenuto che l'obiettivo fosse quello di consentire l'esercizio nel Paese di origine sulla base di un certificato rilasciato da altro Paese Membro, sicché non emergeva l'abuso in senso proprio³⁶⁸.

Sembra doversi accogliere l'idea del pieno riconoscimento del principio del divieto dell'abuso del diritto nell'ambito europeo. Invero, Stefan Grundmann ha sostenuto che il divieto dell'abuso del diritto ha avuto una applicazione più ampia di ogni altra clausola generale o standard, anche a non considerare la direttiva sulle clausole abusive³⁶⁹.

³⁶³ Si veda, in particolare, sentenze Halifax ea., C255/02, EU:C:2006:121, punto 68, nonché SICES ea., C155/13, EU:C:2014:145, punto 29.

³⁶⁴ Si veda, la sentenza Inspire Art, C167/01, EU:C:2003:512, punto 136.

³⁶⁵ Si veda la sentenza SICES ea., EU:C:2014:145, punto 31.

³⁶⁶ Si veda la sentenza SICES ea., EU:C:2014:145, punto 32 e giurisprudenza ivi citata.

³⁶⁷ Si veda, in tal senso, la sentenza O. e B., C456/12, EU:C:2014:135, punto 58 e giurisprudenza ivi citata.

³⁶⁸ Per l'analisi di altre pronunce della Corte di Giustizia, si rinvia a G. ALPA, *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e sui suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri*, in *Contratto e impresa*, 2015, 2, p. 252 e ss.

³⁶⁹ Osserva, G. ALPA, *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e sui suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri*, in *Contratto e impresa*, 2015, II, p. 252 e ss.

Si deve anche considerare, a questo proposito, la letteratura (e la giurisprudenza a cui essa si riferisce) riguardante l'applicazione diretta dei principi fondamentali ai rapporti tra privati: è evidente che nella comparazione degli interessi, chi invoca un diritto che, in conflitto con altri provvisti di una garanzia di pari grado, raggiungerebbe effetti a sé favorevoli ma del tutto sproporzionati non fa che abusare di quel diritto. In altri termini, la repressione dell'abuso del diritto avviene spesso in modo criptico, senza neppure invocare il principio, ma conseguendone i medesimi effetti in modo pratico.

Quando si parla di abuso del diritto, come sempre, l'eccesso di discrezionalità dell'interprete conduce i giuristi che ammettono l'applicazione del divieto di abuso a precisarne i confini con molte cautele³⁷⁰. Sicché, dai casi *EmslandStaerke* e *Halifax*, Stefan Vogenauer sono stati individuati tre requisiti per configurare l'abuso di diritto: l'osservanza formale di una disposizione, la violazione dello scopo della norma, l'affidamento dell'agente sulla acquisizione di un vantaggio conseguente alla applicazione della norma. Dei tre requisiti, mentre il primo e il terzo sono già di per sé facilmente accertabili sul piano oggettivo, anche il secondo, ora, non implica più alcuna considerazione di natura soggettiva. Infatti, l'intenzione di frodare la legge, di eluderla, di danneggiare la controparte o i terzi si basa solo sullo scopo della norma che, quale mero accertamento oggettivo, va ricostruito partendo dall'interpretazione del testo.

Pertanto, deve osservarsi che, si tratta di abuso del diritto oggettivo, che in inglese corrisponderebbe a *abuse of law*, e non di *abuse of rights*, nel quale non rientrerebbero l'abuso di poteri, di potestà, di diritti soggettivi individuali. In questo senso, restano al di fuori della concezione di abuso del diritto comunitario in senso stretto, come fin qui si è detto, le figure di abuso a cui più spesso ci si riferisce quando si applica il principio nell'ambito dei rapporti di diritto privato. Ossia, ci si riferisce all'abuso di posizione dominante in materia di concorrenza, all'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra imprese, all'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese e consumatori, l'abuso nell'esercizio dell'attività economica perpetrato mediante pratiche commerciali scorrette. Tutte figure, queste, che insieme all'abuso dei poteri del socio e l'abuso del processo fanno parte di una concezione più ampia di abuso del diritto e

³⁷⁰ Note sono le indicazioni restrittive che la Corte di Giustizia offre, in particolare, nel caso *Halifax*, che riguardava l'applicazione della disciplina delle imposte indirette e la sua possibile elusione. La Corte, infatti, ha precisato che «perché possa parlarsi di un comportamento abusivo, le operazioni controverse devono, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni (...), procurare un vantaggio (...) 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 (...)».

sono, con l'abuso dei poteri del proprietario o dell'usufruttuario (in particolare, il divieto degli atti emulativi), gli esempi più frequenti di abuso del diritto nell'ordinamento italiano.

Deve prendersi atto, conclusivamente che, salve le eventuali affinità con i diversi modelli nazionali, l'abuso del diritto così come si delinea nell'ordinamento dell'Unione europea presenta contorni originali, ha una sua fisionomia ed una sua disciplina che lo rende figura autonoma rispetto a quelle emergenti dalle esperienze nazionali.

Il che implica l'impossibilità di assimilare l'abuso del diritto di derivazione comunitaria alle figure o ai principi di (divieto dell') abuso di diritto emergenti dalle esperienze nazionali³⁷¹.

11.16. Riconoscimento del principio del divieto dell'abuso del diritto in ambito tributario. L'art. 10 bis dello Statuto del Contribuente: l'abuso del diritto in funzione elusiva.

Con riferimento all'ordinamento interno, a differenza di tutti gli scritti sulla materia anche di recente pubblicazione, non è più possibile intraprendere la presentazione del divieto dell'abuso del diritto partendo dall'assenza di una sua positiva espressione normativa.

A rigore dell'unitarietà dell'ordinamento giuridico, si ritiene dover immediatamente prendere atto dell'intervento legislativo avvenuto nel campo del diritto tributario nel quale compare per la prima volta una disposizione normativa diretta a disciplinare l'abuso del diritto, ovvero l'art. 10 bis dello Statuto del contribuente, l. 27 luglio 2000, n. 212³⁷².

In materia, prima dell'intervento normativo, lo stato dell'arte presentava da una parte una situazione di incertezza interpretativa derivante dalla formulazione dell'art. 37 bis della D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 (Disposizioni in materia di accertamento delle imposte sui redditi), dall'altra la spinta dell'Unione europea che invitava gli Stati membri ad adottare una norma generale antiabuso nel settore delle imposte dirette, applicabile sia ai rapporti nazionali sia quelli transnazionali. In particolare, si richiedeva agli Stati nazionali di inserire nei propri ordinamenti interni una clausola volta ad ignorare una costruzione di puro artificio o una serie artificiosa di costruzioni poste in essere essenzialmente allo scopo di eludere l'imposizione e che comportino un vantaggio fiscale e le autorità nazionali ai fini fiscali avrebbero dovuto trattare determinate costruzioni facendo riferimento alla loro "sostanza economica".

³⁷¹ G. ALPA, *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e sui suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri*, in *Contratto e impresa*, 2015, II, p. 249.

³⁷² Articolo aggiunto dall'art. 1, comma I, d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128, (Legge delega fiscale 11 marzo 2014, n. 23). Per approfondimenti sull'inserimento della normativa, si rinvia a G. CORASANITI, *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 2016, 2, p. 545 e ss. Sul rapporto tra abuso di diritto in ambito civile e abuso del diritto nell'ambito del diritto tributario, si rinvia a G. PERLINGIERI, *Profili civilistici dell'abuso tributario. L'inopponibilità delle condotte elusive*, Napoli, 2012; F. Addis, *L'abuso del diritto tra diritto civile e tributario*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2012, V, p. 10871.

Le indicazioni europee derivavano sia dalla raccomandazione della Commissione europea sulla pianificazione fiscale aggressiva n. 2012/772/UE del 6 dicembre 2012, che dalla giurisprudenza europea la quale aveva già intrapreso la strada della lotta contro l'abuso del diritto fiscale. A riguardo, in tema di tributi armonizzati, sembra doversi indicare quale prima pronuncia in merito della Corte di Giustizia la famosa sentenza Halifax del 21 febbraio 2006³⁷³. Tale sentenza ha stabilito che il formale rispetto delle condizioni previste dalla Sesta Direttiva e della legislazione nazionale che la traspone non legittimano il soggetto passivo Iva a detrarre l'imposta assolta a monte quando vengono poste in essere operazioni che procurano un vantaggio fiscale la cui concessione è contraria all'obiettivo perseguito da quelle disposizioni e hanno essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale. La conseguenza che deriverebbe innanzi dette operazioni abusive è quella di «ristabilire la situazione quale sarebbe esistita senza le operazioni che quel comportamento hanno fondate» .

L'orientamento europeo è stato meglio definito anche grazie alla sentenza relativa al caso Part Service s.r.l.³⁷⁴, nella quale, su domanda pregiudiziale della Corte di Cassazione , si è affermato che una pratica può essere qualificata abusiva qualora il perseguimento di un vantaggio fiscale costituisca lo scopo essenziale ancorché non esclusivo, giacché comunque si configurerebbe abuso nel caso in cui nell'operazione concorrano altre ragioni economiche come quelle ad esempio ispirate da considerazioni di marketing di organizzazione e di garanzia.

In conformità all'interpretazione della Corte di Giustizia, in una situazione di già mutato orientamento giurisprudenziale , le Sezioni Unite con le sentenze gemelle del 2008 dettano il principio secondo cui il divieto di abuso del diritto costituisce un principio generale antielusivo, applicabile quindi anche alle imposte dirette, che preclude al contribuente il conseguimento dei vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici. Principio antielusivo il cui fondamento viene rinvenuto nell'art. 53 Cost., espressione del principio costituzionale di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione e giudicato conforme al principio della riserva di legge sancito all'art. 23 Cost., non traducendosi nell'imposizione di obblighi patrimoniali non

³⁷³ C. Giust. CE, 21 febbraio 2006, causa C255/02, Halifax, in *Rass. trib.*, 2006, 1016, con nota di C. PICCOLO, *Abuso del diritto ed Iva: tra interpretazione comunitaria ed applicazione nazionale*; in *GT – Riv. giur. trib.*, 2006, 377 ss., con nota di A. SANTI, *Il divieto di comportamenti abusivi si applica anche al settore dell'Iva*; e in *Riv. dir. trib.*, 2007, 17 ss., con nota di P. PISTONE, *L'elusione fiscale come abuso del diritto: certezza giuridica oltre le imprecisioni terminologiche della Corte di giustizia europea in tema Iva*.

³⁷⁴ Cfr. C. Giust. CE, 21 febbraio 2008, causa C425/06, Part service srl, in *Giur. it.*, 2008, IV, 103, con nota di V. LIPRINO, *Il difficile equilibrio tra libertà di gestione e abuso del diritto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: il caso Part Service*.

derivanti dalla legge, bensì nel disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali .

Come osservato in dottrina , sono state esigenze di “giustizia sostanziale” a spingere le Sezioni Unite verso tale soluzione giuridica dinanzi operazioni di cd. *dividend whasing* e di cd. *dividend stripping*³⁷⁵ contestate dall'amministrazione fiscale alle società convenute : senza l'impiego del divieto dell'abuso del diritto per mezzo dell'art. 53 Cost. non avrebbero cioè potuto seguire altri percorsi giuridici per affermare la legittimità del disconoscimento dei vantaggi fiscali indebiti connessi alle citate operazioni di compravendita di titoli.

Si giungeva in tal modo al superamento del riconoscimento dell'art. 37 *bis* citato quale clausola generale nonostante la previsione normativa di cui al terzo comma che ne restringeva la sua portata a determinate operazioni tassativamente elencate , ad oggi abrogato , per privilegiare il principio generale del divieto dell'abuso del diritto sulla base dell'applicazione diretta della Costituzione, in particolare dell'art. 53 Cost. . Medesimo criterio metodologico scelto dall'orientamento che sostiene l'applicabilità in tutto l'ordinamento interno, e non solo tributario, del principio generale oggetto dei prossimi paragrafi .

Prima approfondire l'esame della teorica dell'abuso del diritto, oggetto dei prossimi paragrafi, si ritiene opportuno riflettere immediatamente sulle ultime volontà manifestate dal legislatore rinvenibili, in primo luogo, nella legge delega fiscale n. 23 del 2014. In tale legge delega, infatti, si invitava, all'art. 5, il Governo ad «attuare la revisione delle vigenti disposizioni antielusive al fine di unificarle al principio generale del divieto dell'abuso del diritto» sulla base dei principi e criteri direttivi nello stesso articolo indicati e coordinandoli con quelli contenuti nella raccomandazione della Commissione europea sopra richiamata. Tra i principi e criteri indicati nella legge delega vi era quello di cui alla lett. a) secondo il quale «definire la condotta abusiva come uso distorto di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio d'imposta, ancorché tale condotta non sia in contrasto con alcuna specifica disposizione»³⁷⁶.

La funzione antielusiva del divieto dell'abuso del diritto è stata cristallizzata all'art. 10 *bis* dello Statuto del contribuente, l. 27 luglio 2000, n. 212, introduzione avvenuta per opera

³⁷⁵ Le cd. operazioni di *dividend whasing* e di *dividend stripping* consistono nella vendita di titoli di partecipazione relativi a società italiane da parte di fondi comuni di investimento, nel primo caso, ovvero di società non residenti, nel secondo caso, a favore di società residenti in Italia, e successivo riacquisto dei medesimi titoli in un brevissimo lasso temporale; tali operazioni avevano l'unico scopo di consentire di beneficiare indirettamente del credito di imposta sui dividendi, che non spettava ai fondi comuni ed ai soggetti non residenti. In merito, si rinvia a G. CORASANITI, *Sul generale divieto di abuso del diritto nell'ordinamento tributario*, in *Dir. e prati. Trib.*, 2009, II, p. 213.

³⁷⁶ G. INGRAO, *L'evoluzione dell'abuso del diritto in materia tributaria: un approdo con più luci che ombre*, p. 1433 e ss.

dell'art. 1, comma primo, d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128³⁷⁷. La citata disposizione normativa, infatti, rubricata “disciplina dell’abuso del diritto o elusione fiscale”, sta proprio a confermare una sovrapposizione dei due concetti eliminando l’ipotesi che l’abuso del diritto sia una forma di elusione.

Ai sensi dell’art. 10 *bis*, si “configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. Tali operazioni non sono opponibili all’amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni”.

Altresì, l’articolo in esame, sulla scia di quanto asserito nella raccomandazione comunitaria, afferma, a titolo esemplificativo, che sono “operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali. Sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell’utilizzo degli strumenti”.

Per delineare la caratteristica intrinseca della condotta abusiva, si abbandona quindi l’espressione, contenuta nella delega, “uso distorto di strumenti giuridici” e si dà preferenza a quella di “mancanza di sostanza economica dell’operazione”, la quale si pone maggiormente in linea con le indicazioni contenute nella raccomandazione dell’Ue sulla pianificazione fiscale aggressiva, che utilizza l’espressione “costruzione di puro artificio”³⁷⁸.

Pur riferendosi, la definizione di abuso, alle operazioni prive di sostanza economica che determinano essenzialmente un vantaggio fiscale indebito, esclusivamente quest’ultimo dovrebbe rilevare maggiormente nell’ambito di un accertamento antiabuso. Seppur sovente entrambi gli elementi si presentano contemporaneamente, è indubbio che un indebito vantaggio fiscale può venir realizzato anche mediante un’operazione lineare, non artificiosa, di fronte al quale l’Amministrazione finanziaria dovrebbe poter comunque ritenere inopponibile fiscalmente l’operazione. Diversamente di fronte ad operazioni non lineari o prive di sostanza economica che comportano vantaggi fiscali coerenti con il sistema fiscale, l’Amministrazione non può esercitare il potere di accertamento dell’abuso.

³⁷⁷ G. CORASANITI, *Il dibattito sull’abuso del diritto o elusione nell’ordinamento tributario*, cit., p. 545 e ss.

³⁷⁸ Cfr. G. ZIZZO, *Gli obiettivi della riforma e la clausola generale per il contrasto all’abuso del diritto*, in *Corr. trib.*, 2012, p. 2850. L’autore evidenzia che “l’uso distorto” è un elemento per nulla agevole da decifrare; D. STEVANATO, *Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche*, in *Dir. prat. trib.*, 2015, I, p. 712, il quale paventa che far coincidere l’abuso o l’elusione con l’uso distorto di strumenti giuridici consente di colorare di indebito l’assetto raggiunto dal contribuente anche quando lo stesso si dimostra perfettamente in linea con i principi e lo spirito delle leggi tributarie.

Si sostiene, quindi, in dottrina che ciò che caratterizza l'elusione o l'abuso del diritto non è il "percorso" seguito dal contribuente ma è l'indebito risparmio d'imposta ottenuto dallo stesso³⁷⁹.

Con riferimento alla natura giuridica della norma antiabuso si discute in dottrina circa la sua portata sostanziale o procedurale. Tesi minoritaria sostiene la rilevanza di natura sostanziale della norma in esame e corollario di tale affermazione è che la disposizione integrerebbe la selezione e la qualificazione dei fatti imponibili risultanti dalle norme che disciplinano i tributi e per cui sorgerebbe l'obbligo di tenerne considerazione in sede di dichiarazione ai fini determinazione del carico fiscale che dovrebbe comprendere anche l'imposta elusa³⁸⁰. Diversamente, tesi maggioritaria considera la norma antiabuso come una norma procedimentale, in quanto incide esclusivamente sui poteri di rettifica della dichiarazione da parte degli Uffici. A favore di tale tesi l'indeterminatezza della norma con l'inevitabile conseguenza di delegare al contribuente la valutazione dell'esistenza di una "sostanza economica" dell'operazione posta in essere e la possibilità di presentare un "mero" interpello per conoscere il giudizio dell'Ufficio sull'elusività o meno dell'operazione³⁸¹. Infine, vi è chi superando il binomio tra legge procedimentale e legge sostanziale, evidenzia che la norma antiabuso è una disposizione qualificabile come norma che disciplina legalmente l'attività di interpretazione di altre norme. In altre parole, essa impone all'Amministrazione finanziaria un'interpretazione analogica, cioè l'estensione a fattispecie atipiche del regime fiscale proprio di atti o negozi che producano risultati giuridico-economici simili³⁸².

Prima di passare all'esame della sanzionabilità, si segnala che autorevole dottrina ravvede anche nel diritto tributario una somiglianza dell'abuso del diritto e la buona fede, poiché di poter ricollegare anche in ambito tributario l'abuso del diritto alla buona fede oggettiva di cui

³⁷⁹ Si veda, M. BEGHIN, *Abuso del diritto, giustizia tributaria e certezza dei rapporti tra Fisco e contribuente*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, II, p. 412.

³⁸⁰ F. GALLO, *Rilevanza penale dell'elusione*, in *Rass. trib.*, 2001, p. 321; L. DEL FEDERICO, *Elusione e illecito tributario*, in *Corr. trib.*, 2006, p. 3110.

³⁸¹ M. BASILAVECCHIA, *Presupposti ed effetti della sanzionabilità dell'elusione*, in *Dir. prat. trib.*, 2012, I, p. 797; BEGHIN, *L'elusione fiscale ed il principio del divieto di abuso del diritto*, *cit.*, p. 20; V. FICARI, *Spigolature tributarie sulla rilevanza sanzionatoria della condotta elusiva e abusiva*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, I, 1117. Si segnala sul punto la posizione di TESAURO, *Elusione e abuso del diritto tributario*, *cit.*, p. 689, secondo il quale l'art. 37 bis, nei primi 3 commi, «è una norma che attribuisce dei poteri, ma tali norme non sono propriamente procedimentali, come impropriamente si usa dire, ma di diritto sostanziale... gli altri commi sono procedimentali perché regolano le modalità di esercizio dello speciale potere impositivo definito nei primi tre commi».

³⁸² FALSITTA G., *Natura delle disposizioni concernenti "norme per l'interpretazione di norme" e l'art. 37-bis sull'interpretazione analogica o antielusiva*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, I, p. 519.

all'art. 10 St. contrib., in quanto entrambe si caratterizzano per esigere una valutazione bilaterale³⁸³.

Circa la nuova disciplina va ricordata la mera sanzionabilità amministrativa, escludendo quella penale, delle operazioni considerate abusive e la ripartizione dell'onere di "motivazione" in capo all'Amministrazione e al contribuente. L'uno, obbligato a motivare l'essenzialità dell'indebito vantaggio fiscale posto in essere con operazioni prive di sostanza economica; l'altro, sul quale incombe l'onere di fornire le valide ragioni extrafiscali che hanno fondato la scelta di effettuare operazioni considerate "abusive o elusive".

Altresì, va evidenziata la cristallizzazione del diritto al contraddittorio, pena la nullità dell'atto impositivo, ovvero il diritto all'interpello ai sensi dell'art. 11, comma primo, lett. c), dello Statuto del contribuente.

L'intervento legislativo può essere considerato segno di riconoscimento dell'esistenza di un generale principio di divieto dell'abuso del diritto; rappresenta indubbiamente un passo avanti rispetto all'incertezza che ha caratterizzato l'ultimo decennio, nonostante la non chiarissima definizione di comportamento abusivo.

Considerato che la disposizione normativa nasce ricalcando l'operato della giurisprudenza interna e comunitaria, si sostiene che la valutazione del comportamento abusivo si muoverà comunque su tale solco.

Ai fini della ricerca qui espletata, ad ogni modo, si propongono alcune osservazioni. Se è vero che per la prima volta il legislatore italiano ha riconosciuto nel proprio ordinamento l'esistenza del divieto dell'abuso del diritto è anche vero che è stato perfettamente sovrapposto alla preesistente clausola antielusiva³⁸⁴ riadattandone il contenuto alle nuove linee europee e ai principi di diritto sanciti dalla nostra giurisprudenza al fine di consentirne una applicabilità generalizzata ovvero ad ogni tipologia di imposta. In tal modo, l'abuso del diritto trovando applicazione con caratteristiche a sé stanti e differenti (poiché inerenti al rapporto con l'Amministrazione finanziaria) rispetto a quelli richiesti per i rapporti tra privati, sembra non poter offrire spunti ai fini dell'indagine.

Tuttavia, è interessante l'osservazione di una parte della dottrina che riconosce, ad ogni modo, l'abuso degli atti di autonomia privata anche nell'ambito dell'abuso del diritto tributario, proprio sulla considerazione che anche tale ultimo tipo di abuso viene posto in essere mediante,

³⁸³ In tal senso, G. CORASANITI, *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, cit., p. 545 e ss., richiamando una interessante impostazione sostenuta da autorevole dottrina, A. GIOVANNINI, *Il Diritto tributario per principi*, Milano, 2014, p. 133 ss.

