

L'ABUSO DEL DIRITTO

L'abuso del diritto (etimologicamente *ab uti* = uso *anormale* del diritto) si verifica allorché il titolare non lo esercita correttamente ma cerca di approfittare della posizione di vantaggio ai danni di altri soggetti, esigendo prestazioni esagerate o arbitrarie, con profili di eccesso o emulazione.

In effetti, concretizza un'attività che, apparentemente conforme al diritto, contrasta con le finalità o con gli scopi etici e sociali che la Costituzione, i principi generali e le leggi proteggono: sostanzialmente un eccesso di potere - rapportato dal diritto amministrativo ad un concetto civilistico - nell'esercizio di un diritto previsto *ex lege* (in genere, non riferibile all'*an* delle pretese ma al *quomodo* come discrasia fra un diritto riconosciuto e le modalità di esercizio dello stesso).

Il fenomeno può ravvisarsi tutte le volte che ad una attività - che si presenti come formalmente corrispondente al contenuto di un diritto - non si accompagni la conformità sostanziale dell'atto secondo le finalità del diritto i cui confini maliziosamente vengono estesi *ultra vires*: comportamento che costituisce, senza dubbio, un illecito (*aquiliano o contrattuale*).

Nel nostro ordinamento l'abuso del diritto non è stato previsto né come norma perfetta né, tantomeno, come norma imperfetta (priva, cioè, della sola sanzione): per la verità, nel progetto preliminare al Codice Civile del 1942 - dopo ampio dibattito - era stato previsto: "nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato conferito" ma tale previsione non è stata positivizzata.

Questa lacuna del Legislatore del 1942 (in altre legislazioni europee = ad es.: Svizzera e Germania, vi era specifica previsione codicistica) presumibilmente è dovuta alle seguenti considerazioni:

- a) L'eccessiva preoccupazione della *certezza del diritto* precludeva al Legislatore la previsione di una norma generale talmente ampia da attribuire al Giudice un potere eccessivo (che, poi, con il riconoscimento successivo della figura, ha realizzato aspetti di ampia discrezionalità), limitando l'attenzione agli aspetti relativi ad abusi nei diritti reali (dove la previsione di cui all'art. 833 c.c.).
- b) All'epoca, non si prevedeva lo sviluppo delle attuali situazioni *nelle quali è concretamente possibile la verifica del fenomeno*, situazioni che sono diventate sempre più diffuse in relazione a nuovi rapporti giuridici con variegata

tipologie - anche contrattuali - e nuove modalità di svolgimento dell'attività processuale.

Non a caso, la stessa deontologia professionale, disciplinata dall'art. 38 della Legge 22.1.1934 n. 36, come modificata con la Legge 23.3.1940 n. 354, oggi, è stata necessariamente integrata da un codice etico che, nella sua articolazione, protegge l'intera fase della pratica giuridica, nelle più svariate situazioni.

La figura dell'abuso del diritto è stata oggetto di suggestive ed affascinanti riflessioni sul piano filosofico e della sociologia della scienza giuridica, enfatizzate dalla Carta Costituzionale, entrata in vigore il primo gennaio del 1948: il relativo (e *consigliabile*) approfondimento esula dalle finalità strettamente giuridiche della presente pubblicazione. Ha interessato il mondo del diritto in maniera discontinua a seconda dei fervori di tipo politico - economico con prevalenza alternata di due concezioni basilari: *quella* di stampo "individuale - liberale" con esaltazione dei diritti soggettivi e *quella* di tipo "sociale - solidale" tendente all'integrazione dell'ordinamento nei casi in cui il Legislatore non aveva chiaramente determinato i limiti e le modalità della norma positiva.

Alcuni Autori (F. Santoro Passarelli, Torrente, Sacco e Salvi) *si sono espressi negativamente in ordine all'ammissibilità della figura che* - a loro avviso - costituiva una contraddizione in termini poiché, nel momento in cui si superavano i limiti nell'esplicazione dello stesso, il diritto diventava insussistente: il divieto dell'abuso del diritto non doveva essere previsto oltre i casi in cui già vi era espressa indicazione codicistica di fattispecie abusive (ad es.: art. 330 c.c. - abuso della potestà genitoriale -, art.1015 c.c.- abuso del diritto di usufrutto, art. 2793 c.c. -, abuso della cosa da parte del creditore pignoratizio).

Il Legislatore, in sostanza, oltre all'art. 833 c.c. ed alle norme sulla correttezza e buona fede, di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., costituenti disposizioni considerate valide per intere categorie di diritto, aveva individuato ulteriori e tassative indicazioni di fattispecie abusive (art.10 c.c. =cessazione dell'abuso dell'immagine altrui e risarcimento danni, art. 483 c.p.c.= limitazione dell'espropriazione - in caso di opposizione del debitore al cumulo - al mezzo scelto dal creditore o, in mancanza, a quello a determinarsi dal Giudice dell'esecuzione nonché quelle richiamate, di cui agli artt. 330, 1015 e 2793 c.c. e - per quanto riguarda il diritto processuale - la responsabilità per l'ingresso di liti temerarie ex art. 96 c.p.c.).

Infine, l'indicato indirizzo giurisprudenziale riteneva che:

- a) il dovere di solidarietà - posto a base dell'opposta tesi di riconoscibilità - già costituiva elemento strutturale del concetto di diritto soggettivo, motivo per il quale l'esercizio abusivo del diritto si poneva fuori dal contenuto del diritto stesso.
- b) l'ordinamento italiano, tra l'altro, aveva delineato un generale principio di *atipicità* dell'illecito (art. 2043 c.c.) con la possibilità di libera "modulazione" applicativa dell'elemento "ingiustizia" del danno;
- c) che, ai sensi dell'art. 12 delle disposizioni di attuazione del codice civile, era prevista la possibilità di una eventuale interpretazione analogica (estensione di disposizioni a casi simili sulla base di somiglianze ritenute rilevanti).

Queste considerazioni avevano fatto ritenere dall'indicato indirizzo dottrinario (anche Natoli) la inutilità della previsione del *divieto dell'abuso del diritto* poiché la garanzia di una sfera di libertà soggettiva veniva fatta a monte dal Legislatore per cui subordinare l'esercizio concreto ad ulteriori considerazioni rimesse *a posteriori* avrebbe svuotato la norma e l'esercizio del diritto.

La recente sentenza della Suprema Corte n. 3274 del 10 febbraio 2011, seppur incidentalmente, si è collegata alle osservazioni esposte in ordine all'inammissibilità della figura, ritenendo che, nell'ambito delle procedure concorsuali, il ricorso agli strumenti predisposti dall'ordinamento è tutelato "nei limiti in cui questi vengono impiegati per il fine per cui sono stati istituiti". Per quanto concerne il concordato fallimentare, la S.C. ha ritenuto che "un trattamento differenziato non solo per quanto attiene ai mezzi soddisfatti ma anche in relazione alla percentuale offerta, con il solo limite del trattamento uguale all'interno delle singole classi accomunate dall'identità della posizione giuridica e dalla omogeneità dell'interesse economico", in relazione alla "*par condicio creditorum*", *non configura un abuso del diritto*.

Allo stato, comunque, è di palmare evidenza che l'attuale situazione giuridica, oltre ai casi di abuso del diritto previsti specificamente da norme positive, consente spesso, la possibilità che una disposizione - che deve essere rispettata nei suoi limiti formali - nel suo concreto esercizio, può trovarsi in contrasto con i fini sostanziali che la norma stessa

si prefigge o con una norma diversa o con altri principii della Costituzione o dell'ordinamento.