³⁸⁴ Si veda, per tutte, Cass., 21 gennaio 2009, n. 1465, in *Boll. Trib.*, 2009, p. 465.

la predisposizione di atti di autonomia privata³⁸⁵. Questa, forse potrebbe costituire la base per applicare l'abuso del diritto come delineato in ambito civile anche nel diritto tributario.

17. Il caso Renault. Il rapporto tra abuso e buona fede oggettiva.

Ai fini della ricerca è interessante ricordare come una nota sentenza della Corte di Cassazione del 2009, conosciuta come sentenza «Renault», ha tentato di riconoscere l'operatività nell'ambito contrattualistico del principio del divieto dell'abuso del diritto e, riscontrando una sorta di complementarietà di questo con il principio di correttezza e buona fede, ha cercato altresì di esplicitare come i due - identificati sia come principi che come - criteri si integrerebbero nelle vicende obbligatorie. A dire il vero, la sentenza³⁸⁶ è stata oggetto di numerose critiche e la riflessione della dottrina si è diffusamente articolata sugli esiti sistematici dello sviluppo argomentativo della decisione³⁸⁷.

³⁸⁵ F. PROSPERI, *L'abuso del diritto nella fiscalità vista da un civilista*, in *Dir. prat. trib.*, 2012, IV, p. 722.

³⁸⁶ Tra le molteplici, si segnalano Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, c. 85, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 830; in *Contratti*, 2010, p. 5; in *Giur. it.*, 2010, p. 552; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 132. In senso conforme, Cass. civ., sez. I, 19 febbraio 2010, n. 3990 in *Giust. civ. Mass.*, 2013; Cass. civ., sez. lav., 07 maggio 2013, n. 10568, in *Gius. Civ. Mass.*, 2013; Cass. civ., sez. I, 24 agosto 2016, n. 17291, in *Guida al dir.*, 2016, 44, p. 71.

³⁸⁷ F. ADDIS, *Sull'exkursus giurisprudenziale del «caso Renault»*, in *Obbl. Contr.*, 2012, IV, pp. 245-251. Tra i commenti alla sentenza, 1) Cass., 18.9.2009, n. 20106, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 2671 ss.; e *ivi*, 2010, I, 2547 ss., nota di C.A. NIGRO, *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*; in *Corriere giur.*, 2009, p. 1577 ss., con nota di F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*; (e v. ancora ID., *Abuso del diritto di recedere ad nutum nei contratti tra imprese, in Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di Pagliantini, Torino, 2010, p. 45 ss.); e *ivi*, 2011, p. 109 ss., nota di CENINI e GAMBARO, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, in *Contr.*, 2009, p. 1009 ss.; con nota di C. ROMEO, *Recesso ad nutum ed abuso del diritto*; e *ivi*, 2010, p. 11 ss., nota di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, I, p. 5; con nota di PIRRUCCIO, *La buona fede e la correttezza nei rapporti diventano un vero e proprio dovere giuridico*, in *Foro it.*, 2010, I, p. 85 ss., con nota di AL. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*; in *Vita notarile*, 2010, p. 229 ss.; in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 828 ss., con nota di DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*; e *ivi*, 2011, II, p. 295 ss., nota di E. BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*; in *Giur. it.*, 2010, p. 556 ss., con nota di MONTELEONE, *Clausola di recesso ad nutum dal contratto ed abuso del diritto*; e di SCAGLIONE, *Abuso di potere contrattuale e dipendenza economica*; e *ivi*, 809 ss., nota di F. SALERNO, *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere "per principi"*; in *Danno e resp.*, 2010, p. 352 ss., con nota di MASTRORILLI, *L'abuso del diritto e il terzo contratto*; in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 653 ss., con nota di PANETTI, *Buona fede, recesso ad nutum e investimenti non recuperabili dell'affiliato nella disciplina dei contratti di distribuzione*; in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 354 ss., con nota di A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*; in *Obbl. e contr.*, 2010, 172 ss., con nota di M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto, che può leggersi anche in Nuova giur. comm.*, 2010, II, p. 129 ss.; in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 147 ss.; e in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti, cit.*, 99 ss.); in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 586 ss., con nota di E. GIORGINI, *Recesso ad nutum secondo ragionevolezza*; e in *Riv. dir. econ. trasp. e amb.*, 2010, p. 285 ss., con nota di POMPEI, *L'abuso del diritto è configurabile come principio generale del nostro ordinamento? Note a margine di Cassazione civile sez III, 18 settembre 2009, n. 20106*; sul punto v. ancora F. PROSPERI, *L'abuso del diritto nella fiscalità vista da un civilista, cit.*, p. 722.; R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *Contr.*, 2010, p. 524 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. comm.*, 2010, II, p. 139 ss.; M. R. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009*, *ivi*, 2010, II, p. 319 ss.; e in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti, cit.*, p. 69

La pronuncia si è espressa in merito al seguente caso. Nel marzo del 1997 un rilevante numero di *ex* concessionari auto Renault citavano in giudizio Renault Italia SpA esponendo che tra il 1992 e il 1996 la società convenuta aveva "inopinatamente e inaspettatamente" esercitato il recesso dai contratti di concessione di vendita intercorrenti con gli attori (e che avevano una durata media di circa dieci anni). In particolare gli attori, dopo aver sottolineato la situazione di "dipendenza economica" dalla controparte, argomentavano che il diritto di recedere *ad nutum* attribuito contrattualmente alla Renault era stato comunque esercitato dalla società convenuta con modalità "abusiva" (contrarie a buona fede). Invero, la recedente aveva suscitato nei concessionari un legittimo affidamento nella continuazione del rapporto sollecitando l'effettuazione di nuovi investimenti. Altresì, si sottolineava che, pur avendo intimato il recesso a quasi 200 concessionari, la rete di vendita non risultava ridotta, in quanto molti "territori contrattuali" già serviti dai concessionari "revocati", erano stati inseriti in una nuova rete di vendita, formata per lo più da *ex* dirigenti della Renault, da essa indotti a dimissioni spontanee, in cambio di una "fuoriuscita morbida" dalla struttura. Infine, si lamentava che in maniera scorretta la società convenuta aveva "pubblicizzato" sulla stampa locale la cessazione del rapporto di concessione con un annuncio che rendeva nota questa cessazione alla clientela³⁸⁸. L'adito Tribunale di Roma rigettava la domanda di declaratoria di illegittimità del recesso per abuso del diritto e la conseguente domanda di condanna della Renault Italia Spa al risarcimento dei danni subiti per effetto dell'abusivo recesso. Ad eguale conclusione perveniva la Corte di Appello.

ss.; C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2010, p. 341 ss.; e in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, cit., 2010, p. 115 ss.; G. VETTORI, *L'abuso del diritto*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 166 ss.; e in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, cit., p. 147 ss.; DE CARIA, *La nuova fortuna dell'abuso del diritto nella giurisprudenza di legittimità: la Cassazione sta «abusando dell'abuso»? Una riflessione sul piano costituzionale e della politica del diritto*, in *Giur. cost.*, 2010, 3627 ss.; F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contratto e impresa*, 2011, p. 311 ss.; P. RESCIGNO, "Forme" singolari di esercizio dell'autonomia collettiva (i concessionari italiani della Renault), *ivi*, p. 589 ss.

³⁸⁸ Per mera completezza, si ricorda che la società convenuta replicava che: a) del tutto infondato era l'assunto della preordinazione dei recessi intimati agli attori ad una ipotetica sistemazione dei propri dipendenti dimissionari, laddove invece essi si collocavano nel quadro di una complessa e vasta ristrutturazione della rete di vendita, determinata dalla notevole flessione del mercato dell'auto, iniziata nel 1992 e proseguita negli anni successivi; b) la detta ristrutturazione si poneva in linea con la finalità della normativa comunitaria in materia, la quale mirava a garantire un'adeguata assistenza alla clientela (finalità a cui era diretta anche la ristrutturazione della rete di vendita, attuata dalla Renault anche al fine di migliorare i servizi ai clienti); c) che era stato attribuito un congruo termine di preavviso; d) che infondata era l'analogia che gli attori intravedevano con rapporti contrattuali (agenzia, franchising) che lo stesso legislatore comunitario aveva provveduto a tenere distinti dalla concessione di vendita; e) che, in particolare, la ratio dell'indennità di fine rapporto riconosciuta a favore dell'agente (nel contratto di agenzia) risiede nel riconoscere un corrispettivo per l'apporto (non remunerato dalle provvigioni) al preponente di una clientela fissa, apporto che non è ravvisabile nel contratto di concessione di vendita; f) infine, anche le richieste di risarcimento del danno per spese ed oneri asseritamente sostenuti dai concessionari, erano infondate in quanto si trattava di esborsi effettuati nell'adempimento di precisi obblighi contrattuali.

In Cassazione, i ricorrenti impugnavano la sentenza della Corte d'Appello con quattro motivi, di cui solo il secondo è qui rilevante. Con questo, infatti, si denunciava la violazione e falsa applicazione delle clausole generali della buona fede ed in particolare sulla pretesa insindacabilità degli atti di autonomia privata e della conseguente non applicabilità della figura dell'abuso del diritto all'esercizio del recesso *ad nutum*³⁸⁹.

La Suprema Corte, nell'accogliere i motivi di impugnazione³⁹⁰, premettono che «l'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce, infatti, un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica», e che la rilevanza di tale obbligo «si esplica nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge»³⁹¹, sicché prosegue la sentenza in esame il criterio della buona fede costituisce «strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi».

La pronuncia si sofferma in modo particolare sui rapporti tra buona fede e divieto di abuso del diritto. Tuttavia, il percorso ricostruttivo svolto dalla Corte non risulta così chiaro e lineare.

Si asserisce, infatti, dapprima che l'abuso del diritto sarebbe un «criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva». Poco più avanti, il rapporto tra i due concetti

³⁸⁹ Come è stato osservato in F. ADDIS, *Sull'exkursus giurisprudenziale del «caso Renault»*, cit., p. 245, la Cassazione, chiamata a vagliare la legittimità di una decisione che aveva ritenuto l'esercizio di un recesso *ad nutum* non assoggettabile ad una forma di controllo fondata sul principio di buona fede, è pervenuta, tramite un ragionamento ben noto, a conclusioni molto chiare almeno sul punto della sussistenza di un preciso e ineludibile dovere di valutazione che il giudice non può omettere di osservare.

³⁹⁰ In tale sede, non si affronterà il merito della vicenda giurisprudenziale, ma è interessante sottolineare che, in molti hanno criticato l'argomentazione impiegata nella pronuncia in esame dalla Corte di Cassazione. Ad esempio, A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. e prev.*, II, 2010, p. 35 e ss., ha proposto una soluzione giuridica che, secondo lo stesso autore, sarebbe stata sicuramente più conforme alla *logica* attraverso l'impiego dell'*analogia iuris*. Tuttavia, va fatta tale precisazione: mentre con l'analogia, invocando l'identità di *ratio* si applica una disposizione ad un caso (formalmente e strutturalmente, ma non teleologicamente) diverso, che *non è regolato*, con l'abuso, invocando l'identità di *ratio*, si applica una disposizione ad un caso (formalmente e strutturalmente, ma non teleologicamente) diverso, che *è regolato*. Regolato da una diversa disposizione che grazie all'argomento dell'abuso viene disapplicata. In tal caso, quindi, non vi sarebbe una lacuna normativa ma una lacuna assiologica, la cui non sussunzione sotto la regola al caso previsto e regolato dal legislatore si spiegherebbe grazie al cd. *venit contra factum proprium* perché secondo l'A., la Corte individua il vero abuso, non comportamento attuativo della facoltà *ex contractu*, ma nella contraddittorietà del comportamento della parte che, da un lato, con propri atti postula la continuazione del rapporto, e dall'altro, improvvisamente e incoerentemente recede.

³⁹¹ Cfr. G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, cit., il quale fa notare che la Corte in realtà modifichi, un profilo tutt'altro che marginale, la corrente definizione della buona fede, che si legge in numerose sue precedenti pronunce che parlano, invece, di «atteggiamento di cooperazione e di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di tenere, al di là degli specifici obblighi scaturenti dal vincolo contrattuale e dal dovere del *neminem laedere*, quei comportamenti che senza comportare apprezzabile sacrificio a suo carico risultino idonei a salvaguardare gli interessi dell'altra parte» (cfr., ad es., Cass. 22 novembre 2000, n. 15066; Cass. 11 gennaio 2006, n. 264; Cass. 7 giugno 2006, n. 13345).

sembra invertirsi. In particolare i giudici osservano che, con il divieto dell'abuso «l'ordinamento pone una regola generale³⁹², nel senso di rifiutare la tutela ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva». Contrariamente da quanto detto in precedenza, con tale ultima affermazione sembrerebbe doversi ammettere che sarebbe la contrarietà del comportamento a buona fede ad essere prospettata quale criterio rivelatore dell'abuso del diritto³⁹³.

Secondo la Corte, inoltre, dal richiamo alle numerose pronunce³⁹⁴ in cui la stessa Cassazione ha negli ultimi anni fatto applicazione del principio del divieto di abuso del diritto, è possibile giungere alla conclusione per cui sarebbe «ormai acclarato che anche il principio dell'abuso del diritto è uno dei criteri di selezione, con riferimento al quale esaminare anche i rapporti negoziali che nascono da atti di autonomia privata, e valutare le condotte che, nell'ambito della formazione ed esecuzione degli stessi, le parti contrattuali adottano»³⁹⁵.

Infine, alla luce delle premesse in tal modo esposte, i giudici passano all'esame della sentenza impugnata della Corte d'Appello. Osservano, questi, che generalmente «non è compito del giudice valutare le scelte imprenditoriali», tuttavia, la limitazione non opera «quando, nell'ambito dell'attività imprenditoriale, vengono posti in essere atti di autonomia privata», che sono, nel caso in cui sorga controversia tra le parti, sottoposti al potere di interpretazione e, in generale, al sindacato del giudice. In particolare, specifica la Cassazione, nell'interpretare il contratto (e le clausole che lo compongono) ai sensi dell'art. 1366 c.c., il giudice deve operare nell'ottica dell'equilibrio fra gli interessi delle parti, onde la Corte d'appello di Roma avrebbe potuto «valutare e interpretare le clausole del contratto in particolare

³⁹² Qualche riga più avanti si legge, peraltro, una frase del tutto opposta, e cioè che «nel nostro codice non esiste una norma che sanzioni, in via generale, l'abuso del diritto».

³⁹³ È probabile comunque che i giudici utilizzino "abuso del diritto" e "contrarietà a buona fede" come formule equivalenti ed interscambiabili. In un (altro) passaggio della motivazione, peraltro, si legge che "i due principi si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti anche di un rapporto privatistico e l'interpretazione dell'atto giuridico di autonomia privata, e prospettando l'abuso la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti", osserva G. AMICO, *Recesso ad nutum*, cit. p. 5.

³⁹⁴ G. AMICO, *Recesso ad nutum*, cit. p. 5 e ss. il quale evidenzia l'eterogeneità delle sentenze richiamate dalla Corte di Cassazione.

³⁹⁵ Ancora più forti sono le critiche di F. ADDIS, *Sull'excursus giurisprudenziale del «caso Renault»*, cit., p. 245, secondo il quale «Gli autorevoli insegnamenti di chi, per primo, in Italia ha fornito insuperabili criteri metodologici per procedere ad un'analisi giurisprudenziale e interpretare le sentenze non sono oggi solo ignorati, ma vengono spesso invocati a sproposito e manipolati allo scopo di attribuire ad indagini incomplete un crisma di autorevolezza che, in realtà, è facilmente smascherabile, una volta che si proceda, senza pregiudizi di sorta, alla verifica dei richiami giurisprudenziali attraverso la lettura integrale delle sentenze evocate [...] Un orientamento giurisprudenziale può formarsi solo se la regola di diritto posta alla sua base è esattamente compresa e riformulata dai giudici successivi, i quali sono anzitutto chiamati a conoscere le pronunce precedenti e ad invocarle con prudenza e consapevolezza critica, allo scopo di collocare la decisione che essi intendono prendere nel giusto contesto, non esitando, laddove necessario, a dare analitico conto delle ragioni che li spingono a dissentire dalle posizioni precedenti o a sottoporle ad un'interpretazione evolutiva che sancisca la formulazione di un nuovo principio considerato più conforme al mutare della società nei suoi rapporti con il diritto».

quella che prevedeva il recesso ad nutum anche al fine di riconoscere l'eventuale diritto al risarcimento del danno per l'esercizio di tale facoltà in modo non conforme alla correttezza e alla buona fede»³⁹⁶.

12. La superfluità dell'abuso del diritto nel rapporto negoziale.

La Corte di Cassazione, nel caso Renault, nel tentare di dare una definizione, in ambito contrattuale, del divieto di abuso del diritto sembra non possa far a meno di riferirsi sempre e comunque alla clausola generale di buona fede e correttezza. Altresì, sempre nella medesima occasione i giudici quando parlano di buona fede e correttezza fanno ricorso all'abuso del diritto, ad esempio, affermando che «criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva è quello dell'abuso del diritto»³⁹⁷. Le definizioni fornite dalla Corte, in tal modo, si presentano di dubbia utilità, in quanto sostanzialmente tautologiche. Per tale motivo necessiterebbero di una migliore delineazione.

A tal fine, si specifica, sin da ora, la linea che qui si intendere assumere. Sinteticamente, si considera il divieto dell'abuso del diritto quale principio generale dell'ordinamento e, con riferimento alla materia delle obbligazioni e dei contratti, la sua funzione viene pienamente assolta dalla buona fede oggettiva: sicché, in tale ambito, le due figure sarebbero sostanzialmente sovrapponibili³⁹⁸.

³⁹⁶ E' stato osservato che, in tale pronuncia, si richiama impropriamente la regola sull'interpretazione del contratto secondo buona fede al fine di fondare il diritto al risarcimento del danno, si veda G. AMICO, *Recesso ad nutum*, cit. p. 5. Secondo l'A. le regole di interpretazione, tra le quali rientra chiaramente anche quella di cui all'art. 1366 c.c., servono a ricostruire il significato delle clausole contrattuali, e dunque a stabilire quali diritti e quali corrispondenti situazioni passive scaturiscano dal contratto, e con quale contenuto. Dopodiché, un eventuale risarcimento del danno, che si ricolleggi all'esercizio di uno di tali diritti derivanti dal contratto in maniera non conforme al canone di buona fede, troverà il suo fondamento non nell'art. 1366 c.c. ma semmai nell'art. 1375 c.c.

³⁹⁷ In altre occasioni, ad esempio, è stato affermato che sia la condotta lesiva del generale dovere di buona fede a risolversi in un abuso, Cass., 22 dicembre 2011, n. 28286, in www.cortedicassazione.it.

³⁹⁸ L. NANNI, *La buona fede contrattuale*, in *I grandi orientamenti di giurisprudenza civile e commerciale*, (diretta da) F. Galgano, Padova, 1988, p. 599 e ss. Di una sostanziale non diversificazione concettuale, tra canone di buona fede e principio del divieto di abuso del diritto è indice l'opinione di chi reputa che tale è la capacità della regola di buona fede di improntare la valutazione di ogni comportamento che se ogni atto di esercizio di un diritto soggettivo si risolvesse nella posizione di un negozio giuridico, basterebbe ciò per ritenere dimostrata la vigenza del principio del divieto di abuso del diritto, v. U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 27. Altresì, U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 42, il quale sottolinea come non sempre vi sia contezza del fatto che la giurisprudenza ha già provveduto a generalizzare, anche attraverso il richiamo alla buona fede, un ordine di controlli, quali quelli che suggerisce il tema del divieto dell'abuso del diritto. Sempre per la sostanziale duplicazione, ma con una interessante impostazione, vi è A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Il contratto in generale*, IV, di M. Bessone (diretto da), Volume XIII, Torino, 2004, p. 67, il quale sostiene che si pone in ogni caso un problema di compatibilità logica dei termini racchiusi nella formula *abuso* e *diritto* perché il riconoscimento della sindacabilità della condotta del titolare del diritto implica una valutazione, funzionale alla ricognizione o determinazione dei confini dell'area di libertà d'azione garantita dalla titolarità di quel diritto, da cui poi desumere i corrispondenti contenuti dei concreti diritti soggettivi. Sicché, alla fine la figura dell'*abuso del diritto* non rivela (e con essa anche l'*exceptio doli generalis*) nel campo dell'esecuzione del contratto e dell'attuazione del rapporto obbligatorio alcuna potenzialità che già non appartenga alla clausola di buona fede.

Che il divieto dell'abuso del diritto è un principio generale ampiamente riconosciuto nel nostro ordinamento è assunto difficilmente contestabile. Ne sono una dimostrazione il suo pieno riconoscimento in ambito europeo e il suo impiego sia da parte della giurisprudenza interna³⁹⁹ che del legislatore nazionale (in ambito tributario), seppur in quest'ultimo caso attribuendogli una funzione differente. Si è già vista, infatti, l'identità dell'abuso del diritto nel diritto tributario con l'elusione. Ne è riprova, altresì, la disciplina dell'abuso di posizione dominante di cui all'art. 3 della L. 287 del 1990⁴⁰⁰ e dell'abuso di dipendenza economica introdotto all'art. 9 della legge sulla subfornitura⁴⁰¹, essendo entrambe delle previsioni normative quali espressioni del principio del divieto dell'abuso del diritto⁴⁰².

³⁹⁹ Merita un richiamo, chiaramente, all'elaborazione giurisprudenziale (e dottrinale) che ha condotto nell'ambito del diritto privato processuale al prezioso concepimento di una nuova figura per l'ordinamento giuridico italiano: il cd. «abuso del processo». Tale figura, la quale presenta punti di contatto con quella del diritto sostanziale, deve intendersi quell'«attività di tutela priva di interesse processuale, quindi implicitamente non proporzionata rispetto agli intenti di effettiva tutela del diritto e, pertanto, in tal senso abusiva». Sentenza *leandig case*, in tal senso, è stata Cass., S. U., 10 aprile 2000, n. 108, in *Giur. it.*, 2001, p. 1143, con nota di Carrata Minetola; in *Giust. civ.*, 9, 2000, p. 2265 con nota di R. Marenga. Il tema è quello noto e abbastanza ricorrente della «parcellizzazione» della tutela giudiziaria del credito. Nel caso di specie si verificava che l'attore aveva chiesto e ottenuto dal giudice conciliatore il decreto ingiuntivo solo per una parte del credito, riservandosi di agire successivamente per la somma residua. In sede di opposizione, invece, lo stesso giudice dichiarava l'improponibilità della domanda, revocando il decreto ingiuntivo. Nel senso accolto dalle Sezioni Unite del 2000, v. tra le altre, Cass., 9 novembre 1998, n. 11265 e Cass., 5 novembre 1998, n. 11114.