*Di fronte, quindi, all'incalzare delle problematiche e consuetudini processuali che lasciano concretamente spazio ad un abuso del diritto, si sono resi indispensabili, in una visione omniacomprendiva, l'individuazione concettuale (elaborazione dottrinale e giurisprudenziale) e, poi, il rimedio relativo, anche di natura riparatoria, facendo ricorso alla Magna Charta (artt. 2 e 41), ai principii generali, al diritto comunitario e traendo, infine, spunto e linfa da alcune norme positive esistenti sulla buona fede e correttezza (1175, 1337, 1366, 1375 c.c.= ordinanza Corte Costituzionale 5/5/83 n.132); infine, all'imprescindibile riferimento dell'*etica del diritto* che dalla poesia deve transitare nella prosa del diritto vivente (fenomeno in continuo movimento che postula un monitoraggio costante della dottrina e della giurisprudenza per l'applicazione di un correttivo "*extra ordinem*" nel tessuto del diritto onde meglio modulare il passaggio dalla rigidità del brocardo "*qui iure suo utitur neminem laedit*" all'aforisma "*non omne quod licet, honestum est*").*

Infine, non è da sottovalutare il precetto della c.d. Carta di Nizza per i diritti fondamentali che, all'art. 54, prevede espressamente "nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare una attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciute o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta".

Quid iuris nel caso venisse accertato un concreto abuso del diritto?

Quali rimedi o conseguenze giuridiche possono essere adottati a favore di colui che ha subito l'abuso?

La terapia per l'accertato abuso si risolve nella necessità di bilanciare gli interessi in conflitto, operando correzioni con un delicato strumento di integrazione adeguatrice che si inserisce tra la norma e lo svolgimento del diritto riconosciuto nella stessa.

Per quanto riguarda le *conseguenze*, sono sorte dispute sul se ne debba derivare solo una responsabilità risarcitoria oppure una inefficacia, *lato sensu*, dell'atto giuridico compiuto.

La più recente dottrina ritiene che, oltre alla conseguenza risarcitoria, a seconda dei casi specifici, può essere dichiarata la nullità, l'inefficacia, la risoluzione del contratto ma anche - sotto un profilo processuale - l'inammissibilità o la reiezione della pretesa fatta valere, la perdita del diritto del quale si è abusato (artt. 330 e 1015 c.c.) nonché la

condanna alle spese di causa, attualmente novellata negli artt. 91 e 92 c.p.c. con la Legge 18.6.09 n. 69.

A questo punto - in un ottica a 360° del problema - va anche valutata la possibilità di un abuso “*dell’abuso del diritto*”, fenomeno che si può verificare sia per i frequenti tentativi del preteso abusato anche in fattispecie dove la figura non può configurarsi per la mancanza di quelle caratteristiche che abbiamo evidenziato sia per la eccessiva discrezionalità concessa al Magistrato che potrebbe costituire un’insidia per il principio della autonomia dei poteri tra l’organo legislativo e l’organo giudicante con la possibilità di estremo uso del potere di auto-correzione del diritto positivo in base a criteri difficilmente assoggettabili ad un controllo razionale.

La problematica dell’*abuso dell’abuso* trova aperta alla discussione parte della dottrina(anche *Scialoja*, maestro del diritto, si pone il problema): esempio tipico, è la riflessione sulla possibilità o meno, nel caso di mancato esercizio di un diritto per lungo tempo, di configurare un abuso e collegare all’inerzia di cui all’art. 2934 c.c., un generico effetto estintivo (che prescinde dal decorso del termine previsto *ex lege*), quale prova di disinteresse e presunzione di rinuncia che ingenera slealmente nei confronti dei terzi un affidamento incolpevole.

Siamo - a Ns. avviso - al confine tra *il divieto dell’abuso del diritto e l’abuso dell’abuso*, a nulla rilevando - per quanto riguarda il Ns. impianto giuridico - che la dottrina tedesca ha elaborato l’istituto noto come “*verwirkung*”, ossia il ritardo sleale nell’esercizio del diritto da parte del titolare.