⁴⁰⁰ All'art. 3, rubricato «Abuso di posizione dominante», della Legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato) è sancito che «1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato: a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori; c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; d) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi».

⁴⁰¹ Art. 9, rubricato «Abuso di dipendenza economica», Legge 18 giugno 1998, n. 192 (Disciplina della subfornitura nelle attività produttive), sancisce che «1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. 2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. 3. Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo».

⁴⁰² Si veda, M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 88, secondo il quale per abuso di dipendenza economica si intende «abuso di diritto nell'esercizio dell'autonomia privata di un contraente verso un altro». Per quanto riguarda l'abuso di posizione dominante, allo stesso modo si considera questa quale fattispecie dell'abuso del diritto. In tal senso, e tra gli altri, D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, cit., p. 1; A. BORGIOI, E S. MARIANI, *L'abuso di posizione dominante*, in *Diritto privato 1997, III, L'abuso del diritto*, a cura di Furgiuele, Padova, 1998, p. 307. Si precisa, tuttavia, che al fine di condividere l'accostamento dell'abuso di dipendenza economica al più generale principio di abuso del diritto, si dar per assodata l'operatività dell'abuso del diritto anche in relazione all'esercizio delle libertà (come visto nei precedenti paragrafi) anche a fronte della stessa figura dell'abuso di posizione dominante operata dall'art. 3 della legge di tutela della concorrenza n. 287 del 1990, in tal senso, F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 326; ID, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 667; il quale

Come visto nei precedenti paragrafi, si specifica, allora, che la nozione di abuso del diritto segnala l'esigenza di armonizzare la tutela individuale propria del diritto soggettivo con le finalità sociali cui è preordinato ogni ordinamento giuridico moderno. In tal senso, non si possono consentire modalità di esercizio dei diritti rivolte a pregiudicare interessi piuttosto che a conseguire l'interesse specifico che il diritto è preordinato a salvaguardare⁴⁰³.

L'esistenza dell'abuso del diritto non è, però, per tutti pacifica, come per quella dottrina⁴⁰⁴ che ne disconosce l'esistenza sull'assunto che, se una condotta non è consentita dal diritto, l'abuso del diritto si collocherebbe fuori dal diritto come un qualunque altro atto illecito. A tale obiezione è possibile opporre quella giusta osservazione per cui, quando si parla di condotta abusiva, non si mette in dubbio l'esistenza di un diritto. La condotta, infatti, non attiene all'ambito dei poteri e alle facoltà che costituiscono il contenuto del diritto, ma alle specifiche *modalità* attraverso le quali tali poteri e facoltà vengono attuate che in relazione alle particolarità del caso rendono il comportamento illegittimo benché astrattamente consentito dalla situazione giuridica attribuita dalla norma⁴⁰⁵. Sicché, in tal senso, parlare in generale di divieto di abuso del diritto, senza ricadere nell'illecito, pare avere un giusto senso.

Tuttavia, va fatta una precisazione: esso trova un giusto senso nella misura in cui, non operi per esso altre clausole generali⁴⁰⁶. Se esiste altro strumento giuridico idoneo a tal fine, è facile cadere nel rischio di confondere l'abuso del diritto con lo strumento giuridico legislativamente previsto⁴⁰⁷.

Per quanto riguarda, allora, l'ambito delle obbligazioni e dei contratti va verificato che non sussista altre clausole che operino in tal senso. Come già anticipato, un suggerimento, sembra arrivare dalla stessa Corte, quando nella sentenza relativa al caso Renault, con estrema difficoltà, e senza riuscire nell'intento, cerca di distinguere la figura dell'abuso del diritto dalla buona fede e correttezza⁴⁰⁸.

riconnette l'abuso di dipendenza economica direttamente al principio di buona fede e correttezza. Ricollegano, altresì, l'abuso di dipendenza economica alla buona fede e correttezza, T. LONGU, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 345 e ss. il quale richiama l'insegnamento di F. D. BUSNELLI, *Una possibile traccia per un'analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in *Commentario al Capo XIV-bis del Codice civile: dei Contratti del consumatore*, a cura di Bianca e Busnelli, Padova, 1999, p. 765.

⁴⁰³ Tra gli altri, D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, cit., p. 1; U. BRECCIA, L'abuso del diritto, in *Diritto Priv.*, III, cit., p. 82 ss., S. PATTI, *Abuso del diritto*, cit., F. GALGANO, *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, cit., p. 18; C. SALVI, *Abuso del diritto*, cit., ad vocem.

⁴⁰⁴ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit. p. 76 e ss.

⁴⁰⁵ F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura*, cit. p. 325, spec. nt. 123.

⁴⁰⁶
⁴⁰⁷ Per una panoramica degli ambiti in cui può applicarsi il divieto dell'abuso del diritto, si rinvia a P. RESCIGNO, *L'Abuso del diritto*, cit.

⁴⁰⁸ Invero, era stato osservato, in G. AMICO, *Recesso ad nutum*, cit. p. 5., che probabilmente i giudici utilizzano "abuso del diritto" e "contrarietà a buona fede" come formule equivalenti ed interscambiabili. Osserva ancora l'A. che, in un altro passaggio della motivazione, peraltro, si legge che «i due principi si integrano a vicenda,

Sull'utilità dell'impiego dell'abuso del diritto, in tale ambito, come strumento dogmatico fondato su valide categorie ordinanti, si era già domandato autorevole dottrina⁴⁰⁹.

Secondo tale dottrina, infatti, le condizioni che debbono trovarsi riunite, perché la norma renda servigi logico-dogmatici apprezzabili, sono due: a) che essa si possa formulare con un tasso ragionevole di precisione; b) che i compiti che può adempiere non siano già onorevolmente svolti da un'altra regola nota. Il divieto d'abuso è l'attribuzione della qualifica di illecito ad atti di esercizio dei diritti, i quali atti siano accompagnati da circostanze dequalificanti. Chi parla di divieto d'abuso può avere in mente una sola circostanza, o averne in mente molte, e pensare che ognuna di esse rende illecito l'atto, o ancora pensare che spetti ad un altro segmento della teoria giuridica, posto a valle della dottrina del divieto d'abuso, effettuare questa scelta. Circostanza o circostanze, queste, che secondo tale dottrina, se riferite all'immoralità, l'interprete farebbe meglio a parlare di contrarietà al buon costume; oppure se riferite alla contrarietà allo scopo che la norma ha assegnato al diritto soggettivo dato, farà meglio a parlare dello scopo di quel diritto. Aggiungere al discorso che, l'atto di esercizio ingiustificato alla stregua della ragione del diritto è abusivo, non aggiungerebbe alcuna spiegazione valida. La menzione dell'abusività non risolve nessun problema, e complica senza vantaggio alcuno le spiegazioni che si debbono dare.

Quindi, sostiene la dottrina in esame, che se si vuol parlare di abuso per indicare qualsiasi specie di atto dequalificato da qualsiasi circostanza, allora sarà agevole ricordare che le clausole generali presenti nell'ordinamento, ed esplicitamente enunciate dal legislatore, provvedono già, egregiamente, allo scopo. E la buona fede oggettiva è una di quelle⁴¹⁰. Si vedrà, infatti, nel prossimo capitolo che la buona fede e correttezza, tra le varie funzioni assegnategli, assolve anche la funzione che la teoria dell'abuso del diritto ha tentato di affidare alla figura di origine dottrinale, come in precedenza illustrato.

costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti anche di un rapporto privatistico e l'interpretazione dell'atto giuridico di autonomia privata, e prospettando l'abuso la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti». Anche con riferimento all'abuso del processo, la Cassazione parla di abusività in caso di contrasto anche con il *principio di correttezza e buona fede* oltre che con il principio costituzionale del *giusto processo*. Invero, Cass. S.U., 10 aprile 2000, n. 108, cit., p. 1143, si legge che «non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio di frazionare il credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo, in quanto tale scissione del contenuto della obbligazione, operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale modificazione aggravativa della posizione del debitore, si pone in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede, che deve improntare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale per ottenere l'adempimento, sia con il principio costituzionale del giusto processo, traducendosi la parcellizzazione della domanda giudiziale diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte, nei limiti di una corretta tutela del suo interesse sostanziale».

⁴⁰⁹ R. SACCO, *Diritto soggettivo*, cit., p. 364 e ss.

⁴¹⁰ R. SACCO, *Diritto soggettivo*, cit., p. 364 e ss.

Ciò, può dirsi confermato anche prendendo in considerazione quella dottrina che nega la medesima sfera di operatività della buona fede oggettiva con quella dell'abuso del diritto nell'ambito contrattuale sulla considerazione che, mentre il primo sarebbe diretto a sindacare le *modalità* di esercizio del diritto e non anche le *finalità* per il conseguimento delle quali il diritto è esercitato, il secondo, invece, sarebbe diretto a controllare i *comportamenti* con cui il creditore mira, attraverso l'esercizio, ad appropriarsi di utilità che fuoriescono dal novero di quelle di cui la situazione di vantaggio attribuirgli dall'ordinamento legittima il conseguimento⁴¹¹. Invero, è stato, infatti, osservato che non esiste alcuna valida ragione logico-normativa per non considerare il comportamento del creditore che miri a conseguire utilità che esorbitano dal proprio diritto come massimamente contrario alla buona fede e, quindi, suscettibile di essere sanzionato secondo le regole che il dovere di buona fede impongono⁴¹². Non a caso, è possibile anticipare che è nozione comune che la regola di buona fede e correttezza è, innanzi tutto e in primo luogo, «criterio di valutazione e di qualificazione di un comportamento»⁴¹³ e, in tale valutazione non può non rientrare il controllo delle modalità e delle finalità a cui è diretto l'esercizio del diritto, che insieme vanno a delineare il comportamento tenuto.

Della sovrapposizione del divieto dell'abuso del diritto in ambito negoziale con la regola di buona fede ne è ben consapevole anche la dottrina tedesca⁴¹⁴ quando ritiene che il principio del *Treu und Glauben*, che impone sia al debitore sia al creditore di tener conto degli interessi dell'altra parte, deriva dalla figura del *Rechtsmissbrauchsverbot* espressamente prevista nel §226 e, con riferimento contrario al buon costume, nel §826 BGB, ponendo la lettera della norma contenuta nel §242 BGB l'obbligo di buona fede soltanto a carico del debitore. Allo stesso modo, la giurisprudenza francese, in assenza di una previsione espressa che vieti l'abuso

⁴¹¹ G. D'AMICO, *L'abuso della libertà contrattuale: nozione e rimedi*, cit. p.6, nota 8.

⁴¹² F. PROSPERI, *L'abuso del diritto nella fiscalità vista da un civilista*, cit., p. 749-750, il quale sottolinea come tale obiezione è desumibile dalla nota sentenza Fiuggi, Cass. 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, p. 1296 e ss. Con la suddetta pronuncia la Cassazione ha ritenuto contraria a buona fede la clausola contrattuale che consentiva alla società concessionaria di ridurre il prezzo di vendita delle bottiglie di d'acqua minerale ad una società controllata per beneficiare di un basso libello del canone dovuto all'amministrazione concedente secondo parametri collegati a quel prezzo. L'espedito era evidentemente congegnato per assicurare alla società concessionaria un maggior profitto in danno alla controparte. Comportamento sanzionabile sia con riferimento al dovere di buona fede, ma anche in base al divieto di abuso del diritto, configurabile in questo caso nella pretesa di esercitare i poteri attribuiti da una clausola contrattuale per perseguire un vantaggio ingiusto.

⁴¹³ Cass, 16 febbraio 1963, n. 357, in *Foro padano* 1964, I, p.1283.

⁴¹⁴ Cfr., per tutti, H.T. SERGEL E A. TEICHMAN, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2, Suldrecht, I, Stuttgart – Berlin – Köln, 1990, p. 12.; F. RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, in *RTDPC*, 1972, p. 1216.

del diritto, fa applicazione della nozione richiamando l'art. 1134 c.c. che prevede l'obbligo delle parti del contratto di agire secondo buona fede⁴¹⁵.

⁴¹⁵ Cfr. Cour de Cassation, 5 Oct 1993, *Renault c/Rouvel Automobiles*, in *Juriclasseur Périodique*, 1994.II.22224, citata da F. VIGLIONE, *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale ristretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, in *Nuov. Giur. civ. comm.*, 2010, p. 154., cui si rinvia per ulteriori considerazioni.

CAPITOLO III

LA BUONA FEDE OGGETTIVA

SOMMARIO: [1. Premessa.](#) – [2. Sostanziale identità della correttezza e buona fede. Il principio generale espressione della solidarietà sociale.](#) – [3. Buona fede e correttezza *in executivis*, quale criterio che tende a rafforzare il contratto nella sua esigenza attuativa.](#) – [4. La funzione integrativa della buona fede e correttezza.](#) – [5. Buona fede tra interpretazione e integrazione: strumento di bilanciamento degli opposti interessi.](#) – [6. Buona fede e correttezza come strumento di controllo giudiziale.](#) – [7. La funzione correttiva del contenuto del contratto e i suoi limiti operativi sul contenuto economico.](#) – [8. Segue. Buona fede come limite «interno» agli atti di autonomia negoziale.](#)– [9. Osservazioni conclusive.](#)

1. Premessa.

Nel precedente capitolo, dopo aver tentato di delineare i caratteri dell'abuso del diritto, si è giunti alla conclusione per cui il divieto dell'abuso del diritto è un principio riconosciuto anche nel nostro ordinamento giuridico e opera diversamente a seconda del settore di cui si tratta. Emblematico è quanto accade nell'ambito tributario, dove il principio del divieto d'abuso ha avuto un positivo riconoscimento ma viene impiegato in chiave elusiva. Tuttavia, si è potuto notare che nel diritto contrattuale il principio perde una sua autonoma utilità, giacché richiama e, conseguentemente, rinvia con costanza alla clausola generale di buona fede.

Ai fini della presente indagine si ritiene, pertanto, opportuno esaminare in breve come la buona fede e correttezza opera in ambito contrattuale, in particolar modo, è necessario conoscere quali funzioni essa svolge.

2. Sostanziale identità della correttezza e buona fede. Il principio generale espressione della solidarietà sociale.

E' fatto noto che quando si parla di buona fede e correttezza non si sta facendo riferimento a cosa diversa dalla cd. buona fede soggettiva. Quando si parla di quest'ultima ci si riferisce a quel tipo di buona fede che indica uno stato soggettivo consistente nella ignoranza di ledere l'altrui diritto richiesta dal legislatore in materia di possesso di buona fede (art. 1147 c.c.) e nelle tante norme in materia di invalidità del contratto, di simulazione, ecc. nelle quali si fanno salvi i diritti dei terzi di buona fede⁴¹⁶.

⁴¹⁶ Per la distinzione tra buona fede in senso soggettivo buona fede in senso oggettivo, si rinvia per tutti a R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949, p. 17 e ss; G. GIAMPICCOLO, *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 77 e ss.

Diversamente, con riferimento alla buona fede oggettiva si precisa che essa trova il principale, ma non l'unico, referente normativo nell'art. 1375 c.c.⁴¹⁷ e, circa la sua definizione, si ritiene di dover assumere quella suggerita da autorevole dottrina secondo cui la buona fede si compone del canone di lealtà e di salvaguardia. Sostanzialmente, essa impone non solo l'obbligo di evitare comportamenti sleali, ma anche l'obbligo di ciascuna parte di salvaguardare l'utilità dell'altra nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio del proprio interesse⁴¹⁸.

Quando si parla di buona fede e correttezza, quindi, si dà per assodata la stretta correlazione tra l'art. 1175 c.c. e l'art. 1375 c.c.⁴¹⁹ Si conviene, infatti, con quella parte di dottrina maggioritaria che giunge ad una sostanziale identificazione tra correttezza e buona fede, in quanto rappresenterebbero entrambe termini diversi per esprimere un medesimo principio generale⁴²⁰. Ciò sia in ragione del fatto che non presuppongono una diversità di destinatari, alla luce di una ricostruzione storico-sistemica⁴²¹, sia perché hanno una comune area di incidenza

⁴¹⁷ Deve precisarsi, tuttavia, alla norma di cui all'art. 1375 c.c., esistono altre norme che sono espressione della buona fede: ovvero, l'art. 1337 c.c., che sancisce l'obbligo di buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto; l'art. 1366 c.c. che sancisce la buona fede quale criterio di interpretazione del contratto; l'art. 1358 c.c. che impone l'osservanza della buona fede in pendenza di una condizione sospensiva o risolutiva del contratto; l'art. 1460, comma II, c.c. che vieta di rifiutare il proprio adempimento, in caso di inadempimento dell'altra parte, se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede, v. F. GALGANO, *Il contratto*, 2011, Padova, p. 581 e ss.

⁴¹⁸ C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento negoziale*, cit., p. 500 ss. L'A. specifica, infatti, che «la buona fede impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*. Questo impegno di solidarietà, che si proietta al di là del contratto dell'obbligazione e dei doveri di rispetto altrui, trova il suo limite nell'interesse proprio del soggetto. Il soggetto è tenuto a far salvo l'interesse altrui ma non fino al punto di subire un apprezzabile sacrificio personale o economico. In mancanza di una particolare tutela giuridica dell'interesse altrui non si giustificerebbe infatti la prevalenza di esso sull'interesse proprio del soggetto».

⁴¹⁹ In merito, si veda, L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., IV, 1988, p. 175 e ss.

⁴²⁰ Sulla coincidenza del significato di buona fede oggettiva con quello di correttezza, v. fra gli altri, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, p. 130; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 17 e ss.; E. MOSCATI, *Osservazioni in tema di buona fede in senso oggettivo nel diritto privato italiano*, in *Gli allievi romani in memoria di Francesco Calasso*, Roma, 1967, p. 255; A. Di MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. del cod. civ.*, Scialoja e Branca, art. 1173-1176, Bologna-Roma, 1988, p. 290; V. CARBONE, *La regola di correttezza e buona fede: un esempio del diritto vivente*, in *Il corriere giuridico*, II, 2012, p. 153 e ss. In senso contrario, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 65, secondo il quale mentre la correttezza impone normalmente soltanto doveri di carattere negativo, la buona fede impone degli obblighi di carattere positivo. La distinzione è critica da M. GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile contenute nell'anno accademico 1953-1954*, Catania, 1954, p. 242.

⁴²¹ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 130, il quale evidenzia che l'attuale formulazione dell'art. 1175 c.c. e dell'art. 1375 c.c. discende dalla volontà di evitare gli equivoci che potevano nascere dal riferimento di ciascuno di essi al solo debitore o al solo creditore. Ciò sarebbe confermato dall'art. 73 del Progetto preliminare del Libro delle obbligazioni del 1940 che era così concepito: «Quando il debitore esegue la prestazione dovuta, l'obbligazione si estingue. Il debitore, nell'eseguire la prestazione deve comportarsi secondo le regole della buona fede». Si osservò che la norma andava soppressa, proprio perché non era da approvare una formula che limitasse al debitore il dovere di comportarsi secondo buona fede (Atti della Commissione delle Assemblee legislative chiamata a dare il proprio parere sul progetto del Codice civile. Libro delle obbligazioni,

rappresentata dalla materia delle obbligazioni e dei contratti⁴²². Infatti, per mezzo dell'art. 1324 c.c., l'art. 1375 c.c. sarebbe applicabile a tutte le obbligazioni non contrattuali, diverse dalle obbligazioni legali, e proprio l'art. 1175 c.c. ne è la conferma avendo una portata più generale. A fronte del mutamento di carattere generale, subito in seguito all'introduzione della Carta Costituzionale che ha accompagnato la vigenza del Codice civile del 1942, lo stesso art. 1175 c.c. non deve essere considerato come un isolato termine di riferimento, ma, al pari dell'art. 1375 c.c. e delle altre norme di cui agli artt. 1337 e 1366 c.c., deve essere considerato quale espressione del generale principio di solidarietà che caratterizza oramai il nostro sistema.

Vi è stato anche il tentativo di distinguere le due norme sotto altro punto di vista, seppur considerandole entrambe come criteri deontologici: mentre l'uno (la correttezza) imporrebbe normalmente solo doveri di carattere negativo, l'altro (la buona fede) comporterebbe obblighi di carattere positivo⁴²³. Tuttavia, si è obiettato che già nella terminologia prescelta - cioè *dovere*, in relazione alla correttezza ed *obbligo* per la buona fede - è possibile scorgere il segno di un non perfetto chiarimento del rapporto che corre tra correttezza ed *alterum non laedere* e che non può non spiegare effetti negativi sulla sistemazione della materia. Del fatto che il criterio indicato non è né di semplice definizione né di facile applicazione, e che, pertanto, non è ragionevole una tale distinzione, si possono portare ad esempio due circostanze. L'una, che la stessa operatività dell'art. 1337 c.c., altra norma espressiva della regola della buona fede oggettiva in ambito contrattuale, non è del tutto pacifica in dottrina e giurisprudenza; l'altra, la circostanza che esiste una serie di norme esplicitamente dettate per la materia contrattuale, di cui verrebbe impossibile una spiegazione in base a criteri unitari, una volta che si adotti la distinzione in esame⁴²⁴.

Si considera, invece, fondata e corretta l'osservazione per cui l'integrazione della norma contrattuale ad una stregua della buona fede può comportare tanto obblighi a contenuto positivo, quanto obblighi a contenuto negativo. Sicché, è il contenuto di tali obblighi a differenziarsi secondo la positività o negatività, non già il contenuto della buona fede o della correttezza a ricevere tale qualificazione⁴²⁵.

Roma, 1940, p. 78): la difficoltà fu, appunto, superata mantenendo la formula analoga a quella dell'inizio dell'art. 1124 c.c. cod. civ. 1865 ed introducendo quella ancora più esplicita dell'art. 1175 c.c.

⁴²² Per la non coincidenza dell'area di operatività sull'argomentazione, meramente formale, della collocazione topografica dell'art. 1375 c.c., v. L. BARASSI, *La teoria generale dell'obbligazioni*, I°: *La Struttura*; II°: *Le Fonti*; III°: *L'Attuazione*, III, Milano, 1946, p. 8.

⁴²³ E. BETTI, *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., I, p. 68.

⁴²⁴ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 147 e ss. il quale porta ad esempio, gli artt. 1681 e 2087, per il profilo negativo; gli artt. 1686, 1710, 1712, 1747, per quello positivo. Le difficoltà relative all'art. 1337 c.c., inoltre, erano ben evidenti anche in E. BETTI, *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 95-96.

⁴²⁵ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 147 e ss.

Una visione sistematica, pertanto, consente di giungere alla conclusione che le due norme, l'art. 1175 c.c. e l'art. 1375 c.c., sono espressione del medesimo concetto⁴²⁶.

Va precisato che il parametro a cui far capo nella concreta definizione del contenuto della buona fede e correttezza va tratto, in primo luogo, dai principi costituzionali nella materia dei diritti e doveri dei soggetti privati; in secondo luogo, dai lineamenti generali che il principio di solidarietà ha assunto nel sistema civilistico.

La stessa Relazione ministeriale al codice civile «richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore», operando quindi come un criterio di reciprocità una volta collocato nel quadro di valori introdotto dalla Carta costituzionale, deve essere inteso come una specificazione degli «inderogabili doveri di solidarietà sociale» imposti dall'art. 2 Cost. La sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge⁴²⁷.

Alla luce di ciò, sembra legittimo ribadire che dal dovere di buona fede discenderebbero non solo limiti al potere di agire dei propri interessi ma anche l'obbligo di una parte di attivarsi per salvaguardare l'interesse dell'altra parte⁴²⁸.

Secondo autorevole dottrina, tale principio rappresenta un vero e proprio dovere inderogabile di non recare danno ad altri e i riferimenti più sicuri vanno rinvenuti negli artt. 2, 36, 37, 39, 41, e 42 Cost., dai quali appare evidente la volontà di mantenere in armonia le situazioni riconosciute ai privati e le attività da loro svolte con il complesso degli interessi di tutta la comunità⁴²⁹.

3. Buona fede e correttezza in executivis quale criterio tendente a rafforzare il contratto nella sua esigenza attuativa.

Con riferimento alla funzione che il principio di buona fede svolge nei riguardi dell'atto di autonomia privata va rilevata la sostanziale concordanza di vedute di quanti non concordano

⁴²⁶ Nel senso dell'unitarietà Cass., 12 giugno 1947, n. 920, in RFI, 1947, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 160.

⁴²⁷ Cass. civ., 5 novembre 1999, n. 12310, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, p. 2190. Si veda, V. CARBONE, *Buona fede nell'esecuzione del contratto*, in *Corriere Giur.*, 2004, V, p. 587.

⁴²⁸ Che la buona fede in senso oggettivo possa essere utilizzata non soltanto per sanzionare comportamenti scorretti, ma anche per imporre comportamenti corretti è affermazione presente in dottrina, v. A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 23. Conferme, in tal senso, si trovano anche in giurisprudenza: Cass., Sez. Un., 2 novembre 1979, n. 5688, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, p. 440; Cass., 8 febbraio 1999, n. 1078, in *Gius.*, 1999, p. 998; Cass., 23 luglio 1997, n. 6900, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1582.

⁴²⁹ In merito si rinvia a S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, pp. 96-106.

sul tipo di tecnica mediante la quale il principio opera⁴³⁰. In particolare, si conviene sul fatto che il principio ha funzione di limite nei riguardi dell'autonomia privata, provvedendo esso comunque a ricollegare al contratto i fondamenti etico-sociali di tutto l'ordinamento. Secondo tale orientamento, quindi, il principio di buona fede sarebbe strumento di contestazione della logica alla quale la *lex contractus* come ordinamento privato si ispira⁴³¹.

Il principio di buona fede è strettamente legato al contratto e alla logica che la struttura contrattuale vuole esprimere e, pertanto, ha la funzione di rafforzare il contratto nella sua esigenza attuativa, consentendo anche il collegamento con valori diversi ma non aventi funzione di contestazione dei valori del contratto, sebbene piuttosto di inserire questi ultimi in un più ampio sistema di valori di cui pure essi sono parte integrante. In tal caso, resterebbe affidata al rilievo di strumenti diversi la funzione di inserire nella *lex contractus* valori rispetto ad essa del tutto eteronomi, quali, ad esempio, le eventuali esigenze sociali, ed è in relazione a questa funzione che potrebbe manifestarsi per intero il rilievo del principio di solidarietà⁴³².

Altra parte della dottrina sottolinea che «la buona fede nel nostro ordinamento non risulta essere una generica correttezza e solidarietà nei confronti dei propri simili, ma la specifica lealtà che si impone fra due individui legati da un vincolo di natura particolare nel rispetto del reciproco affidamento»; in altre parole, questa sarebbe rivolta a valutare tali interessi nella cornice di un vincolo determinato secondo regole proprie del traffico negoziale e dei rapporti obbligatori⁴³³.

Diversamente, taluno ritiene che il tipo di problema per il quale la buona fede *in executivis* viene richiamata al fine di rispondere ad un'esigenza normativa di conservazione e realizzazione integrale dell'operazione economica programmata col contratto e non ad un dovere di reciproca sollecitudine ulteriore e meta-positivo, che può esigere dai contraenti comportamenti positivi o negativi. Essa non introduce istanze etiche o solidaristiche che si sovrappongono ai valori dell'ordinamento ma ha carattere civile. Pertanto, tale impostazione ritiene che, nei settori integralmente assegnati all'autonomia dei privati, la buona fede non può che assumere a misura lo specifico e singolare equilibrio economico dell'affare, richiamando il cd. sistema della correttezza commerciale o le cosiddette regole del traffico, mentre nei settori che l'ordinamento ha inteso scorporare dalla logica mercantile, assegnandoli alla disciplina

⁴³⁰ In tal senso, A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Francesco Galgano (a cura di), 1988, p. 387.

⁴³¹ In tal senso, A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 387, il quale si riferisce a S. RODOTÀ, *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1965, I, p. 149.

⁴³² Così, A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 389 e ss.

⁴³³ G. CATTANEO, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 613 e ss., spec.

della legislazione speciale, il giudizio di buona fede non può che assumere quale misura i principi introdotti dalla relativa legislazione speciale⁴³⁴.

4. La funzione integrativa della buona fede e correttezza.

Come visto dalle ultime dottrine richiamate nel precedente paragrafo, mentre in una prima fase ciò che prevaleva erano i richiami all'etica e all'esigenza dei traffici commerciali⁴³⁵, nonché alla garanzia sostanziale tramite il temperamento del rigore formale del diritto⁴³⁶, si è passati a concezioni più laiche di questa tecnica di normazione diretta a cogliere il ruolo valutativo e di selezione tra i criteri di decisione antinomici assegnati dall'ordinamento alla clausola di buona fede⁴³⁷.

Il cambiamento si verifica, infatti, quando alla volontà di definire *a priori* il contenuto della clausola si è sostituita un'attitudine pragmatica, attenta a coglierne le condizioni d'uso con la conseguenza di diventare, quindi, uno strumento di repressione dell'uso incontrollato dei poteri privati⁴³⁸.

Autorevole dottrina, alla quale maggiormente si deve l'attribuzione della funzione di integrazione, fonda tale costruzione sul carattere non tassativo della elencazione dell'art. 1374 c.c. e sul reale valore innovativo della normativa di correttezza⁴³⁹. Questa ritiene, invero, che negare la possibilità di arricchire il contenuto del contratto in base alla buona fede con un'argomentazione meramente topografica relativamente all'art. 1375 c.c. è soluzione superata sulla base della indicata unità concettuale di buona fede e correttezza⁴⁴⁰.

⁴³⁴ Di tale avviso, M. BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadr.*, 1988, p. 553.

⁴³⁵ G. CATTANEO, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, cit., p. 618.; e così, M. BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, cit., p. 553.

⁴³⁶ Si veda, L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni, III, L'attuazione*, Milano, 1948, p. 12; A. GALOPPINI, *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 1401, il quale ravvisa nella «funzione correttiva del *ius strictum* la tradizionale efficacia del principio di buona fede, teso alla realizzazione di una situazione di giustizia sostanziale»

⁴³⁷ Era, infatti, R. SACCO, *Cos'è la buona fede oggettiva?*, in *Aa Vv. Il Principio di buona fede, Quaderni della Scuola di Studi Universitari e di Perfezionamento, Scienze Giuridiche, economiche e politiche*, III, Milano, 1987, p. 48, a considerare il criterio di buona fede altro che non una tecnica di selezione tra due criteri antinomici. Secondo l'A., quello tra i quali di volta in volta si presenta come vincente aspirerà a giusto titolo a presentarsi esso come criterio unico e incontrovertibile di buona fede.

⁴³⁸ L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., p. 175; L. NANNI, *La buona fede contrattuale*, in Galgano F. (diretto da), *I grandi orientamenti di giurisprudenza civile e commerciale*, Padova, 1988, p. 343, 600.

⁴³⁹ Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 124, il quale, rinviando a U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Cicu e Messineo, II, Milano, 1974, p. 37, precisa che, nonostante la fine del regime corporativo, la norma è sopravvissuta attribuendogli un valore innovativo. Caduta, infatti, la possibilità di caratterizzare la correttezza sulla base dei nuovi principi che reggono il nostro ordinamento e le necessità di valutare i rapporti interprivati secondo i criteri che consentano un loro corretto inserimento, è esatto ritenere che l'art. 1175 c.c. vale, appunto, a tenere avvertito il giudice della necessità che egli operi nel caso concreto l'indispensabile collegamento della disposizione particolare di legge con i fondamentali etico-sociali di tutto l'ordinamento.

⁴⁴⁰ Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 163 e ss.

Nonostante le perplessità manifestate da dottrina contraria al ricondurre la buona fede integrativa invocando l'art. 1374 c.c. quale fondamento giuridico dello stesso⁴⁴¹, è opinione comune ritenere che la buona fede sia strumento di determinazione ed arricchimento del contenuto in concreto della prestazione e del rapporto obbligatorio⁴⁴², in modo che si giunge ad attribuire alla stessa valenza costruttiva e di completamento del contratto in sede di esecuzione⁴⁴³. Si precisa, in particolare, che il suo operare nel quadro del progetto economico originariamente delineato dalle parti, ed in funzione di integrazione della volontà da queste manifestata, ne individua il naturale limite, dato dalla impossibilità di perseguire per il suo tramite, scopi diversi da quelli originariamente voluti dalle parti⁴⁴⁴. La funzione integrativa consente, invero, di individuare una serie di obbligazioni ulteriori rispetto a quelle previste dalle norme analitiche e dallo stesso contratto, poste su di un piano di piena coerenza e di precisazione dei contenuti del rapporto obbligatorio, che di volta in volta, in relazione alla concreta fattispecie, garantiscono la piena relazione alla concreta fattispecie, garantiscono la piena realizzazione dell'assetto voluto dai contraenti⁴⁴⁵.

In altre parole, dalla funzione integrativa, frutto di ispirazione germanica⁴⁴⁶, sono stati appunto individuati i cosiddetti obblighi accessori di prestazione⁴⁴⁷, implicanti il compimento

⁴⁴¹ Così, F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 286 e ss.

⁴⁴² *Ex plurimis*, v. C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv.dir.civ.*, 1983, I, p. 205; G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1971, II, pp. 287 e 293; E. DELL'AQUILA, *La correttezza nel diritto privato*, Milano, 1980, p. 16; A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, *cit.*, p. 152, il quale limita l'operatività della funzione integrativa alla composizione «di conflitti secondari e strumentali alla migliore realizzazione delle finalità per le quali il rapporto è costituito»; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, *cit.*, p. 638; G. M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, *cit.*, p. 92 e ss.

⁴⁴³ Si veda, A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 59 e ss.

⁴⁴⁴ Sempre in tal senso, A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 377, che esclude che la funzione integrativa possa estendersi al contenuto del contratto in quanto il criterio di correttezza si precisa «in relazione all'azione concreta del soggetto». Diversamente, M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvivenze*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 467 e ss., sostiene che la funzione integrativa consente di dare rilievo alle sole pretese dei contraenti che hanno natura strumentale-accessoria rispetto agli interessi fondamentali dedotti in contratto, aspetto da cui consegue che l'art. 1375 c.c. «non può [...] essere assunto a criterio di rilevanza e/o distribuzione di «rischi qualitativi» che attengono, piuttosto, agli interessi fondamentali considerati dalle parti ai fini della conclusione del contratto».

⁴⁴⁵ A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, *cit.*, p. 406, secondo il quale il nesso tra esecuzione e buona fede vuole esprimere questa elementare esigenza che una serie di doveri di cui la buona fede è fonte, siano sollecitati in concreto dalle esigenze che il funzionamento del contratto prospetta in relazione socialmente alle circostanze in cui l'attuazione del contratto si svolge. Altresì, A. SOMMA, *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 296. L'A. afferma, con riferimento allo specifico problema della tutela del consumatore sovraindebitato, che anche in ipotesi diverse dalla presupposizione la buona fede può essere il mezzo per consentire la modificazione del contratto per cause sopravvenute alla sua conclusione.

⁴⁴⁶ Cfr. spec. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allg Teil*, München, 1970, p. 9 e ss.; J. ESSER, *Schuldrecht*, Karlsruhe, 1960, p. 103 e ss.; R. WEBER, *Recht der Schuldverhältnisse*, p. 305 SS.; SIEBERT-KNOPP, *Schuldrecht*, I, in SORGEL-SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, II, Stuttgart, 1967, p. 41 ss.

⁴⁴⁷ In senso critico, L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, *cit.*, p. 175 e ss. In particolare, critica la creazione di obbligazioni accessori, giacché individuare una tale funzione lascerebbe perplessi in un contesto, quale quello attuale, non privo di una siffatta, specifica disciplina e dove il giudice non fa, ma applica il diritto, pur

di tutti quegli atti che, benché non esplicitamente dedotti in *obligatione*, risultino indispensabili per l'attuazione di un rapporto obbligatorio o, invece, strumentali di protezione o di sicurezza, aventi quale oggetto immediato la conservazione della persona o della cosa della controparte o fondati su un'esigenza di avviso o di informazione reciproca: più o meno legati alla prestazione principale e concernenti la figura⁴⁴⁸.

La giurisprudenza ha ampiamente applicato tale concezione, precisamente, ravvisando nella buona fede una regola di governo della discrezionalità e un limite alle facoltà attribuite alle parti del rapporto contrattuale. Il principio di diritto generalmente pronunciato consiste nel considerare il criterio della buona fede quale dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte, ponendosi come limite di ogni situazione, attiva o passiva, negozialmente attribuita, determinando così integrativamente il contenuto e gli effetti del contratto⁴⁴⁹.

eventualmente facendolo «vivere» (o «rivivere») in una sempre nuova realtà. intervenire. Secondo l'A. tali «doveri», lungi dal porsi quali obblighi accessori con autonomia di contenuto e di oggetto e costituiscono — pari dei cosiddetti doveri integrativi di prestazione — niente più che tipiche specificazioni, momenti particolari dell'obbligazione, il cui contenuto unitario si determina in relazione alla natura della prestazione ed alle modalità di esecuzione. Non, dunque, un'obbligazione principale ed una, accessoria, di protezione o di sicurezza, ma un'unica obbligazione con unicità di contenuto e di oggetto, della quale la legge evidenzia, sotto il profilo della responsabilità per inadempimento, due diversi aspetti, senza per questo spezzarne, com'è stato significativamente detto, il contenuto unitario. Ciò sarebbe dimostrato anche limitandosi a qualche esempio, tra i quali agli artt. 1785 ter, da un lato, e 1789 e 1587, n. 1, dall'altro, dai quali — sempre secondo l'opinione criticata — dovrebbero emergere, questa volta, l'obbligo del creditore di non aggravare la posizione del debitore e, rispettivamente, quello (negativo) di non ostacolare l'adempimento e quello (positivo) di cooperare all'attività solutoria di costui, è facile scorgere in essi la previsione di semplici modalità attinenti all'esercizio del diritto del creditore.

⁴⁴⁸ Si veda, L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., p. 175 e ss.

⁴⁴⁹ In tal senso Cass., 18 ottobre 2003, n.15482, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 305 ss., con nota M. GRONDONA, *Disdetta del contratto, abuso del diritto e clausola di buona fede: in margine alla questione del precedente giudiziale*; in *Foro it.*, 2004, I, c. 1845 ss., con nota G. COLANGELO; in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 3011 ss.; in *Giur. it.*, 2004, p. 2064 ss., con nota E. BERGAMO, *L'abuso del diritto ed il diritto di recesso, in motivazione*. In precedenza v., *ex multis*, Cass., 8 marzo 1991, n. 2890, in *Dir. fall.*, 1991, II, p. 236 ss., con nota S. DEL CORE, *Fideiussione omnibus e fallimento*; Cass., 15 gennaio 2000, n. 426, in *Gius. Civ. Mass.*, 2000, p. 70, secondo cui «nelle ipotesi in cui il contratto assicuri ad una delle parti una posizione preminente (o il potere di controllo del mercato) il rischio insito nelle operazioni deve essere distribuito alla stregua delle suddette regole di integrazione del contratto» (c. 1183); Cass., 1 marzo 2001, n. 2948, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2682 ss.; Cass., 16 ottobre 2002, n.4726, in *Danno resp.*, 2003, p. 174 ss., con nota R. PARTISANI, *L'integrazione del contratto come correttivo delle disfunzioni sinallagmatiche prodotte dall'inosservanza della clausola di buona fede*; Cass., 10 ottobre 2003, n. 15150, in *Mass. Foro it.*, 2003, secondo la quale «il principio di buona fede contrattuale, sancito dall'art. 1375 c.c., ha la portata di ampliare (ovvero di restringere) gli obblighi letteralmente assunti con il contratto nei casi, e nella misura in cui, farli valere nel loro tenore letterale contrasterebbe con detto principio, il quale opera essenzialmente come un criterio di reciprocità che deve essere osservato vicendevolmente dalle parti del rapporto obbligatorio». Sempre in tale contesto, con argomentazione criticabile, si discosta il precedente di Cass., 1 marzo 2000, n. 2252, in *Mass. Foro it.*, 2000, che pur riconoscendo la funzione integrativa, afferma che la buona fede opera solo nel senso di generare obbligazioni di carattere negativo (doveri di astensione), e non positivo. Il creditore non deve quindi agevolare l'esecuzione della prestazione del debitore, o comunque rendere, la meno onerosa di quella pattuita, ma è obbligato soltanto a non renderla più disagiata gravosa di quanto, secondo buona fede, il debitore può attendersi.

Di particolare rilievo, soprattutto per la complessità della motivazione, è la pronuncia relativa al caso Fiuggi⁴⁵⁰. In tale sentenza la Cassazione prende decisa posizione a favore della idoneità del principio di buona fede a porsi come «limite interno» di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita che concorre alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente. Tuttavia, vi è chi ha constatato che, sempre nella pronuncia di cui trattasi, a fronte delle affermazioni di principio di ordine alla vera e propria funzione integrativa della buona fede (dato che in motivazione si fa espresso riferimento all'art. 1374 c.c.) la vicenda prospettasse un mero controllo della discrezionalità e, quindi, un controllo del comportamento *in executivis* della parte. Tale impostazione, ha ritenuto che il canone di buona fede sia stato impegnato dai giudici in funzione del controllo, *in executivis*, del comportamento di una delle parti, apparentemente conforme alla *lex contractus*. Ciò sulla considerazione che nel caso di specie si trattava di stabilire se l'esercizio da parte dell'Ente Fiuggi spa della facoltà, contrattualmente attribuita, di non aumentare il prezzo di vendita delle bottiglie di acqua minerale all'ingrosso, costituisse o meno comportamento contrario a buona fede, tenuto conto della contemporanea mortificazione della legittima aspettativa dell'ente concedente ad un aumento del prezzo e quindi della percentuale⁴⁵¹.

Una fattispecie tipica, in cui si rinviene l'applicazione della buona fede in funzione integrativa, è quella concernente il dovere di informazione, alla luce del quale ciascuna delle parti deve comunicare le circostanze sopraggiunte che possono influire sulla corretta esecuzione del contratto. Con tale dovere si vuol attribuire una funzione rilevante in tutti i casi in cui una delle parti si trovi in posizione preminente rispetto alla controparte per il ruolo assunto o le competenze tecniche di cui dispone⁴⁵².

⁴⁵⁰ Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Giur. it.* 1995, I, 1, p. 852 e ss. con nota di L. PICARDI; in *Corr. giur.*, 1994, I, p. 566 e ss., con nota di V. CARBONE; in *Giust. civ.* 1994, II, 2159 e ss., con nota di M.R. MORELLI; in *Foro it.*, 1995 I, p. 1296 e ss., con nota di C.M. BARBONE; in *Foro amm.*, 1997, I, p. 414 e ss.. Sulla descrizione della fattispecie si rinvia alla nota 208.

⁴⁵¹ U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, p. 67.

⁴⁵² E' il caso delle prestazioni di attività professionali, si veda, App. Torino, 14 febbraio 2001, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 205. Nella motivazione della sentenza la Corte rileva che, nei confronti del cliente assume particolare rilevanza il principio di buona fede ex art. 1337, 1338, 1375, 1366, c.c., quale principio normativo ed integrativo del contratto che genera a carico del professionista l'obbligo giuridico di informare l'altro contraente del grado di utilità della prestazione richiesta, massime nel caso in cui essa sia palesemente inutile al fine prefisso. Dal collegato rilievo che la bona fede assume il ruolo non solo di mera integrazione, ma anche di configurazione primarie, la Corte trae l'ulteriore conseguenza, nel caso specifico, «sin dal primo momento successivo alla stipulazione del contratto d'opera professionale qui dedotto in causa il professionista era inadempiente alla sua primaria obbligazione di buona fede, nessuna informativa avendo mai dato [...] sulla inutilità certa e conosciuta delle pratiche amministrative commessegli»..

Anche in ambito giuslavoristico⁴⁵³, la giurisprudenza articola l'uso della buona fede in funzione integrativa secondo le concrete circostanze, modificando di volta in volta il contenuto del rapporto. Ad esempio, si è ritenuto ammissibile il recesso unilaterale dal contratto collettivo di lavoro a tempo indeterminato da parte tanto delle organizzazioni sindacali che dell'imprenditore, anche se la relativa facoltà non è prevista né dalla legge né dal contratto⁴⁵⁴; è stata considerata legittima, anche se non obbligatoria, l'applicazione da parte del datore di lavoro della disciplina in tema di licenziamenti collettivi anche alla diversa ipotesi di licenziamenti individuali plurimi⁴⁵⁵; altresì, si è ritenuto che spetta al datore di lavoro dimostrare la coerenza delle scelte effettuate nella individuazione dei lavoratori da porre in cassa integrazione con i vincoli imposti in materia dal legislatore⁴⁵⁶.