○*○*○*○*○*○*○*○*○*○*

Rilevate le ragioni di ammissibilità della categoria, è opportuno considerare le tipologie, individuate e individuabili, alla stregua delle richiamate considerazioni, che possono riguardare sia l’alterazione del fattore causale che si ripercuote in un’alterazione della struttura dell’atto sia il superamento della funzione obiettiva tra il potere di autonomia conferito al soggetto e l’atto di esercizio del relativo potere: *il tutto nella persistente ottica dei principi della buona fede e della correttezza.*

A titolo esemplificativo, riteniamo doveroso indicare una casistica dell’abuso del diritto, *senza pretesa di completezza*, anche per l’attenzione, sempre più incisiva, che viene data al fenomeno:

- La figura dell'abuso, *come fondamento normativo dell'istituto, viene configurata dall'art. 833 c.c. che recita: "il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestie ad altri"* anche in concettuale relazione all'art. 840 c.c. Il comma "il proprietario del suolo non può opporsi ad attività di terzi che si svolgano a tale profondità nel sottosuolo o a tale altezza dello spazio sovrastante che egli non abbia interesse ad escluderle"(limite del brocardo "...*usque ad sidera, usque ad inferos*") nonché all'art. 844 c.c.: "il proprietario di un fondo non può impedire le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino, se non superano la normale tollerabilità, avuto anche riguardo alla condizione del luoghi...".

L'interpretazione giurisprudenziale della norma, ormai, ritiene che un atto possa considerarsi *emulativo* ed integrare l'abuso sulla coesistenza delle seguenti condizioni: a) *una di carattere soggettivo*, consistente *nell'animus aemulandi (o nocendi)* ossia nell'intenzione del proprietario di arrecare molestie ad altri (con relativo onere di prova a carico del danneggiato); b) *una di carattere oggettivo*, consistente nell'assenza di utilità (anche minima) che derivi al proprietario dall'atto compiuto.

La dottrina prevalente contrasta tale orientamento che restringe molto l'ambito di applicazione della norma e la sua portata di contrasto agli abusi, ricostruendo i presupposti applicativi dell'art. 833 c.c.: *quanto all'elemento oggettivo* ritenendo bastevole una concreta sproporzione tra il pregiudizio altrui e l'utilità del proprietario; *quanto all'elemento soggettivo*, alla mancata necessità dello stesso dal momento che la lettera dell'art. 833 c.c. non fa alcun riferimento all'*animus*.

Una parte di questo orientamento dottrinario, invece, ritiene necessario individuare *anche* l'elemento soggettivo *che è costituito, però, non già dal dolo specifico del proprietario ma dalla semplice conoscenza delle conseguenze del suo comportamento* (con esclusione, quindi, dell'*onus probandi* a carico del danneggiato da dedursi, in via presuntiva, sulla base della suddetta sproporzione). *In ogni caso*, come già precisato, l'abuso del diritto incide come responsabilità aquiliana del proprietario che lo ha messo in atti e del relativo diritto al

risarcimento dei danni (o, per alcuni, di un semplice indennizzo in correlazione concettuale con l'art. 938 c.c.) mentre è lecito ipotizzare la *restitutio in integrum*.