L'orientamento contrario nega, invece, la funzione integrativa della buona fede e correttezza assegnandole un ruolo di valutazione in concreto della tenuta delle parti rimessa al giudice, esercitata *a posteriori* ed indipendentemente da un giudizio di conformità a regole predeterminate di comportamento⁴⁵⁷. In particolare, si muove dalla critica alla tendenza a

⁴⁵³ Anche, recentemente, in tal senso, Cass. civ., sez. lav., 21 Dicembre 2016, n. 26467, è stato ribadito il principio secondo cui, in tema di licenziamento per riorganizzazione aziendale (Cassazione civile, sez. lav., 08/03/2016, n. 4509, Cass. 13 agosto 2008 n. 21579, Cass. 18 novembre 2015 n. 23698) secondo cui, «fermo restando che l'eventuale patto di demansionamento deve essere anteriore o coevo al licenziamento, in tanto il consenso del lavoratore rispetto alla assegnazione a mansioni inferiori può essere espresso in quanto il datore di lavoro, in ottemperanza al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, gli abbia prospettato la possibilità di un'utilizzazione in mansioni inferiori».

⁴⁵⁴ Cass., sez. lav., 7 marzo 2002, n. 3296, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 196 ss., che giustifica la soluzione affermando che il criterio di buona fede vieta la stipulazione di rapporti contrattuali perpetui.

⁴⁵⁵ Cass., sez. lav. 9 maggio 2002, n. 6667, in *Mass. Foro it.*, 2002 nella quale si legge che «Nelle ipotesi di licenziamento individuale plurimo per riduzione di personale, il datore di lavoro nella scelta dei lavoratori da licenziare deve ispirare la sua condotta ai principi di correttezza e buona fede: pertanto, pur non avendo l'obbligo di applicare i criteri previsti per il licenziamento collettivo dall'art. 5, 1. n. 223 del 1991, può fare ad essi ricorso, perché costituiscono uno standard particolarmente idoneo a consentirgli di esercitare il suo potere di scelta tenendo adeguatamente conto degli interessi del lavoratore e di quello aziendale».

⁴⁵⁶ Cass., sez. lav., 9 maggio 2002, n. 6686, in *Mass. Foro it.*, 2002: «Il potere di scelta dei lavoratori da porre in cig, riservato al datore di lavoro, non è incondizionato ma è sottoposto al limite (di carattere interno) derivante dalla necessaria sussistenza del rapporto coerenza fra le scelte effettuate e le finalità specifiche cui è preordinata la cassa e che devono esser realizzate, e dall'obbligo di osservare i doveri di correttezza e buona fede imposti dagli art. 1175 e 1375 c.c., nonché all'ulteriore limite (di carattere esterno) derivante dal divieto di discriminazione fra i lavoratori per motivi sindacali, di età, di sesso, di invalidità o di presunta ridotta capacità lavorativa; incombe pertanto sul datore di lavoro l'onere di provare il nesso di causalità tra la sospensione del singolo lavoratore e le ragioni per le quali la legge gli riconosce il potere di sospensione».

⁴⁵⁷ Negano la funzione integrativa della buona fede-correttezza, assegnandole un ruolo di valutazione in concreto della condotta tenuta dalle parti, rimessa al giudice, esercitata a posteriori ed indipendente da un giudizio di conformità a regole predeterminate di comportamento, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, in *Trattato di diritto civile comm.*, Cicu e Messineo (diretto da) Milano, 1974, p. 17-27 e 37-44; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, G. Iudica e P. Zatti (a cura di) 1991, pp. 361-63; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede*, cit., p. 170 ss.; e ID., *L'interpretazione del contratto*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano 1991, p. 13 ss. Si v., pur in una specifica prospettiva, M. BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadrimestre*, 1988, pp. 549 s. e 554. L'indirizzo espresso dalla scuola pisana è anche volto a contrastare la legittimità della costruzione dei «doveri di protezione», che moltiplicherebbe le posizioni soggettive e rischierebbe di «atomizzare» il «contenuto unitario» della prestazione (U. NATOLI, *L'adempimento*, cit., p. 17 ss.). Ma non sembra potersi disconoscere il contributo della dottrina dei doveri di

ricostruire, secondo buona fede, posizioni soggettive d'obbligo ulteriori e distinte rispetto all'obbligazione di prestazione, stigmatizzandosi l'artificiosità della moltiplicazione delle figure soggettive ed il rischio di atomizzazione del contenuto unitario della prestazione⁴⁵⁸.

5. Buona fede tra interpretazione e integrazione: strumento di bilanciamento degli opposti interessi.

Altra funzione della buona fede e correttezza è quella di bilanciamento e di riequilibrio dei contrapposti interessi delle parti, nel senso che l'individuazione e l'adempimento delle rispettive obbligazioni risente della presenza e dell'influenza della clausola generale in esame, perché evita di ritenere lecito ogni comportamento che nessuna norma vieta e facoltativo ogni comportamento che nessuna norma rende obbligatorio⁴⁵⁹.

In tal modo, come evidenziato da attenta dottrina, la buona fede, intesa come conformità del comportamento alle obiettive regole di condotta rinvenute nel contesto sociale in cui le stesse operano, costituisce altresì strumento idoneo a porre rimedio ai comportamenti scorretti, maliziosi e fraudolenti posti in essere a danno della controparte contrattuale⁴⁶⁰. Tale dottrina muove dal presupposto che l'art. 1366 c.c. ha assunto un ruolo primario tra i canoni di interpretazione⁴⁶¹ e tra questa e la buona fede integrativa ex art. 1375 c.c. sussiste un rapporto non di sovrapposizione, ma di complementarità e reciproca osmosi⁴⁶², trattandosi di due

protezione alla salvaguardia, nell'ambito della responsabilità contrattuale, dei terzi e delle persone dei contraenti, nonché all'approfondimento della tematica della buona fede: v. F. BENATTI, voce *Doveri di protezione*, in *Dig. IV ed.*, sez. civ., VII, Torino, 1992, p. 221 ss.; C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, *ad vocem*, ai quali si rinvia per ogni rilevante indicazione di diritto tedesco e italiano. Inoltre la prospettiva che incentra, e tendenzialmente esaurisce, la rilevanza della buona fede nella sua attinenza alle prestazioni, ne rende problematico l'impiego per la risoluzione di conflitti di interesse che, pur inerendo alla fase di esecuzione del contratto, non concernono l'identificazione del contenuto delle prestazioni e le modalità delle medesime.

⁴⁵⁸ Per tutti, U. NATOLI, *L'attuazione*, cit., p. 37.

⁴⁵⁹ Si veda, C. VINCENZO, *La regola di correttezza e buona fede: un esempio del diritto vivente*, in *Corriere Giur.*, 2012, II, p. 153.

⁴⁶⁰ G. MERUZZI, *L'excepcio doli*, cit., p. 272 e ss.

⁴⁶¹ Cfr. L. NANNI, *La buona fede contrattuale*, cit., p. 400, il quale dà rilievo alla piena coerenza sistematica tra attribuzione di un ruolo primario all'art. 1366 c.c. e ravvisa una "tendenza verso l'oggettivazione dell'atto negoziale". In maniera analoga, M. COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989, p. 46, la quale evidenzia l'uso della norma da parte della giurisprudenza come regola complementare a quelle di interpretazione soggettiva, al fine di modellare la comune intenzione delle parti secondo criteri di correttezza ed equilibrio.

⁴⁶² Della continuità tra le due operazioni è ben chiara in A. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 52, spec. 58, nel quale si evidenzia che l'identificazione del contenuto alla stregua alla quale risolvere il conflitto di interessi non disciplinato dalla convenzione implica un giudizio di coerenza e compatibilità della soluzione con l'assetto negoziale, il quale è, a sua volta, il frutto di una valutazione sintetica conseguente all'interpretazione. Tuttavia, prosegue l'A., ciò non esclude che quella regola sia posta in virtù di una operazione integrativa, non essendo essa già contenuta nell'enunciato della convenzione. L'integrazione del regolamento contrattuale con regole ulteriori, quale momento cruciale tra ordinamento e autonomia privata, rievoca la questione discussa in dottrina, relativa alla distinzione tra contenuto ed effetti del contratto e l'imputazione di questi all'autonomia o alla legge. Sulla

momenti applicativi dello stesso criterio, che congiuntamente garantiscono ad esso la massima effettività⁴⁶³. L'accertamento circa la violazione o meno del canone di correttezza presuppone una preliminare attività di interpretazione della volontà dichiarata dalle parti⁴⁶⁴ e l'interpretazione secondo buona fede può dar luogo ad una successiva attività di correzione-integrazione del contenuto del contratto *ex art. 1375 c.c.*, diretta ad adattare gli obblighi che da esso scaturiscono all'oggettivo significato attribuitogli tramite l'*art. 1366 c.c.*⁴⁶⁵.

In tal senso si è espressa una pronuncia della Cassazione, la quale ha evidenziato che la ricerca del significato obiettivo dell'accordo, svolta sulla base della comune intenzione delle parti, porta a dare ad esso il valore che gli attribuirebbero contraenti corretti e leali, al fine di perseguire le specifiche utilità da loro volute⁴⁶⁶.

Ricercata l'effettiva volontà delle parti desumibile dalla lettera dell'accordo e dalla valutazione del comportamento, anche posteriore alla conclusione del contratto, ai sensi dell'*art. 1362 c.c.*, la buona fede prevista all'*art. 1366 c.c.* svolge un ruolo di adeguamento del suo contenuto al sottostante assetto di interessi, attribuendogli non solo il significato più plausibile alla luce dei principi generali dell'ordinamento ma anche quello più consono al loro effettivo perseguimento in relazione al tipo di operazione economica intrapresa ed agli interessi normalmente sottesi, secondo una valutazione fondata sul comune apprezzamento e condotta sulla base delle regole di correttezza dello specifico settore economico in cui operano i contraenti. Il bilanciamento tra gli opposti interessi delle parti, che tramite il ricorso alla buona fede *ex art. 1366 c.c.* si viene in tal modo a realizzare, non è inteso al riequilibrio del sinallagma del contratto, ma ad una definizione dei diritti ed obblighi delle parti, che ristabilisca la coerenza tra regolamento contrattuale e piano degli interessi perseguiti. Sicché, secondo tale impostazione, l'interpretazione di buona fede opera come oggettivo criterio di riallineamento del contenuto normativo del contratto all'interesse ad esso sottostante, indipendentemente dalla presenza o meno di un intento malizioso o fraudolento⁴⁶⁷.

disputa, per una informazione, rilevanti indicazioni si trovano in G. B. FERRI, *Causa e nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, pp. 64 e ss.; A. CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 935; A. Di MAJO, *L'esecuzione del contratto*, *cit.*, p. 111 e ss. e 206 e ss.; N. IRTI, voce *Rilevanza giuridica*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 1098e ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, *cit.*, p. 76 e ss.

⁴⁶³ Che l'interpretazione secondo buona fede costituisce l'antecedente logico della esecuzione dell'atto secondo buona fede, è implicitamente fatto proprio da L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, *cit.* p. 180. Sulla continuità delle due norme, C. SCONAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 377.

⁴⁶⁴ In tal senso, Cass. 11 agosto 2000, n. 10705, in *Mass. Foro it.*, 2000.

⁴⁶⁵ Cfr. M. COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, p. 137.

⁴⁶⁶ Cass., 20 luglio 2000, n. 9532, in *Contratti*, 2001, p. 335 e ss.

⁴⁶⁷ Così, G. MERUZZI, *L'exceptio doli*, *cit.*, p. 276. Dello stesso avviso, ma sulla base dell'interpretazione funzionale in chiave teleologica, di cui l'*art. 1366 c.c.* è uno degli elementi costitutivi, v. M. MANTELLO, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Napoli, 2003, p. 338.

La valenza eminentemente oggettiva del criterio ermeneutico di buona fede, finalizzato ad attribuire al regolamento contrattuale un significato *normale*, cioè rispettoso della volontà dichiarata dai contraenti ed al contempo idoneo al più efficiente raggiungimento dell'intento da essi perseguito è considerato, secondo tale dottrina, lo strumento meglio in grado a sanzionare i comportamenti maliziosi, poiché semplificherebbe l'onere probatorio in capo al danneggiato. Invero, quest'ultimo non dovrà provare la sussistenza dell'intento fraudolento che ha animato il contegno della controparte⁴⁶⁸.

6. Buona fede e correttezza come strumento di controllo giudiziale.

Di buona fede e concretezza si può parlare anche in termini generali di controllo dei comportamenti dell'autonomia privata.

Autorevole dottrina⁴⁶⁹, invero, nel riconoscere la difficoltà di predeterminare il contenuto dell'obbligo di buona fede in quanto richiedente comportamenti diversi in relazione alle concrete circostanze, ha comunque tentato di determinare il contenuto della clausola generale che si concretizza nel canone di lealtà e obblighi di salvaguardia dell'interesse dell'altra parte. Mentre con riferimento al canone di lealtà vengono segnalati tre principali comportamenti negativi – non suscitare intenzionalmente falsi affidamenti, il non speculare su falsi affidamenti e non contestare falsi affidamenti comunque ingenerati nell'altra parte⁴⁷⁰ - con riguardo all'obbligo di salvaguardia si individua nell'esercizio di poteri discrezionali uno dei comportamenti tipici di buona fede⁴⁷¹. In tal senso, nell'esercizio di tali poteri il titolare deve tutelare gli interessi dell'altra parte ad essi sottoposti. Un esempio tipico è stato rinvenuto in materia di poteri disciplinari: in merito, la giurisprudenza si è espressa affermando che nell'esercizio di tali poteri non è sufficiente il rispetto delle forme procedurali stabilite dalla legge o dalla contrattazione collettiva (art. 7 St. lav.) e l'applicazione del criterio della proporzionalità rispetto alla gravità dell'infrazione (art. 2106 c.c.) ma occorre l'osservanza delle regole di correttezza secondo cui il principio generale di cui all'art. 1175 c.c. Ciò significa che non è consentito abusare del potere per sacrificare l'interesse del dipendente oltre quanto sia richiesto dall'infrazione commessa⁴⁷².

⁴⁶⁸ G. MERUZZI, *L'exceptio doli*, cit., p. 276.

⁴⁶⁹ C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede*, cit. p. 211

⁴⁷⁰ Secondo C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede*, cit. p. 211, in quest'ultimo dovrebbe iscriversi anche la buona fede richiamata in tema di responsabilità per l'affidamento causato dalla tolleranza e rinvia a S. PATTI, *Profili di tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, p. 84 e 152 e ss.

⁴⁷¹ C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede*, cit. p. 211 e ss., il quale aggiunge ulteriori comportamenti tipici di buona fede quali quello della esecuzione di prestazioni non previsti e delle modifiche del proprio comportamento.

⁴⁷² Cass., S. U., 2 novembre 1979, n. 5688, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 440, con nota di A. Di Majo.

In questa prospettiva, la giurisprudenza ha altresì constatato che le valutazioni alla stregua della predetta clausola diventano a loro volta «il filtro necessario ad impedire che la discrezionalità del creditore chieda modalità diverse da quelle pattizamente o normativamente previste, non sfoci in un mero arbitrio»⁴⁷³.

La sentenza Fiuggi è stata letta anche sotto tale profilo quando, nel creare la regola iuris del caso concreto in forza del valore cogente che le norme di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. le assegnano, osserva che «appare per lo meno sorprendente relegare nel «metagiuridico» [...] l'aspettativa del comune all'aumento del prezzo sol perché demandato a scelte pretesamente discrezionali dell'altra parte, ignorando, oltre a tutto, che la correttezza costituisce proprio la regola di governo della discrezionalità e ne vieta, quindi, l'abuso, si che non avrebbe potuto la corte esimersi dall'accertare con la necessaria compiutezza e logicità se la delusione codesta aspettativa fosse o meno giustificata da un interesse antitetico – meritevole di tutela – dell'Ente Fiuggi a mantenere fermo il prezzo (in fabbrica) malgrado la sopravvenuta monetaria e il conseguente svilimento del canone a quel prezzo commisurato»⁴⁷⁴.

Per dirla con le parole di una dottrina, alla buona fede compete, insomma «la concretizzazione della regola astratta di comportamento secondo un giudizio di congruenza; e in questa funzione diviene filtro di valori che il singolo programma obbligatorio è destinato (e deve) recepire»⁴⁷⁵.

Sembra, allora, possibile rilevare che l'obbligo di salvaguardia degli interessi dell'altra parte rientra necessariamente nel programma contrattuale, il cui rispetto non può non essere sindacato sul piano degli effetti come generale applicazione della regola di buona fede *in executivis*. Invero, a tale regola si assegna una funzione più propriamente «di collaborazione» che va al di là e talvolta corregge o limita anche ciò che le parti, tramite l'accordo, hanno stabilito⁴⁷⁶.

Che l'obbligo del dovere di buona fede e correttezza si impone alle parti ne è dimostrazione la sua non derogabilità⁴⁷⁷. Tale osservazione è di particolare rilievo anche per le implicazioni che si avrebbero sotto il profilo dei rimedi che si farebbero discendere dalla violazione della regola di buona fede⁴⁷⁸.

⁴⁷³ Così, Cass., 8 febbraio 1999, n. 1078; Cass., 23 luglio 1997, n. 6900.

⁴⁷⁴ Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, *cit.*

⁴⁷⁵ Così, letteralmente, F. CRISCULO, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del giudice) di equità*, in *Riv. arbitrato*, 1999, I, p. 71

⁴⁷⁶ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 34.

⁴⁷⁷ F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., S. U., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contr. e Impr.*, 2008, IV-V, p. 936 e ss.;

⁴⁷⁸ Argomento in questione che meriterebbe certamente una disamina approfondita ma che per ragioni di organicità della trattazione non è possibile affrontare in questa sede. A tal fine, si rinvia a F. PROSPERI, *Violazione*

7. La funzione correttiva del contenuto del contratto e i suoi limiti operativi sul contenuto economico.

Alla clausola della buona fede e correttezza è stata attribuita un'ulteriore funzione, consistente nell'attività di correzione del contenuto del contratto⁴⁷⁹. Questo tipo di funzione è generalmente ammesso da dottrina e giurisprudenza tedesche e da altri ordinamenti continentali, che legittimano un intervento sul contenuto dell'accordo finalizzato ad assicurare il rispetto dei principi di etica materiale e comportamentale⁴⁸⁰. La tradizionale diffidenza è frutto di una concezione economica dell'attività di correzione sul contenuto patrimoniale dello scambio, invadendo in tal modo il naturale ambito operativo dell'equità e compromettendo l'essenza del principio di autonomia.

Secondo parte della dottrina, tale funzione si presenta non solo legittima sotto il profilo sistematico ma anche connaturata all'essenza stessa del criterio di correttezza, che deve garantire la coerenza tra il regolamento originariamente predisposto e l'interesse sottostante al cui soddisfacimento mira. La funzione di correzione del contenuto del contratto svolge un ruolo complementare rispetto all'attività di integrazione⁴⁸¹. In sostanza, non si creano nuove obbligazioni (come quanto avviene con la funzione integrativa) ma si limita o si modifica il contenuto in concreto delle obbligazioni che dal contratto derivano, nei limiti di quanto previsto dalle norme imperative presenti nell'ordinamento⁴⁸².

Chi ammette tale funzione correttiva cerca di individuarne anche i limiti di applicazione della stessa. Pertanto, è stato in merito rilevato che, mentre l'attività di correzione del contenuto del contratto riguarda essenzialmente il contenuto normativo, quello economico è lasciato alla libera determinazione delle parti salvo che assuma rilevanza sotto il diverso profilo della

degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali, cit., p. 936 e ss.; ID, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica, cit.*, p. 268.

⁴⁷⁹ A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto, cit.*, p. 421, secondo il quale la buona fede non decide soltanto il come dovrà svolgersi una certa prestazione (primaria), ma fino a quale punto essa va svolta o addirittura quale è lo scopo o funzione che deve caratterizzarne l'esercizio.

⁴⁸⁰ In argomento, si rinvia a S. WHITTAKER – R. ZIMMERMANN, *Good faith in European contract law: surveying the legal landscape*, Cambridge University Press, 2000, p. 24.

⁴⁸¹ Cfr. S. RODÒ, *Le fonti di integrazione del contratto, cit.*, p. 202. In F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, p. 150, si riscontra un esplicito riconoscimento della funzione correttiva intesa come limite all'esercizio di una pretesa fondata sul contratto.

⁴⁸² U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole di correttezza, cit.*, p. 174, il quale ritiene più in generale che il risultato derivante dalla stretta applicazione delle norme inderogabili non possa essere in nessun caso modificato dal giudice in base ad una valutazione della situazione di fatto secondo le regole della correttezza.

Va precisato che, secondo una parte della dottrina, la buona fede in funzione correttiva viene applicata non solo nei casi in cui è necessario limitare in concreto l'esercizio di diritti e facoltà in astratto riconosciute, ma anche nei casi in cui si ricorre alle figure dell'abuso del diritto e dell'*exceptio doli*. Si veda, G. MERUZZI, *L'exceptio doli, cit.*, p. 244, spec. nota 51.

rescissione (art. 1447 c.c.), giacché, come noto, quest'ultimo istituto svolge una funzione di diretto controllo dell'equilibrio sinallagmatico del contratto qualora la sua alterazione rispetto ai normali valori di mercato sia conseguenza di comportamenti abusivi di uno dei contraenti a danno dell'altro⁴⁸³. Con l'attività di correzione, giustificata dal ricorso alla clausola di correttezza, si attua in tal modo un riequilibrio tra i diritti ed obblighi derivanti dal rapporto analogo a quello realizzato nei contratti del consumatore mediante l'attuale art. 33 Cod. cons., e diretto a ristabilire la coerenza tra contenuto (normativo) dello stesso sottostante⁴⁸⁴.

Interessante è quanto sostenuto da una parte della dottrina, la quale considera legittima l'ammissibilità dell'attività di correzione alla luce dell'art. 1460 cpv., che vieta a ciascun contraente di rifiutare l'esecuzione della prestazione qualora tale rifiuto sia contrario a buona fede⁴⁸⁵. Questo dovrebbe legittimare l'applicazione della norma in funzione correttiva anche nel caso in cui un mutamento marginale dell'assetto economico dell'accordo consenta, in presenza di avvenimenti sopravvenuti rispetto al momento della sua conclusione, una più coerente aderenza tra piano di interessi sottostante e contenuto⁴⁸⁶.