- *La figura dell'abuso*, per quanto riguarda i rapporti obbligatori o di credito è facilmente evincibile dagli artt. 1175 e 1375 c.c. che costituiscono un parametro decisivo in tema. E'ormai *ius receptum* che l'obbligo della buona fede e della correttezza nei richiamati rapporti vanno considerati come integrativi del contenuto del contratto in una correlazione *con il principio della solidarietà*, previsto dagli artt. 2 e 41 della Costituzione. *Il principio della buona fede e della reciproca lealtà di condotta devono far parte del contratto, dalla formazione dello stesso all'esecuzione*. Il Magistrato - per i rapporti obbligatori - al fine di evitare che un complesso di circostanze soggettive possano deviare in altre situazioni, dovrà, *preliminarmente*, considerare ed accertare se le norme interne di correttezza e buona fede gli consentano un controllo *dell'esercizio abusivo* del diritto di credito ed il contemperamento degli opposti interessi onde adeguare le sue decisioni.
- Sono state evidenziate ipotesi di esercizio abusivo del diritto nell'ambito delle assemblee di società di capitali:
 - a) Abuso da parte della maggioranza assembleare che approvi una delibera ispirata a propri interessi extrasociali dove possa essere configurato un eccesso di potere della maggioranza e, soprattutto, un abuso del diritto di voto allorché tale diritto venga esercitato in difformità alla buona fede di cui all'art. 1375 c.c. *per realizzare un interesse in danno alla minoranza*;
 - b) Parimenti, possono configurarsi ipotesi di abuso del diritto da parte della minoranza assembleare allorché i soci, che rappresentino almeno 1/10 del capitale sociale (art. 2367 c.c.), esercitano il diritto di chiedere e ottenere la convocazione dell'assemblea con finalità emulative *dirette ad ostacolare* il regolare svolgimento dell'attività societaria;
- Recentemente, la categoria è stata utilizzata in materia di recesso di una banca da un rapporto di apertura di credito a tempo determinato ex art. 1845 c.c.; la giurisprudenza di legittimità ha chiaramente affermato che tale recesso non può essere messo in atto, pur in presenza di giusta causa, in modo imprevisto ed arbitrario (cfr. Cass. 14.07.2000, n. 9321), pena l'esercizio abusivo del diritto

potestativo riconosciuto. Il diritto, codicisticamente tutelato, e la totale insindacabilità vengono meno se - applicato il principio della buona fede - appare del tutto mancante la ragione giustificatrice nel caso in cui, per rapporti di consuetudine, il cliente abbia fatto conto di poter disporre della provvista creditizia per il tempo previsto e non sia ragionevolmente pronto al c.d. rientro immediato.

- La Suprema Corte ha più volte stabilito (sentenze 6900/97 e 7400/97) che integra “*il fenomeno dell’abuso del diritto* la proposizione di più domande per riscuotere l’unico credito pecuniario innanzi a più Giudici diversi inferiori rispetto a quello che sarebbe stato competente per la domanda dell’intero credito, ritenendo - anche in relazione agli artt. 1175 e 1375 c.c. *anomala* la tecnica di frazionamento *per il pregiudizio del debitore non giustificato da un interesse oggettivamente apprezzabile e meritevole di tutela*”.

La Suprema Corte a S.U., con la sentenza n. 108 del 10.4.2000, si è dimostrata di diverso avviso ma - a Ns. giudizio correttamente - vi è stato un *réveriment*. E, infatti, la II Sez. Civile con sentenza 20.11.2009 n. 24539 ha stabilito 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 dell’obbligazione, operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale modificazione peggiorativa 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.

La sottoposizione a diversi Magistrati della stessa questione confligge, tra l’altro, con il principio del “*simultaneus processus*” ritenuto valido e assorbente dalla Suprema Corte in più decisioni e con il principio di unità della giurisdizione che potrebbe essere violato da contrastanti giudicati (per ultimo, Cass. III Sez.

sentenza 28.7.2005 n. 15823, Cassazione III sez. 22.8.2007 n. 17873 e Cassazione III Sez. 2314/07 “il frazionamento in giudizio di un credito unitario, contestuale e sequenziale che sia, è una azione contraria ai principi di correttezza e buona fede, oltre a quelli del giusto processo”).

Le complicità del meccanismo di esazione del credito costituiscono una distorsione del rapporto giuridico originale che - per sua natura - è unitario.