Attenta dottrina riconosce la funzione correttiva della buona fede analizzando il settore della rinegoziazione. In particolare, tale opinione individua l'obbligo di rinegoziare come regola generale del diritto contrattuale mediante una lettura sistematica della disciplina dei rapporti di durata, dal suo coordinamento con le varie norme speciali che prevedono la rinegoziazione, nonché da una interpretazione dell'intero diritto dei contratti alla luce dei doveri di rinegoziazione previsti dagli artt. 6.2.3. dei Principi Unidroit e 6:111 dei *Principles of European Contract law*. Sicché, tale dottrina ritiene che la rinegoziazione costituisca uno dei settori in cui le funzioni integrativa-correctiva della buona fede operano in sinergia, garantendo nel tempo la coerenza tra l'originario piano di interessi sottostante all'accordo e il contenuto formale⁴⁸⁷.

⁴⁸³ L. CORSARO, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto (studio preliminare)*, Perugia, 1979, p. 115, il quale ricollega direttamente l'istituto di cui all'art. 1447 al divieto dell'abuso del diritto.

⁴⁸⁴ In tal senso, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale, II, cit.*, p. 601 e 604.

⁴⁸⁵ Così, A. A. DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, II, p. 179 e ss., perviene alla conclusione per cui, solo arricchendo le norme di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. con l'art. 1460, comma II, c.c., sarebbe proponibile un uso in senso correttivo della buona fede.

⁴⁸⁶ A tale principio dovrebbe essersi ispirata, Cass., 7 marzo 2001, n. 3341, in *Foro it.*, 2001, I, c. 3667 e ss.; in *Contratti*, 2001, p. 995e ss., con nota L. ZAPPATA, *Eccezione di inesatto adempimento e denuncia dei vizi della cosa locata*. In tale pronuncia, la S. C., mutando il proprio precedente orientamento, secondo cui il ricorso all'eccezione di inadempimento è legittimo solo nel caso di totale mancanza della prestazione di controparte, estende il rimedio dell'art. 1460 cpv. alla *exceptio non rite adimpleti contractus*, affermando esplicitamente che tale disposizione va riferita «anche al caso in cui la controparte potrebbe aver già adempiuto la propria prestazione, ma in maniera inesatta», si veda, G. MERUZZI, *L'exceptio doli, cit.*, p. 248.

⁴⁸⁷ Si veda, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 147 e 343. Per una completa esposizione

8. Segue. Buona fede come limite «interno» agli atti di autonomia negoziale.

Prima di giungere alle conclusioni della ricerca svolta, si rende necessario illustrare la questione relativa al controllo degli atti di autonomia privata che la funzione integrativa (e *etero-correctiva*⁴⁸⁸) della buona fede e correttezza invoca.

Invero, si ripete, tale funzione impone obblighi ulteriori, diretti a tutelare gli interessi della controparte fino a ricomprendere non solo l'obbligo di non porre ostacoli, ma «anche a fare tutto ed esattamente quanto la comune valutazione sociale considera necessario porre in essere il comportamento esigibile» fino al limite del proprio sacrificio⁴⁸⁹, in ragione del principio fondamentale di solidarietà (art. 2 cost.) dalla quale origina dal stessa regola⁴⁹⁰.

In questo senso, la configurabilità delle istanze sociali costituisce «limite interno» che imprime una subordinazione funzionale alle sue esplicitazioni (la buona fede e correttezza, per esempio) e alle posizioni giuridiche, attive e passive, che ne scaturiscono⁴⁹¹.

La soluzione qui prospettata non è da unanimemente accolta, avuto particolare riguardo a coloro che sostengono che la giustizia contrattuale debba essere affidata alle logiche del mercato: le uniche, queste, idonee a regolare gli squilibri e ricomporre gli interessi delle parti⁴⁹². Di conseguenza, «tale canone generale non impone ai soggetti un comportamento a

⁴⁸⁸ G. ALPA, *La buona fede integrativa: note sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea* (Atti del convegno Internazionale di Studi in onore di A. Burdese, Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001), Padova, 2003, I, p. 158 e ss.; U. BRECCIA, *Causa e consideration*, in G. Vettori (a cura di), *Remedies in Contract – The Common Rules for a European Law, Persona e mercato*, Padova, 2008, p. 47, ove si afferma espressamente che le clausole generali hanno, oltre a una funzione «conformativa», una funzione «correctiva e invalidante, fino a governare direttamente la libertà contrattuale nei casi testualmente previsti dalla legge».

⁴⁸⁹ Così, precisamente, Cass., S.U., 2 novembre 1979, n. 5688, *cit.*

⁴⁹⁰ In tal senso, v. Cass. 18 luglio 1989, n. 3362, *cit.*; Cass. 9 marzo 1991, n. 2503, *cit.*; Cass. 13 gennaio 1993, n. 343, *cit.*; Cass. 20 aprile 1994, n. 3775, *cit.*; Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, *cit.*; Cass. 19 giugno 1997, n. 5481; Cass. 19 ottobre 1999, n. 11733, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, II, p. 314; Trib. Napoli 8 gennaio 1999, *ivi*, p. 315; Trib. Milano 11 marzo 1999, *ivi*, p. 319; Cass. 24 marzo 1999, n. 2788, in *Giur. it.*, 1999, p. 1802; per un esplicito richiamo all'art. 2 Cost., v. Cass., 13 gennaio 1993, n. 343, *cit.* e Cass. 20 aprile 1994, n. 3775, *cit.*; Cass. 22 maggio 1997, n. 4598, in *Giur. comm.*, 1998, II, p. 321; Cass. 5 novembre 1999, n. 12310, in *Foro pad.*, 2000, I, c. 351; Cass. 27 settembre 2001, n. 12093, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2324; Cass. 4 marzo 2003, n. 3185, *cit.*

⁴⁹¹ Per limitarsi ad alcune indicazioni che costituiscono momento di autorevolezza e di rappresentatività degli orientamenti, anche per approfondimenti giurisprudenziale: M. GIORGIANNI, *Le norme sull'affitto con canone in cereali. Controllo di costituzionalità o di «ragionevolezza»*, in *Giur. cost.*, 1962, I, p. 93 e ss.; P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Iustitia*, 196, p. 3 e ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, *cit.*, p. 240 e ss.; G. ALPA, *Introduzione nella nuova giurisprudenza*, in M. Bessone-G. Alpa (a cura di), *I contratti in generale*, I, Torino, 1991, p. 16 e ss.; L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 1 ss.

⁴⁹² M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Milano, 2015, p. 612 e ss., e più ampiamente, ID, *Trattato delle responsabilità civili*, Torino, 2011, p. 807, il quale indica quali limiti quelli desumibili dalla «logica interna (=mercantile)» e parla di «limite utilitario della causa mercantile». Nello stesso senso, M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale ed iniziativa economica (Profili ricostruttivi)*, II, Torino, 2013, p. 313 e ss.

contenuto prestabilito ma rileva soltanto come limite esterno all'esercizio di una pretesa, essendo finalizzato al contemperamento degli opposti interessi»⁴⁹³.

A sostegno di tale orientamento, seppur parlando, non di limite esterno, ma di *ratio* sistemica che procede dall'incrocio tra la logica simbolica della volontà e la logica funzionale del mercato e seppur diretto a spiegare improponibilità del controllo generalizzato dell'esercizio di potere di autonomia secondo il paradigma dell'abuso del diritto, si riporta quanto sostenuto da una dottrina⁴⁹⁴, considerato che il discorso si adatta perfettamente al controllo dell'esercizio del potere per mezzo della clausola della buona fede e correttezza. Tale dottrina spiega, con argomentazioni alquanto complesse, che la clausola generale⁴⁹⁵ alla quale viene attribuita funzione integrativo-correttiva verrebbe ad assumere un senso esclusivamente «*introverso*», cioè un senso che interpella il sistema giuridico dal suo interno e si commisura essenzialmente alla sua mera efficienza sistemica. In altre parole, strutturando in tal senso la clausola generale si crea un'ambiguità sulla stessa, giacché si privilegierebbe l'efficienza sistemica sulla funzionalizzazione dei poteri privati (a finalità social-politiche). Invero, si sostiene che la funzionalizzazione dei diritti corrisponde ad una logica politico-giuridica che imputa allo Stato/Collettività la determinazione di fini sostantivi della società (i.e. il “bene” da raggiungere, il “giusto” da perseguire, la “distribuzione delle risorse” da realizzare, ecc.) e che, perciò concepisce i poteri conferiti ai privati come strumenti che in tali fini sostantivi trovano non solo la ragione ma anche la loro misura. In questo quadro, allora, il paradigma dell'abuso costituisce lo strumento di un interventismo giudiziale destinato ad implementare istanze di carattere politico, etico, ecc. e comunque strumento di sovrapposizione di una «*logica eteronoma*» alle autonome determinazioni degli individui privati⁴⁹⁶. L'efficienza sistemica corrisponde invece ad una razionalità politico-giuridica meramente procedurale. Sicché, lo Stato/collettività rinuncia a determinare i fini della società e lascia ai privati la libertà perseguire i *fini individuali* che preferiscono. Ciò in ragione del fatto che solo attraverso il loro incondizionato perseguimento si perviene all'utile finale dell'intera collettività; logica, questa, secondo cui lo Stato/collettività si attribuisce solo il compito di conferire i poteri strumentali e di preordinare “procedure” nel rispetto delle quali ciascuno può ripromettersi il fine che crede. La sanzione, in caso di insuccesso del potere discrezionale, verrà affidata al mercato.

⁴⁹³ Così, espressamente, Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, (Caso Renault), *cit.* riportando esattamente l'*obiter dictum* pronunciato, in materia societaria proprio in tema di abuso della regola di maggioranza, in Cass. civ., 12 dicembre 2005, n. 27387, *cit.*, p. 345.

⁴⁹⁴ M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, *cit.*, p. 612.

⁴⁹⁵ Qui l'A., fa riferimento all'abuso del diritto, ma si ritiene a tal punto che l'argomentazione sia estendibile anche con riferimento alla clausola generale di buona fede e correttezza, v. M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, *cit.*, p. 612.

⁴⁹⁶ Letteralmente, in M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, *cit.*, p. 612.

I sostenitori di tale orientamento trovano conferma, sul piano costituzionale, nel dispositivo della «“riserva di legge” che puntualmente accompagna le clausole di socialità (ad es., degli artt. 41, 42, e 44 Cost.): ad essa corrisponde l’ordinaria immunità tanto dei poteri sull’uso della ricchezza che dell’equilibrio contrattuale convenuto dalle parti da qualsiasi giudizio che muova da istanze solidaristiche, le quali non abbiano trovato distinto e positivo riconoscimento nella “legge” (= art. 1341 comma 2, 1339, 1419 comma 2 e 2597 e discipline “speciali” dei contratti del consumatore e dei contratti di cd. subfornitura, ecc.) o da appelli etici che non si dissolvano nel (o innanzi al) “senso nucleare” dell’ordinamento (=positivamente incorporato nel sistema normativo)»⁴⁹⁷. Si sostiene, in generale, che la causa negoziale si dà ancora come causa mercantile e continua a rimanere cieca rispetto alle complessità relative all’equilibrio economico e normativo del contratto, che, piuttosto trovano ancora la loro sede nelle discipline del consenso e le loro soluzioni in un auspicabile loro intendimento evolutivo⁴⁹⁸.

In una diversa prospettiva, altra parte della dottrina considera il precetto di solidarietà sociale inespessivo di un parametro da cui si possa desumere la misura del sacrificio dell’interesse proprio che ciascun contraente, nella composizione negoziale, sia tenuto ad accettare per la salvaguardia dell’interesse estraneo ai contraenti o di quello della controparte. Di conseguenza, è impossibile comprendere a quali interessi ciascuno dei contraenti sia tenuto a subordinare il proprio interesse, o in che misura⁴⁹⁹. Per tale motivo si ritiene, quindi, corretta quell’opinione secondo cui i valori costituzionali «possono vincolare la libertà di contratto solo con la mediazione di legge e nella misura in cui sono specificati dalla disciplina legale degli atti di autonomia⁵⁰⁰.

In una logica assiologica e maggiormente conforme alla Costituzione, gli orientamenti esaminati non sembrano affatto convincenti.

Si ritiene, quindi, di convenire con quel diverso orientamento che considera la libertà negoziale uno dei principi fondamentali dell’ordinamento, in quanto diretta espressione della

⁴⁹⁷ Letteralmente in M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., p. 615 richiamando C. SALVI, *Abuso del diritto*, cit., p. 3; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, cit., p. 8-9; L. NIVARRA, *Un dibattito palermitano su illeciti atipici*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 1032 e ss.

⁴⁹⁸ M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., p. 615.

⁴⁹⁹ D’ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 235 e ss. Diversa osservazione, in P. G. MONATERI, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di comparative Law and Economics)*, in *Diritto privato*, 1997, III, L’abuso del diritto, Padova, 1998, p. 120, il quale rileva come, a volte, «i discorsi sulla socialità dei diritti [...] nascondono in realtà riallocazioni tra i privati, in cui un privato guadagna ingiustificatamente un vantaggio non compensato. La compressione senza compensazione del diritto di una delle parti private coinvolte sarebbe giustificata solo se si mostrasse un guadagno sociale diverso dal vantaggio perseguito dalla controparte».

⁵⁰⁰ L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 4; e v. R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, in P. Rescigno (diretto da), II, XX, Torino, 1995, p. 11; N. IRTI, *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 87. In tal senso, ma con argomentazione differente, v. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, III, in *Problemi e metodo civile*, Milano, 2003, p. 402 e ss.

libertà della persona. Tuttavia, riconosciutane la natura di principio fondamentale, questa deve essere collocata nella gerarchia dei valori espressamente designati dalla Costituzione che per definizione è orientata a declinare i diritti fondamentali in funzione della solidarietà sociale (art. 2 cost.). Sicché, l'obbligo di agire anche nell'interesse dell'altra parte e di salvaguardare gli stessi (che può esplicarsi nell'evitare di esercitare gli atti di autonomia negoziale con fine abusivo, ovvero di evitare di frapporre ostacoli alla realizzazione degli interessi, ovvero ancora nell'imporre obblighi positivi a tutela dell'altra parte) risulta perfettamente conforme ai dettami costituzionali. Soprattutto, tale obbligo di salvaguardia e libertà discendente dalla solidarietà sociale sarebbe anche pienamente rispettosa della libertà contrattuale, intesa correttamente come diritto della persona a collaborare con gli altri secondo le proprie scelte e non come diritto della parte più forte di sopraffare quella più debole. Ciò assume maggior rilevanza se si considera che tale disparità dovrebbe poter essere tutelata soprattutto in un rapporto societario, dove il contratto è strumento di realizzazione di scopi comuni.

Questo, tra l'altro, costituisce null'altro che una particolare espressione della regola basilare di ogni convivenza civile, secondo la quale la libertà di ognuno finisce là dove pregiudichi la libertà altrui⁵⁰¹.

Come è stato correttamente evidenziato, in tale ottica procedere all'equilibrio degli opposti interessi attraverso il parametro della buona fede non significa introdurre forme di dirigismo statalistico volte a correggere le disfunzioni del liberismo economico. Il contratto rimane determinato nel proprio contenuto secondo quanto le parti hanno autonomamente voluto, in coerenza con l'esigenza di favorire il pieno sviluppo di tutte le potenzialità positive di un mercato libero, trasparente e concorrenziale.

Si deve, dunque, concludere che la buona fede opera come limite «interno» rispetto agli atti di autonomia privata.

9. Osservazioni conclusive.

Dalla precedente ricostruzione, si è avuto modo di osservare che la buona fede si presenta quale precetto rivolto sia ai consociati, in quanto regola di comportamento, sia al giudice, in quanto modello di decisione⁵⁰².

⁵⁰¹ In tal senso, F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 345 e ss. che riprende l'insegnamento di C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., p. 32. Analogamente, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1991, p. 134 e ss. Secondo questo autore l'autonomia privata non è un valore di per sé, ma lo può essere se e in quanto risponda ad un interesse meritevole di tutela alla stregua dei principi costituzionali.

⁵⁰² In tal senso, M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1965, p. 340 ss.; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1966, p. 155. Già, G. MESSINA, *L'interpretazione dei contratti (1906)*, in *Scritti giuridici*, V, Milano, 1948, p. 169, riconosceva nelle

Si deve, quindi, rilevare che già per la sola considerazione che la regola di buona fede è «criterio di valutazione e di qualificazione di un comportamento»⁵⁰³, è indubbio che la regola in esame ricomprenda l'ambito di applicazione che si vorrebbe attribuire al divieto dell'abuso del diritto, quando si parla di esercizio del diritto (o libertà) con finalità diverse da quelle attribuite dall'ordinamento.

Per quanto riguarda, invece, il secondo profilo, la natura di modello decisionale è rappresentata dalla funzione di bilanciamento degli interessi delle parti. Si legge, infatti, anche nella pronuncia relativa al caso Renault, che «[...] il giudice, nel controllare ed interpretare l'atto di autonomia privata, deve operare ed interpretare l'atto anche in funzione del temperamento degli opposti interessi contrattuali». Nello stesso senso vanno le ulteriori affermazioni fatte, nella medesima occasione, quando nella motivazione si affronta il tema delle modalità del concreto esercizio. In particolare, la Corte, criticando l'argomentazione del giudice di merito, afferma che «Il problema è che la valutazione di un tale atto deve essere condotta in termini di “conflittualità”. [...] In concreto, avrebbe dovuto valutare – e tale esame spetta ora al giudice di rinvio – se il recesso *ad nutum* previsto dalle condizioni contrattuali, era stato attuato con modalità e per perseguire fini diversi ed ulteriori rispetto a quelli consentiti».

A fronte del percorso logico-argomentativo intrapreso nella presente indagine si ritiene legittimo, pertanto, domandarsi a cosa si dovrebbe alludere con il riferimento al termine «Consentiti». Tale riferimento non potrebbe allora che essere ricondotto al regolamento convenzionale, legale, integrativo che si applica alle parti, nel quale non può non essere ricompreso l'obbligo di buona fede.

Di conseguenza, le modalità e le finalità dell'esercizio del diritto devono essere consentite nei limiti del rispetto della clausola generale in esame, secondo i parametri in precedenza esaminati.

Se è corretta la scelta compiuta con riferimento alla buona fede quale limite «interno», si rende tuttavia necessario compiere alcune precisazioni.

La regola di buona fede, oltre che a creare la *regola iuris* del caso concreto⁵⁰⁴, sulla base delle circostanze e degli effetti che l'esercizio dei diritti esplicano nella specifica operazione

disposizioni dell'art. 1124 del codice del 1865 oltre che un precetto rivolto al giudice anche la struttura di una norma materiale, rivolta alle parti contraenti. Da ciò, è possibile dedurre il ridimensionamento della contrapposizione tra la concezione della buona fede quale fonte di regole che integrano il regolamento contrattuale e quella che assume a criterio di un giudizio in concreto a posteriori. A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Trattato di diritto privato*, M. Bessone (diretto da), XIII, *Il contratto in generale*, IV, Torino, 2004, p. 38.

⁵⁰³ Cass, 16 febbraio 1963, n. 357, in *Foro padano* 1964, I, p.1283.

⁵⁰⁴ Cass. 20 aprile 1994, n. 3774, *cit.*.

economica⁵⁰⁵, si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà che impone ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra parte, a prescindere tanto dagli specifici obblighi contrattuali quanto dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, trovando tale impegno solidaristico il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte, nella misura in cui non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico⁵⁰⁶.

In tal modo, per mezzo dell'impiego della regola della buona fede si finirebbe per giungere a una tutela di gran lunga maggiore rispetto gli atti di autonomia negoziale esercitati abusivamente perché, appunto, si imporrebbe l'obbligo di salvaguardare gli interessi della controparte. In altre parole, nell'esercizio degli atti di autonomia privata deve necessariamente tenersi conto degli interessi dell'altra parte, al punto che non si dovrebbe soltanto evitare di porre in essere ostacoli alla realizzazione dell'interesse dell'altro, ma si imporrebbero anche obblighi positivi, «di collaborazione»⁵⁰⁷.

Le considerazioni che precedono si mostrano utili in relazione alla disciplina del rapporto tra soci nell'ipotesi di esercizio *abusivo* delle prerogative a questi spettanti.

A seguito della ricostruzione effettuata nel primo capitolo, è emerso, oltre alla semplice constatazione che i diritti e le prerogative dei soci, in quanto discendenti da contratto (quello di società), devono essere esercitati nel rispetto della buona fede oggettiva quale regola precettiva di carattere generale⁵⁰⁸, che anche in ambito societario, in relazione all'abuso della regola di maggioranza o di minoranza, la giurisprudenza richiama la violazione della buona fede e correttezza. Ciò nonostante, ⁵⁰⁹gli stessi giudici costantemente considerano quale elemento

⁵⁰⁵ Rende chiaro il punto, di cui se ne riporta il contenuto, in L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., p. 175 e ss., la quale ravvede nella buona fede uno «strumento capace di fungere — in quella che è stata indicata come una valutazione di secondo grado, ma non per ciò meramente eventuale e sussidiaria — da correttivo dei rigori del *jus strictum* tramite una valutazione degli interessi, coinvolti nella singola vicenda, diversa da quella che conseguirebbe al puro e semplice accertamento della formale corrispondenza di un fatto e/o di un comportamento ad un'astratta previsione di legge e di consentire, pertanto, in un contesto la cui coloritura è offerta dai nuovi principi fondamentali dell'ordinamento (artt. 2, 3, 4, 32, 36 e 37 cost.; art. 41, comma 2, cost.; art. 42, comma 2, cost.) e dall'esigenza di socialità che in essi si esprime, quel contemperamento di opposti interessi che un miope impiego dello strumento normativo renderebbe inattuabile».

⁵⁰⁶ Cass., 4 maggio 2009, n. 10182.

⁵⁰⁷ Si ricorda, infatti, che la buona fede in senso oggettivo può essere utilizzata sia per sanzionare comportamenti scorretti, che per imporre comportamenti corretti, si v. A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, cit., p. 2. In tal senso, Cass., S.U., 2 novembre 1979, n. 5688, cit.; Cass., 8 febbraio 1999, n. 1078, cit.; Cass., 23 luglio 1997, n. 6900, cit.

⁵⁰⁸ «i soci devono eseguire il contratto secondo il principio di buona fede e correttezza nei loro rapporti reciproci, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c.», così Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, cit., 449 e ss.

⁵⁰⁹ Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, cit., 449 e ss. Richiamava l'orientamento espresso nella pronuncia appena indicata, Cass. civ., 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Il Foro it.*, 2006, 129, XII, p. 345, nella quale si affermava appunto che «Più specificamente, il principio di buona fede contrattuale e il conseguente principio di collaborazione che deve informare l'opera dei soci nell'organizzazione della società vengono considerati la base

imprescindibile a tal fine, la dimostrazione dell'intento soggettivo del socio a danneggiare gli interessi degli altri soci⁵¹⁰.

Alla stregua di quanto detto deve, invece, evidenziarsi in primo luogo che il giudice, in occasione di conflitti tra soci nel caso di esercizio di prerogative degli stessi che si assume *abusivo*, dovrebbe ricorrere al criterio di giudizio della buona fede e correttezza con le stesse modalità operative riscontrate in ambito civile, avuto particolare riguardo alla funzione integrativo-correttiva. In tal modo, è evidente che la condotta dei soci sarebbe sindacabile in considerazione degli interessi dell'altra parte, a prescindere che si tratti di maggioranza o minoranza, nell'esercizio delle prerogative, convenzionali o legali che siano, attribuite agli stessi.

In secondo luogo, l'esercizio delle prerogative attribuite ai soci sarebbe sindacabile non in virtù di abuso del diritto o di abuso della regola di maggioranza o minoranza, ma, in ogni caso, sarebbe il giudizio di buona fede a rappresentare il criterio alla luce del quale valutare la condotta degli interessati in ambito societario.

Da ciò consegue che non è necessario dimostrare alcun intento doloso del titolare del diritto. Il criterio di giudizio della buona fede oggettiva non presuppone la prova dell'intenzione di ledere gli interessi dell'altra parte⁵¹¹. In linea con quanto appena sostenuto, sembra propendere quanto affermato dai giudici di legittimità nella già menzionata sentenza del caso Renault,

per riconoscere la figura dell'abuso di potere, quale elemento invalidante delle deliberazioni assembleari finalizzate esclusivamente a favorire la maggioranza a danno della minoranza. Si può, quindi, affermare che il riconoscimento della figura dell'abuso di potere parte dal riconoscimento della società come contratto. I soci, con la costituzione della società, stipulano un contratto, essi, in quanto membri di una struttura organizzativa di matrice contrattuale, sono astretti a un vincolo derivante dalla causa del contratto sociale. Pertanto, i soci devono eseguire il contratto secondo il principio di buona fede e correttezza nei loro rapporti reciproci, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c.»⁵¹⁰ Cos, *ex multis*, Cass. civ., 12 dicembre 2005, n. 27387, *cit.*, p. 345: «Anche questa Corte ha avuto modo di osservare che la deliberazione di scioglimento di una società, che sia stata adottata dai soci nelle forme legali e con le maggioranze all'uopo prescritte, può essere invalidata, in difetto delle ragioni tipiche all'uopo previste (artt. 2377 e 2379 c.c.), sotto il profilo dell'abuso o eccesso di potere, quando risulti arbitrariamente o fraudolentemente preordinata dai soci maggioritari per perseguire interessi divergenti da quelli societari, ovvero per ledere i diritti del singolo partecipante (come nel caso in cui lo scioglimento sia indirizzato soltanto all'esclusione del socio), mentre, all'infuori di tali ipotesi, resta preclusa ogni possibilità di sindacato in sede giudiziaria sui motivi che hanno indotto la maggioranza alla suddetta decisione (vedi le sentenze nn. 4236/1983, 3628/1986, 4923/1995, 11151/1995, 9353/2003)».

⁵¹⁰ Cos, *ex multis*, Cass. civ., 12 dicembre 2005, n. 27387, *cit.*, p. 345: «Anche questa Corte ha avuto modo di osservare che la deliberazione di scioglimento di una società, che sia stata adottata dai soci nelle forme legali e con le maggioranze all'uopo prescritte, può essere invalidata, in difetto delle ragioni tipiche all'uopo previste (artt. 2377 e 2379 c.c.), sotto il profilo dell'abuso o eccesso di potere, quando risulti arbitrariamente o fraudolentemente preordinata dai soci maggioritari per perseguire interessi divergenti da quelli societari, ovvero per ledere i diritti del singolo partecipante (come nel caso in cui lo scioglimento sia indirizzato soltanto all'esclusione del socio), mentre, all'infuori di tali ipotesi, resta preclusa ogni possibilità di sindacato in sede giudiziaria sui motivi che hanno indotto la maggioranza alla suddetta decisione (vedi le sentenze nn. 4236/1983, 3628/1986, 4923/1995, 11151/1995, 9353/2003)».

⁵¹¹ Sulla estraneità della dimostrazione dell'intento soggettivo nell'impiego della clausola della buona fede oggettiva anche ai fini dell'*exceptio doli generalis*, si v. G. MERUZZI, *L'exceptio doli*, *cit.*, p. 272 e ss.

secondo i quali «la verifica giudiziale del carattere abusivo o meno del recesso⁵¹² deve essere più ampia e rigorosa e può prescindere dal dolo e dalla specifica intenzione di nuocere»⁵¹³.

⁵¹² E verrebbe, dunque, da aggiungere, di qualunque dell'esercizio di qualunque prerogativa attribuita dall'ordinamento.

⁵¹³ Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, *cit.*

BIBLIOGRAFIA

- ABRIANI N., *L'assemblea*, in *Le società per azioni*, in G. Cottino (a cura di), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2010, IV, I.
- ABBADESSA P., *La gestione dell'impresa nelle società per azioni. Profili organizzativi*, Milano, 1975, p. 103.
- ADDIS F., *L'abuso del diritto tra diritto civile e tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 2012, pp. 871-87.
- ADDIS F., *Sull'exkursus giurisprudenziale del «caso Renault»*, in *Obbl. Contr.*, 2012, IV, pp. 245-251.
- ALCHURRÓN C., BULYGIN E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1974, pp. 145 ss.
- ALCHURRÓN C., BULYGIN E., *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico* (1989), in C. ALCHURRÓN, E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 303-328.
- ALEXY R., *Individual Rights and Collective Goods*, in C. Nino (ed. by), *Rights*, Aldershot, Dartmouth, 1992.
- ALEXY R., *Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse*, in «*Ratio Juris*», 1992, pp. 143-152.
- ALEXY R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, (1986), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 173-185;
- ALPA G., *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e sui suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri*, in *Contratto e impresa*, 2015, 2, p. 249.
- ALPA G., *I principi generali*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1993, p. 411; Id., *I principi generali*, in G. ALPA, A. GUARNERI, P. G. MONATERI, G. PASCUZZI, R. SACCO, *Le fonti del diritto italiano. 2. Le fonti scritte e l'interpretazione*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1999, p. 383;
- ALPA G., *Introduzione nella nuova giurisprudenza*, in M. Bessone-G. Alpa (a cura di), *I contratti in generale*, I, Torino, 1991, p. 16 e ss.
- ALPA G., *La buona fede integrativa: note sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea* (Atti del convegno Internazionale di Studi in onore di A. Burdese, Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001), Padova, 2003, I, p. 158 e ss.
- ALPA G., *La riforma del diritto societario. Percorsi di lettura*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 217 e seg. e p. 226.
- ALPA G., *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 285.
- ALPA G., *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1971, II, pp. 287 e 293;
- ANGELICI C., *Note minime sull'« interesse sociale »*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, III, 2014, pag. 255 e seg.
- ANGELICI C., *Principi e problemi*, in A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni (già diretto da) e P. Schlesinger (continuato da), *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, Milano, 2012, p. 284.

- ASQUINI A., *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1959, p. 618 e seg.
- ASQUINI A., *La tutela delle minoranze nella società per azioni secondo il progetto italiano di riforma e la legge germanica del 1966*, in *Impresa e società*, Scritti in memoria di A. Graziani, I, Napoli, 1968, p. 45 e seg.
- ASTONE F., *L'abuso del diritto in materia contrattuale. Limiti e controlli all'esercizio dell'attività contrattuale*, in *L'abuso del diritto, nel processo e del processo*, in *Giur. merito*, XII, 2007.
- ATIENZA M., J. RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid, 2000, p. 45.
- BARASSI L., *La teoria generale dell'obbligazioni, I°: La Struttura; II°: Le Fonti; III°: L'Attuazione*, III, Milano, 1946, p. 8.
- BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni, III, L'attuazione*, Milano, 1948, p. 12;
- BARCELLONA M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvivenze*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 467 e ss.
- BARCELLONA M., *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Milano, 2015.
- BARCELLONA M., *Trattato delle responsabilità civile*, Torino, 2011, p. 807.
- BARCELLONA M., *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadrimestre*, 1988, pp. 549 s. e 554.
- BARCELLONA P., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1966, p. 155.
- BAYÓN J. C., *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico*, in «*Isonomía*», 2000, pp. 87-117 (spec. pp. 110-111)
- BAYÓN J. C., *Why Is Legal Reasoning Defeasible?*, in «*Diritto & Questioni Pubbliche*», consultabile su www.dirittoequestionipubbliche.org, 2/2002, p. 12.
- BASILAVECCHIA M., *Presupposti ed effetti della sanzionabilità dell'elusione*, in *Dir. prat. trib.*, 2012, I, p. 797;
- BEGHIN M., *Abuso del diritto, giustizia tributaria e certezza dei rapporti tra Fisco e contribuente*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, II, 412.
- BEGHIN M., *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, Padova, 2013, p. 2.
- BENATTI F., voce *Doveri di protezione*, in *Dig. IV ed.*, sez. civ., VII, Torino, 1992, p. 221 ss.;
- BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1965, p. 340 ss.;
- BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1941, p. 205 – 212.
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico, Ristampa corretta della II edizione*, Napoli, 1994, p. 42.
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 65
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, I, p. 94 e seg.
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., p. 92 e seg. (completa nota 114).
- BIANCA C. M., *Diritto civile. 6. La proprietà*, Milano, 1994, p. 196

- BIANCA C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205.
- BIANCA C.M., *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 55 e seg. e *passim*.
- BIGLIAZZI GERI L., *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., IV, 1988, p. 175;
- BOBBIO N., *Lacune del diritto*, 1963, in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, pp. 89-102;
- BOIZARD M., *L'abus de minorité*, in *Rev. soc.*, 1988, p. 374.
- BONELLI F., *Gli amministratori di s.p.a.: a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013.
- BORGIOI A., E S. MARIANI, *L'abuso di posizione dominante*, in *Diritto privato*, 1997, III, *L'abuso del diritto*, a cura di Furguele, Padova, 1998, p. 307.
- BRECCIA U., *Causa e consideration*, in G. Vettori (a cura di), *Remedies in Contract – The Common Rules for a European Law, Persona e mercato*, Padova, 2008, p. 47,
- BRECCIA U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 17 e ss.
- BRECCIA U., *L'abuso del diritto*, in *L'abuso del diritto, I quaderni di Diritto privato 1997*, a cura di M. Furguele, III, Padova, 1998, 5 ss.
- BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, G. Iudica e P. Zatti (a cura di) 1991, pp. 361-63.
- BRUGI B., *L'abuso del diritto nel progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti*, in *Studi in onore di Ascoli*, Messina, 1936, p. 79 e ss.
- BUONOCORE V., *L'impresa*, in V. Buonocore (diretto da), *Trattato diritto commerciale*, 2002, p. 603
- BUONOCORE V., *L'ostruzionismo degli azionisti nelle assemblee delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 294.
- BUONOCORE V., *Legittimazione all'intervento, discussione e disciplina pattizia dell'assemblea delle società per azioni: a proposito di una recente sentenza della cassazione*, in *Contratto e Impresa*, 1995, p. 1049.
- BUONOCORE V., *Legittimazione all'intervento, discussione, e disciplina pattizia del funzionamento dell'assemblea della società per azioni: a proposito di una recente sentenza della Cassazione*, in *Contratto e Impresa*, 1995, p. 1041 e seg.
- BUSNELLI F. D., NAVARRETTA E., *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, 1997, pp. 171-216.
- BUSNELLI F.D. - NAVARRETTA E., *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, Padova, 1997, nt. 72, p. 188.
- BUTTARO L., *Diritto commerciale – Lezioni introduttive*, Bari, 1995, p. 87 e seg.
- CALAMANDREI P., *L'ostruzionismo di maggioranza*, in *Il Ponte*, 1953, p. 129.
- CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale 2. Diritto delle società*, Campobasso (a cura di), 2006, p. 335.
- CANDIAN A., *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea delle società per azioni*, Milano, 1942, p. 113.

- CANDIAN A., *Nullità ed annullabilità di delibere di assemblea delle società per azioni*, Milano, 1961, p. 109;
- CARBONE V., *La regola di correttezza e buona fede: un esempio del diritto vivente*, in *Il corriere giuridico*, II, 2012, p. 153 e ss.
- CARINGELLA F. –DE MARZO G., *Manuale di diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2007, p. 88
- CARNELUTTI F., *Eccesso di potere nelle deliberazioni delle assemblee anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, p. 176.
- CAROTA L., *Società per azioni e convocazione dell'assemblea su richiesta della minoranza*, in *Contratto e impresa*, III, 1989, p. 849.
- CARTERON M., *Clause d'agrément et intérêt social*, in *Rev. des sociétés*, 1968, p. 261 e 264
- CASSOTTANA M., *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, Milano, 1991, p. 1
- CASTRONOVO C., voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, *ad vocem*.
- CATAUDELLA A., *L'uso abusivo dei principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, p. 747 e ss.
- CATAUDELLA A., voce *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 935;
- CATTANEO G., *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 636 e ss.
- CATTANEO G., *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 613 e ss., *spec.*
- CAVALLI G.- MARULLI M.- SILVETTI C., *Le società per azioni*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, Torino, II, 1996, p. 154.
- CELANO B., *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in S. Pozzolo (a cura di), *La legge e i diritti*, 2002, pp. 89-123.
- CELANO B., *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Torino, 1994, pp. 94-95.
- CERRAI A. – A. MAZZONI, *La tutela del socio e delle minoranze*, in *Riv. soc.*, 1993, p. 70 e seg. e p. 32 e se.
- CERRAI-MAZZONI, *La tutela del socio e della minoranza*, in *Riv. soc.*, 1993, p. 71 e seg.
- CHIANTIA A., *L'ostruzionismo nell'assemblea delle società per azioni*, Milano, 2000.
- CHIASSONI P., *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999, pp. 292-293.
- CHIASSONI P., *Lacune del diritto. Appunti per una tipologia realistica*, in L. Triolo (a cura di), *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Torino, 2001, pp. 23-71; P. CHIASSONI, *Finzioni giudiziali. Progetto di voce per un vademecum giuridico*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto*, 2001, Torino, 2002, pp. 71-94.
- CIPOLLINA S., *Elusione fiscale ed abuso del diritto: profili interni e comunitari*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1224
- CIRENEI M.T., *Conflitti di interessi*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, F. d'Alessandro (diretto da), I, I, Padova, 759, nota 14.

- CIVERRA E., *L'assemblea dei soci nelle società di capitali. Delibere e invalidità*, Milano, 2011, p. 161.
- COOTER R., U. MATTEI, P. G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999, p. 111;
- CORASANITI G., *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 2016, 2, p. 465 e ss.
- CORASANITI G., *Sul generale divieto di abuso del diritto nell'ordinamento tributario, nota a Cass., Sezioni Unite, 23 dicembre 2008, n. 30055, n. 30056, n. 30057*, in *Dir. prat. trib.*, 2009, p. 313.
- CORRADINI D., *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970, p. 420.
- CORSARO L., *L'abuso del contraente nella formazione del contratto (studio preliminare)*, Perugia, 1979, p. 115.
- COSTANZA M., *Brevi note per non abusare dell'abuso del diritto*, in *Giust. civ.*, 2001, I, pp. 2443-2444.
- COSTANZA M., *I poteri creativi del giudice svizzero*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, I, p. 179.
- COSTANZA M., *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989, p. 46.
- CRISCULO F., *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del giudice) di equità*, in *Riv. arbitrato*, 1999, I, p. 71.
- D'AMELIO M., *Abuso del diritto*, cit., p. 95; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 26;
- D'AMELIO M., *Abuso del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, Torino, 1957, pp. 95-96.
- D'AMICO G., «Regole di validità» e principi di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, p. 337.
- D'AMICO G., *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1992, p. 100 ss.
- D'AMICO G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, 1, p. 5.
- D'ANGELO A., *La buona fede*, in *Il contratto in generale*, IV, di M. Bessone (diretto da), Volume XIII, Torino, 2004, p. 67.
- D'ANGELO A., *La buona fede*, in *Trattato di diritto privato*, M. Bessone (diretto da), XIII, *Il contratto in generale*, IV, Torino, 2004, p. 38.
- D'AMICO G., *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *Contratti*, 2011, p. 653.
- DE GREGORIO A., *Delle società e delle associazioni commerciali (art. 76 a 250 cod. comm.)*, Torino, 1938, pp. 394-396.
- DE RETIS M. R., *Legittimazione dei soci ex art. 2409 c.c., e squeezouts of the minority*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 260.
- DE VITA A., *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea. Analisi comparata del diritto francese*, Milano, 1969, pp. 175-176.
- DEL FEDERICO L., *Elusione e illecito tributario*, in *Corr. trib.*, 2006, p. 3110.

- DELL'AQUILA E., *La correttezza nel diritto privato*, Milano, 1980, p. 16.
- DENOZZA F., *Clausole generali, interessi protetti e frammentazione del sistema*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, p. 25-51.
- DENOZZA F., *L'interesse sociale tra "coordinamento" e "cooperazione"*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2010.
- DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. del cod. civ.*, Scialoja e Branca, art. 1173-1176, Bologna-Roma, 1988, p. 290.
- DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Francesco Galgano (a cura di), 1988, p. 387.
- DI MAJO A., *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967.
- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti, III*, in *Problemi e metodo civile*, Milano, 2003, p. 402 e ss.
- DI MAJO A., *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 34.
- DI MAJO A., *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 23.
- DI MARZIO F., *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 685 e ss.
- DI SABATO F., *Il principio di correttezza nei rapporti societari*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gianfranco Campobasso*, Abbadessa-Portale (diretto da), Torino, 2007, I, p. 133 e seg.
- DICIOTTI E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, p. 380.
- DOLMETTA A. A., *Exceptio doli generalis*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, II, p. 179 e ss.
- DOSSETTI M., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, cc.1573-1590.
- ESSER J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen Rechtlicher Entscheidungspraxis (Frankfurt am Main)*, 1972, trad. it. S. PATTI, G. ZACCARIA, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, intr. di P. Rescigno, Napoli, 1983, p. 134.
- ESSER, § 242 BGB *und die Privatautonomie*, in *Juristenzeitung*, 1956, p. 557;
- F. GALGANO, *Il contratto*, 2011, Padova, p. 581 e ss.
- FALSITTA G., *Corso istituzionale di diritto tributario*, Padova, 2014, p. 86.
- FALSITTA G., *L'interpretazione antielusiva della norma tributaria come clausola generale immanente al sistema e direttamente ricavabile dai principi costituzionali*, in *Corr. giur.* 2009, p. 299.
- FALSITTA G., *Natura delle disposizioni concernenti "norme per l'interpretazione di norme" e l'art. 37-bis sull'interpretazione analogica o antielusiva*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, I, p. 519.
- FERLAZZO NATOLI, *Fattispecie tributaria e capacità contributiva*, Milano, 1979
- FERRARA F. JR- COSTI F., *Imprenditori e società*, Milano, 1987, p. 468.
- FERRARA F. JR.- CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2001, p. 486- 487.
- FERRARA JR – COSTI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006, p. 542.

- FERRI G. B., *Causa e nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, pp. 64 e ss.;
- FERRI G. JR., *Il «rinvio» dell'assemblea*, in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 704;
- FERRI G., *Diritto agli utili e diritto al dividendo*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 412 e seg.
- FERRI G., *Eccesso di potere e tutela delle minoranze*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, p. 737.
- FERRI G., *Le società*, F. Vassalli (fondato da), in *Trattato di diritto civile*, Torino, 1987, p. 600 e seg.
- FERRI G., *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, F. Vassalli (fondato da), Torino, 1985, p. 591.
- FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, C. Angelici – G.B. Ferri (a cura di), Milano, 2015.
- FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, C. Angelici e G. Ferri (a cura di), Milano, 2015, p. 303.
- FERRI P.-LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge e all'atto costitutivo*, Milano, 1993, p. 174.
- FICARI V., *Spigolature tributarie sulla rilevanza sanzionatoria della condotta elusiva e abusiva*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, I, p. 1117.
- FIorentINO, *Gli organi delle società di capitali*, Napoli, 1950, pag. 30, spec. nt. 46.
- FOSCHINI M., *Il diritto dell'azionista all'informazione*, Milano, 1959, p. 222 e seg.
- FRANZONI M., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 88.
- FRANZONI M., *Degli effetti del contratto*, II, *cit.*, p. 286;
- FRÉ G., *Società per azioni*, art. 2325-2451, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1972, sub. Art. 2368, p. 320.
- FRISOLI G., *La clausola generale della buona fede in ambito societario*, in *Giur. comm.*, I, 2007, p. 85.
- GADAMER H.G., *Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tubinga, 1960, trad. it. *Verità e metodo*, Milano, 1972, p. 316 s.
- GALGANO F., *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali*, in *Contratto e Impresa*, I, 1996, p. 7.
- GALGANO F., *Dir. civ. e comm.*, III, 2, Padova, p. 227.
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, II, Le obbligazioni e i contratti, I, Obbligazioni in generale. *Contratti in generale*, Padova, 1999.
- GALGANO F., *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 1988.
- GALGANO F., *Le società per azioni, Principi generali*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1996, sub art. 2325.
- GALGANO F., *Le società per azioni. Principi generali*, sub art. 2325, in *Commentario Schlesinger* (diretto da), 1996 p. 106.
- GALGANO F., *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contratto e Impr.*, 2011, II, p. 311.