La distorsione, poi, diventa inaccettabile nelle cause c.d. seriali, nelle quali - a Ns. avviso - sono comprese quelle di rimborso dei premi di RCA a seguito del provvedimento 28.7.2000 dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (confermato, poi, dal TAR del Lazio e dal Consiglio di Stato) che hanno dato corso ad una proliferazione di giudizi *inutili* per il cliente e *dannosi* per le società di assicurazioni (e, poi, per la collettività che finisce per assorbire gli aggravii per ineluttabili logiche di bilancio) promosse innanzi a diversi Magistrati: situazione aggravata dal fatto che, spesso, non è stata disposta la riunione dei procedimenti anche nei casi di chiara sussistenza dei presupposti previsti dal Legislatore in difformità ai principi di concentrazione, speditezza ed economia processuale (*e non solo*).

Il problema non può non riguardare, per evidente collegamento concettuale, le norme di comportamento degli avvocati che, ai sensi dell’art. 49 del codice deontologico, così definitivamente modificato dal Consiglio Nazionale Forense con delibera del 12.6.2008, “non devono aggravare con onerose o plurime azioni giudiziali la situazione debitoria della controparte quando ciò non corrisponda ad effettive ragioni di tutela della parte assistita”.

- *La figura dell’abuso* si rinviene nel recepimento *delle normative comunitarie e nell’introduzione delle leggi a tutela del consumatore*, quali quelle che disciplinano la normativa sulla vendita dei cosiddetti pacchetti di viaggio di cui al D.lgs. 1995 n. 111 (oggi trasfusa nel c.d. codice del consumo di cui al d.lgs. 6.09.2005, n. 206), il diritto di recesso per i contratti conclusi al di fuori della sede dell’impresa (c.d. clausola di ripensamento) e delle vendite porta a porta (D.Lgs. 15.1.1992 n.50 in attuazione della direttiva n.577/85/CEE), dell’abuso di posizione dominante ai sensi dell’art. 3 della legge 10.10.1990, n. 287 in materia di tutela della concorrenza (cfr. Cass. 1.02.1999, n. 827);

- Nei rapporti di lavoro, sono state ravvisate dalla giurisprudenza ipotesi di abuso nella condotta antisindacale del datore di lavoro e nella interpretazione del “giustificato motivo e giusta causa del licenziamento” ai sensi dell’art. 3 della legge 15.07.1966, n. 604 (cfr. Cass. 18.01.1999, n. 434);
- Il fenomeno è individuabile anche nel combinato disposto dell’art.1993 II comma, 21 e 56 Legge Cambiaria in materia di titoli di credito (c.d. *exceptio doli*). Tali norme, pur escludendo l’applicabilità al terzo possessore di eccezioni processuali nei confronti dei precedenti possessori, le ammettono ove il possessore medesimo abbia agito intenzionalmente o scientemente in danno del debitore.
In tal caso, si è in presenza dell’abuso del diritto in quanto viene travalicata la finalità della norma che accorda la tutela subordinata dell’affidamento dei terzi.
- Può ravvisarsi l’abuso del diritto *da parte del creditore*:
 - a) Quando, come spesso accade, invece di procedere esecutivamente nei confronti del debitore avvalendosi semmai della possibilità del cumulo delle azioni esecutive ex art. 483 c.p.c., presenti ricorso di fallimento nei confronti di questo ultimo, al fine di avvalersi della spinta psicologica del tipo di procedura idonea a provocare, addirittura, la cancellazione dallo *status* di imprenditore. Il Legislatore, con recenti disposizioni (per ultimo, D.Lgs. 12.9.07 n. 169) ha mutato le condizioni soggettive per la declaratoria di fallimento proprio perché si verificavano frequentemente azioni di tipo intimidatorio che, in qualche caso, portavano al fallimento dell’imprenditore anche se l’insolubilità aveva natura transitoria: spesso le azioni di risarcimento danni nei confronti del ricorrente che aveva temerariamente proposto il ricorso ex art. 6 L.F. o reclamato avverso una istanza di reiezione ex art. 22 L.F. non riuscivano a rendere sostanziale giustizia nei confronti di chi aveva subito un torto economico ed infamante nella sua vita imprenditoriale.
 - b) Che abbia iscritto ipoteca su uno o più beni del debitore e proceda esecutivamente su altri beni (Trib. Milano sentenza 4.4.05 in “La legge on line”).
- La c.d. estinzione atipica nel procedimento esecutivo è “una creazione giurisprudenziale”, idonea a ritenere causa di estinzione, oltre a quelle previste dall’art. 629 c.p.c. (rinuncia agli atti) e dall’art. 630 c.p.c.(inattività delle parti), la concreta impossibilità nel percorso esecutivo di conseguire alcun utile risultato sia