- GALLO F., *Brevi considerazioni sulla definizione di abuso del diritto e sul nuovo regime del c.d. adempimento collaborativo*, in *Dir. prat. trib.*, 2014, VI, p. 947.
- GALLO F., *Rilevanza penale dell'elusione*, in *Rass. trib.*, 2001, p. 321.
- GALOPPINI A., *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 11411 e ss.
- GALOPPINI A., *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 1401
- GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995, p. 495.
- GAMBINO A., *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni (abuso di potere nel procedimento assembleare)*, Milano, 1987, p. 17.
- GAMBINO A., *Nuove prospettive del conflitto di interessi assembleare nella società per azioni*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, p. 337.
- GAMBINO A., *Tutela delle minoranze*, in *La riforma delle società quotate, Atti del convegno di studi di S. Margherita Ligure*, Milano, 1998, p. 135 e seg.
- GAMBINO F., *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, p. 150.
- GAZZONI F., *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 286 e ss.
- GENTILI A., *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, in *IANUS*, 2009, I, 11 e ss.
- GIAMPICCOLO G., *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 77 e ss.
- GIARDINA E., *Le basi teoriche del principio di capacità contributiva*, Milano, 1961
- GIORGIANNI M., *Le norme sull'affitto con canone in cereali. Controllo di costituzionalità o di «ragionevolezza»*, in *Giur. cost.*, 1962, I, p. 93 e ss.
- GIORGIANNI M., *Lezioni di diritto civile contenute nell'anno accademico 1953-1954*, Catania, 1954, p. 242.
- GIORGIANNI V., *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963.
- GLOOR C., *Der treuegedanke im Recht der Handelsgesellschaften*, _____, pag. 117 e seg.
- GRAZIADEI M., *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarneri, U. Mattei, P. G. Monateri, R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, p. 37.
- GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1955, p. 172;
- GRECO P., *Le società nel sistema legislativo italiano: lineamenti generali*, Torino, 1959, p. 242 e 244.
- GRIPPO G., *L'assemblea*, in *Tratt. Rescigno*, XVI, Torino, 1985, p. 375.
- GROSSO G., *Abuso del diritto (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958, pp. 161-163.
- GROSSO G., *Abuso del diritto (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958, pp. 161-163.
- GUASTINI R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, pp. 244-245.
- GUERRERA F., *La responsabilità deliberativa nelle società di capitali*, Torino, 2004, p. 180.

- HARE R., *The Language of Morals*, Clarendon, Oxford, 1952, pp. 124-125, trad. it. *Il linguaggio della morale*, Ubaldini, Roma, 1968.
- INGRAO G., *L'evoluzione dell'abuso del diritto in materia tributaria: un approdo con più luci che ombre*, in *Dir. prat. trib.*, 2016, IV, p. 1344 e ss.
- IRTI N., voce *Rilevanza giuridica*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 1098e ss.;
- JAEGER P.G., *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Riv. giur. comm.*, 1996, II, p. 329
- JAEGER P.G., *Il regolamento assembleare della Banca Popolare di Novara*, in *Giur. comm.*, 1989, I, p. 191 e seg.
- JAEGER P.G., *L'interesse sociale*, Milano, 1964, p. 207.
- JAEGER P.G., *L'interesse sociale*, Milano, 1972.
- JANKE M., *Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht*, Frankfurt am Main, 2003, spec. p. 47 e seg.
- JOSSERAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, 1939, p. 25 e 366.
- KELSEN H., RECHTSLEHRE R., *Leipzig und Wien*, 1934, trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di R. Treves, Torino 1952, pp. 125-127
- KELSEN H., RECHTSLEHRE R., *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, trad. it. *La dottrina pura del diritto*, a cura di M. Losano, Torino, 1966, 1990, p. 280.
- LARENZ K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1979, p. 411.
- LERNER R., *Provvedimenti d'urgenza e società per azioni*, in *Riv. dir. comm.* II, 1985, p. 625.
- LERNER R., TUCCI A., *Società per azioni. L'assemblea*, in *Trattato di diritto commerciale*, V. Buonocore (fondato da), R. Costi (diretto da), Sez. IV, 4 V, Torino, 2012, p. 101.
- LETTIERI N. - MARINI G. - MERONE G., *L'abuso del diritto nel dialogo tra corti nazionali ed internazionali*, Napoli, 2014.
- LETTIERI N., G. MARINI, G. MERONE, *L'abuso del diritto tra corti nazionali ed internazionali*, Napoli, 2014, p. 82 e ss.
- LEVI A., *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti del diritto soggettivo*, Genova, 1912.
- LEVI A., *Sul concetto di buona fede: appunti intorno ai limiti etici del diritto soggettivo*, Genova, Angelo Fortunato Formiggini, 1912, p. 103.
- LUTTER M., *Theorie der Mitgliedschaft*, in *Archiv. F.d. civ. Praxis*, 180, 1980, p. 103
- LUZZATI C., *Luzzati, La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, p. 321.
- MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 147.
- MACCORMICK N., *Universalisation and Induction in Law*, in C. Faralli, E. Pattaro (eds.), *Reason in Law*, I, Milano, 1987, pp. 91-105.
- MAISANO A., *L'eccesso di potere nelle deliberazioni di società per azioni*, Milano, 1968.

- MANZONI I., *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1965
- MARTINES M.P., L'abuso di minoranza nelle società di capitali in *Contratto e impresa*, 1997, p. 1190.
- MARTINES M.P., *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006, p. 3359.
- MARTINES M.P., *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006, p. 103.
- MATTEI U., *La proprietà*, Torino, 2001, p. 260-261.
- MENGGONI L., *Appunti per una revisione della teoria del conflitto d'interessi nelle deliberazioni di assemblea di una società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, p. 434 e seg., p. 453 e 454.
- MENGGONI L., *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, p. 460 e seg.
- MENGGONI L., *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 4;
- MENGGONI L., *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 1 ss.
- MENGGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in «*Rivista critica del diritto privato*», 1986, pp. 5 ss.
- MENGGONI L., *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica, Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. 67.
- MENGGONI L., *A proposito della teoria generale dell'interpretazione di E. Betti, L'ermeneutica giuridica in Emilio Betti*, a cura di V. Frosini, F. Riccobono, Milano, 1994, p. 153 s. e ora in *Scritti. I. Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo A. Albanese A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 2 17 e ss.
- MERUZZI G., *Exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, p. 356.
- MERUZZI G., *Il fondamento sistematico dell'exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione*, in *Contr. evimpr.*, 2007, p. 1379.
- MERUZZI G., *L'Exceptio doli, dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, p. 400.
- MERUZZI G., *L'informativa endosocietaria nella società per azioni*, in *Contratto e Impr.*, 2010, III, p. 737.
- MESSINA G., *L'interpretazione dei contratti (1906)*, in *Scritti giuridici*, V, Milano, 1948, p. 169
- MESSINEO F., *Impugnativa di delibera di fusione e interesse dei singoli soci*, in *Riv. soc.*, 1957, p. 244.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1952, II, I, p. 250.
- MESSINETTI D., *Abuso del diritto*, in *Enc. del diritto*, Aggiorn. II, Milano, 1998, 1 ss.
- MICCINESI M., *Riflessioni sull'abuso del diritto*, in Miccinesi, M., Allena, M., Logozzo, M. (ed.), *Studi in onore di Enrico De Mita*, Napoli, 2013, p. 595.
- MICCINESI M., *Riflessioni sull'abuso del diritto*, in *Studi in onore di Enrico De Mita*, Napoli, 2012, p. 599.
- MIGNOLI A.- NOBILI R., voce *Assemblea di società*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 392.
- MIGNOLI A., *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 725
- MINERVINI G., *Sulla tutela dell'«interesse sociale»*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, p. 330.

- MONATERI P.G., *Diritto soggettivo*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sez. civile, IV, Torino, 1990, p. 420;
- MONTAGNANI C., *Società di capitali*, *Commentario*, G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres (a cura di), Napoli, 2004, p. 513.
- MORESO J. J., *En defensa del positivismo jurídico inclusivo*, in P. NAVARRO, M. C. REDONDO (COMP.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, 2002, pp. 93-116.
- MORESO J. J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 1997, pp. 176-180
- MOSCATI E., *Osservazioni in tema di buona fede in senso oggettivo nel diritto privato italiano*, in *Gli allievi romani in memoria di Francesco Calasso*, Roma, 1967, p. 255.
- MOSCHETTI F., *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973
- MOSCO G.D., *S.P.A: Nuovi modelli di amministrazione e controllo e ruolo dell'assemblea*, in Benazzio-Presti-Patriarca (a cura di), *Nuovo diritto societario fra società aperte e private*, Milano, 2003.
- MÜLLER R.-ERZBACH, *Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines Kausalen Rechtsdenkens*, Weimar, 1948, p. 55 e seg.
- MÜLLER-ERZBACH, *L'abuso del diritto secondo la dottrina giuridica teleologica*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 89, nota 2.
- NANNI L., *La buona fede contrattuale*, in Galgano F. (diretto da), *I grandi orientamenti di giurisprudenza civile e commerciale*, Padova, 1988, p. 343, 600.
- NANNI L., *La buona fede contrattuale*, in *I grandi orientamenti di giurisprudenza civile e commerciale*, (diretta da) F. Galgano, Padova, 1988, p. 599 e ss.
- NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Cicu e Messineo, II, Milano, 1974, p. 6. 7
- NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, p. 27.
- NAVARRETTA E., *Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1998, pp. 625 ss.
- NAVARRETTA E., *Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema attuale delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 780.
- NAVARRETTA E., *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, pp. 185 ss.
- NAVARRETTA E., *Il danno non iure e l'abuso del diritto*, *Diritto civile*, N. Lipari, P. Rescigno (diretto da), A. Zoppini (coordinato da), IV, *L'attuazione dei diritti*, III, *La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, p. 261.
- NIVARRA L., *Un dibattito palermitano su illeciti atipici*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, p. 1019.
- NIVARRA L., *Un dibattito palermitano su illeciti atipici*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 1032 e ss.
- NUZZO A., *L'abuso della minoranza. Potere, responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, Torino, 2003, p. 24.
- OPPO G., *La tutela dell'azionista nel progetto di riforma*, in *Riv. soc.*, 1966, p. 1240

OPPO G., *Sui principi generali del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 488.

p. 64

PALMIERI A., M. CAPUTI, *Distanza delle costruzioni dalle vedute: misure fisse o modello variabile?*, in «*Foro italiano*», 2000, I, p. 353.

PANDIMIGLIO M., *L'abuso del diritto nei trattati di Nizza e Lisbona fonte*, in *Contr. e Impr.*, 2011, IV - V, p. 1076.

PANZANI L., *La dimensione internazionale dell'insolvenza e profili societari*, negli atti del convegno su *Il diritto e le discipline economiche*, Torino, 8 maggio 2014, ora in *Nuovo dir. soc.*, 2014.

PANZANI L., *Abuso del diritto. Profili di diritto comparato con particolare riferimento alla disciplina dell'insolvenza transfrontaliera*, in *Giust. civ.*, 2014, 3, p. 693 ss.; H. EIDENMULLER, *Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law*, in <http://ssrn.com>.

PASQUARIELLO C., *Il nuovo diritto delle società*, A. Maffei Alberti, I, (a cura di) Padova, 2005, p. 498.

PASQUARIELLO C., *Il principio di correttezza applicato alle delibere assembleari: l'abuso della regola di maggioranza al vaglio dei giudici*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 129.

PATTI S., *Abuso del diritto*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sez. civile, I, Torino, 1987, pp. 1-9.

PATTI S., *Esercizio del diritto*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sez. civile*, VII, Torino, 199.

PATTI S., *Profili di tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, p. 84 e 152 e ss.

PELLIZZI G.L., *Exceptio doli (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, 1960, p. 1075.

PERFETTI U., *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, p. 67.

PERLINGIERI G., *Profili dell'abuso tributario. L'inopponibilità delle condotte elusive*, Napoli, 2012.

PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1991, p.134.

PERLINGIERI P., *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1971, p. 200.

PINO G., *Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica. Alcune riflessioni*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, I, 1998, pp. 84-126.

PINTORE A., *Il diritto senza verità*, Milano, 1996, cap. IV.

PIRAINO F., *Il divieto dell'abuso dl diritto*, in *Europa e diritto privato*, I, 2013, p. 133 e ss.

PISANI MASSAMORMILE, *Minoranze, abusi e rimedi*, Torino, 2004, p. 28 e 143; S. RUSSO, *Mancata approvazione del bilancio e abuso del diritto di voto nelle società paritetiche*, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 200.

PORTALE G. B., «*Minoranze di blocco*» e abuso del diritto del voto nell'esperienza europea: *dalla tutela risarcitoria al «gouvernement des juges»?*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 153 e seg.

PORTALE G.B., *Dell'opposizione alla proroga di "impresa comune": abus d'égalité o libertà di iniziativa economica?*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 550.

- PREITE D., *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*. Assemblea, G. E. Colombo e Portale (diretto da), Torino, 1993, II, p. 74 e seg.
- PREITE D., *L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, Milano, 1992, p. 85.
- PROSPERI F., *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, in *Consumatori Oggi*, M. Bessone – P. Perlingieri, Napoli, 2002.
- PROSPERI F., *L'abuso del diritto nella fiscalità vista da un civilista*, in *Dir. prat. trib.*, 2012, IV, p. 722.
- PROSPERI F., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 667;
- PROSPERI F., *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contr. e Impr.*, 2008, IV-V, p. 936.
- RANIERI F., *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 317 e ss.
- RANIERI F., *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, in *RTDPC*, 1972, p. 1216.
- RANIERI V., *Norma scritta e prassi giurisprudenziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, *RTPC*, 1972, p. 1216 ss.
- RESCIGNO P., *"Forme" singolari di esercizio dell'autonomia collettiva (i concessionari italiani della Renault)*, in *Contratto e Impr.*, 2011, III, p. 589.
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205 ss.; *L'abuso di diritto*, Bologna, 1998.
- RESCIGNO P., *L'autonomia dei privati*, in *Iustitia*, 1967, p. 3 e ss..
- RESCIO G.A., *Assemblea dei soci. Patti parasociali*, in AA. VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2005, p. 197.
- RESTIVO C., *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in S. Pagliantini (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, p. 123 e ss.
- RICCOBONO S., voce *Aemulatio*, in *Nuovo dig. it.*, I, p. 209.
- RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1949, p. 159 ss.
- ROBLES M., *Abuso del diritto, e dinamiche sanzionatorie nella prospettiva costituzionale*; in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 770.
- RODOTÀ S., *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1965, I, p. 149.
- RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, pp. 96-106.
- RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, pp. 100-101;
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, p. 130
- RODRIGUEZ J. L., *Axiological Gaps and Normative Relevance*, in *ARSP*, 2000, pp. 151-167.

- ROMANO G. - PAVONI, *Le deliberazioni delle assemblee delle società*, Milano, 1951, p. 287 e seg.
- ROMANO S., «*Abuso del diritto (dir. att.)*», in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 166.
- ROMANO S., *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958, pp. 166-170;
- ROMEO C., *Il commento a Cass.*, 7 marzo 2007, n. 5273, in *I contratti*, 2007, p. 982.
- RORDORF R., *I poteri degli azionisti di minoranza nel testo unico sui mercati finanziari*, in *Scritti di diritto societario in onore di V. Salafia*, Milano, 1998, p. 169 e seg.
- RORDORF R., *I poteri degli azionisti di minoranza nel Testo unico sui mercati finanziari*, in *Scritti di diritto societario in onore di Vincenzo Salafia*, Milano, 1998, p. 141 e seg.
- RORDORF R., *L'abuso di potere della minoranza*, in *Le società*, 1999, p. 809 e seg.
- RORDORF R., *Minoranza di blocco ed abuso di potere nelle deliberazioni assembleari di S.p.A.*, in *Corriere Giur.*, 2007, X, p. 1443
- ROSS MEYER L., *Unruly Rights*, in «*Cardozo Law Review*», vol. 22, 2000, pp. 1-50.
- ROSSI S., *Diritto di discussione del socio e derogabilità del metodo assembleare*, in *Giur. comm.*, 2004, II, p. 274.
- ROTONDI M., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, p. 104 e ss.
- ROVELLI L., *Autonomia statutaria, contrattualizzazione e ruolo delle clausole generali*, in *Riv. dir. imp.*, 2004, I, p. 5.
- RUGGIERO C., *La tutela delle minoranze nella S.r.l.*, Paolo Cendon (a cura di), in *Il diritto privato oggi*, Milano, 2014.
- RUSSO P., *Brevi note in tema di disposizioni antielusive*, in *Rass. trib.*, 1999, p. 74.
- SACCO R.- DE NOVA G., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, in P. Rescigno (diretto da), II, XX, Torino, 1995, p. 11; N. IRTI, *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 87.
- SACCO R., *Abuso del diritto*, in *Digesto disc. priv.*, sez. civ., VII agg., Torino, 2012.
- SACCO R., *Cos'è la buona fede oggettiva?*, in *Aa Vv. Il Principio di buona fede, Quaderni della Scuola di Studi Universitari e di Perfezionamento, Scienze Giuridiche, economiche e politiche*, III, Milano, 1987, p. 48.
- SACCO R., *Introduzione al diritto comparato*, V ed., 1992, p. 239 e ss.
- SACCO R., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in G. Alpa - M. Graziadei - A. Guarneri - U. Mattei - P.G. Monateri - R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, 373.
- SACCO R., *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949, p. 17 e ss;
- SALVI C., *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, p. 1.
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, cit. p. 76 e ss.
- SANTORO-PASSARELLI, *Dottrina generale del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 76 e ss.
- SCHIAVELLO A., *Su "congruenza" e "diritto": un'analisi comparata di modelli diversi*, in *Ragion pratica*, 1997, 9, pp. 197-216.

- SCHILLING H., *L'evoluzione del diritto delle società nel dopoguerra in Germania*, in *Riv. soc.*, 1957, p. 177.
- SCHLEGELBERGER- QUASSOWSKI, *Aktiengesetz*, II ed., Berlino, 1937, § 1, p. 103-105;
- SCHMIDT D., *Les de la minorité dans la société anonyme* (Paris 1970), p. 155.
- SCHMIDT, § 242 BGB, in *Staudingers Kommentar zum B.G.B.*, II, XII ed., Berlino, 1981, n. 94 e seg., p. 49.
- SCIALOJA V., *Aemulatio*, ora in *Studi giuridici*, III: *Diritto privato*, Roma, 1932, p. 216, ss. e, nello stesso volume, *Degli atti di emulazione nell'esercizio dei diritti*, p. 194 e ss.;
- SCIALOJA V., *Il «non uso» è «abuso» del diritto soggettivo?*, in *Foro it.*, 1961, I, 1, p. 256.
- SCIALOJA V., *L'ostruzionismo nelle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, I, p. 473.
- SCOGNAMIGLIO C., *L'abuso del diritto*, in *Contratti*, 2012, 1, p. 5 e ss.
- SCONAMIGLIO C., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 377.
- SERHEL H.T.- TEICHMAN A., *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2, *Suldrrecht*, I, Stuttgart – Berlin – Köln, 1990, p. 12.;
- SERRA A., *Il procedimento assembleare*, in A.A.V.V., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, 37 e seg.
- SERRA A., *L'assemblea: procedimento*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo -Portale, Torino, 1994, III p.52.
- SIMMONDS N.E., *Rights at the Cutting Edge*, in M. Kramer, N. E. Simmonds, H. Steiner, *A Debate over Rights. Philosophical Enquiries*, Clarendon, Oxford, 1998, p. 145.
- SIMONETTI H., *Abuso del diritto di voto e regola di buona fede nelle società nelle società di capitali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 479 e seg.
- SIMONETTI H., *Abuso del diritto di voto e regola di buona fede nelle società di capitali*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2000, 4, p. 20479.
- SIMONT L., *Réflexion sur l'abus de minorité*, in *Liber amicorum Jan Ronse* (Buxelles 1986), p. 325 e 329.
- SOLARI G., *La scuola del diritto naturale nelle dottrine etico-giuridiche dei secoli XVII e XVIII*, Torino, 1904, p. 49 e ss.
- SOMMA A., *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 296.
- SRAFFA A., *L'ostruzionismo nelle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, p. 84 e seg.
- SRAFFA A., *Postilla alla lettera di Scialoja*, *ivi*, 1906, p. 476 e seg..
- STABILINI A., *L'abuso della regola di maggioranza nelle società di capitali*, in *Le società*, 2011, VII, p. 842.
- STEVANATO D., *Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche*, in *Dir. prat. trib.*, 2015, I, p. 712
- ASCARELLI T., *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1951, p. 1145.
- ASCARELLI T., *Studi in tema di società*, Milano, 1952, p. 150.

- ASCARELLI T., *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 189 e 190;
- TARUFFARO M., *Elementi per una definizione di «abuso del processo»*, in *Diritto privato*, 1997, pp. 435-437.
- TARUFFO M., *Elementi per una definizione di «abuso del processo»*, in *«Diritto privato»*, 1997, p. 442.
- TARUFFO M., *La motivazione delle decisioni fondate su standards* (1988), in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, Torino, 1989, pp. 311-344.
- TARUFFO M., *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *«Rivista trimestrale di diritto e procedura civile»*, 2001, pp. 665-695.
- TERRUSI F., *L'invalidità delle delibere assembleari della Spa*, in Paolo Cedon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2007, p. 17.
- TESAURO F., *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano*, in *Dir. e prat. trib.*, 2012, IV, p. 683 ss.
- TESAURO F., *La motivazione degli atti di accertamento antielusivi ed i suoi riflessi processuali*, in *Corr. trib.*, 2009, p. 3437.
- TETI R., *L'eccesso di potere quale causa di invalidità delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Riv. not.*, 1972, p. 270 e seg.;
- TORRENTE A., *Emulazione (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VI, Torino, 1975, pp. 521-526.
- TRIMARCHI P., *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958, p. 171.
- UDA G.M., *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, p. 321 e ss.
- VASELLI M., *Deliberazioni nulle ed annullabili delle s.p.a.*, Padova, 1948, p.
- VELLUZZI V., *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002, pp. 129-133.
- VILLA V., *Legal Theory and Value Judgments*, in *Law and Philosophy*, 1997, pp. 447-477.
- VINCENZO C., *La regola di correttezza e buona fede: un esempio del diritto vivente*, in *Corriere Giur.*, 2012, II, p. 153.
- VITUCCI P., *Conditio est in obligatione: ex lege*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 23.
- WEBER W., *Treu und Glauben, § 242 BGB*, in *Staudingers Kommentar zum BGB11*, Berlin, 1961.
- WEBER, *§ 242 BGB* _____, p. 47 e seg.;
- WEIGMANN R., voce *Società per azioni*, in *Digesto disc. priv., sez. comm*, XIV, p. 388.
- WHITTAKER S. –ZIMMERMANN R., *Good faith in European contract law: surveying the legal landscape*, Cambridge University Press, 2000, p. 24.
- WIEDEMANN H., in *JZ*, 1989, p. 447;
- WIELAND K., *Handelsrecht*, I, MUnchen-Leipzig, 1921, p. 389.
- WRÓBLEWSKI J., *The Judicial Application of Law*, edited by Z. Bankowski and N. MacCormick, Kluwer, Dordrecht, 1992, cap. XIV,

ZIZZO G., *La nuova nozione di abuso del diritto e le raccomandazioni della Commissione europea*, in *Corr. trib.*, 2015, p. 4583.

ZUNARELLI S., *L'organizzazione dell'assemblea nella prassi statutaria delle piccole e medie società di capitali*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1981, p. 202 e seg.