per la condotta della parte creditrice (di persistente inerzia) sia per la obiettiva invendibilità del cespite staggito (Trib. Salerno IV Sez. Civ. sentenza n. 1799/02-rel. De Stefano). Questo orientamento giurisprudenziale, non accettato pacificamente in dottrina, costituisce, indubbiamente, un'attività di integrazione da parte del Giudice per risolvere la problematica dell'*abuso del diritto* (disagio - non solo economico - del debitore accompagnato da una mancata concreta utilità per le ragioni del creditore). Ulteriori ragioni a sostegno della figura dell'*estinzione atipica* sono: a) l'esigenza della *ragionevole durata del processo*, di cui al II comma dell'art. 111 della *Magna Charta*; b) le inerenti sollecitazioni della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; c) i disservizi di cancelleria, per il protrarsi delle procedure, in un già ampio quadro di generale disfunzione degli Uffici Giudiziari, con i relativi aggravii per l'Erario.

- E' configurabile *l'abuso del diritto* nell'interpretazione dell'art.1394 c.c. che disciplina il conflitto di interessi nel caso lo stesso era conosciuto o riconoscibile dal terzo con possibilità, in tal caso, di annullamento (la figura viene ipotizzata quando il rappresentante, pur restando nell'ambito dei limiti formali ed esterni del conferimento del potere, ne viola i limiti interni, stipulando un contratto che nella sostanza non è legato al *totale* interesse del rappresentato poiché il contratto poteva essere concluso a condizioni più vantaggiose).
- *Ipotesi di abuso del diritto* si ha nell'ambito della disciplina della condizione, come elemento accidentale del contratto. L'art. 1358 c.c. richiede ai titolari dei diritti condizionati, nella fase di pendenza, un comportamento improntato a buona fede per conservare integre le ragioni della controparte. Quindi, anche nella condizione, le parti dovranno esercitare il loro diritto, rispettando i limiti interni, mentre il mancato rispetto determina una lesione delle situazioni giuridiche altrui con il relativo abuso, pur restando formalmente nell'ambito del diritto esercitato. A tutela della parte che subisce nella fase di pendenza, l'esercizio abusivo del diritto, il Legislatore prevede una tutela reale riconoscendo la finzione di avveramento della condizione non verificatasi per causa imputabile alla controparte ex art.1359 c.c.
- In materia contrattuale (locazione) è configurabile *l'abuso del diritto* allorquando il locatore contrasti o differisca la consegna dell'immobile nella convinzione di

trovarsi in una posizione di vantaggio consistente nel diritto a ricevere il pagamento del canone locatizio anche oltre il rilascio dell'immobile da parte del conduttore (*per incidens*, Trib. Salerno III Sez. Civ. sentenza 15/2010).

- In diritto tributario, *l'abuso del diritto* è stato individuato con legge (per ultimo la L. n. 662 del 23.12.96), a seguito di contrasti dottrinari e giurisprudenziali sul relativo concetto e, anche in ordine all'onere probatorio in caso di disconoscimento da parte dell'amministrazione finanziaria di vantaggi tributari conseguenti ad operazioni di concentrazione, trasformazione, scorporo, cessione di azienda, riduzione di capitale, liquidazione e valutazione di partecipazioni, cessioni di crediti e valutazioni di valori mobiliari poste in essere senza valide ragioni economiche al solo scopo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta, *disputa alimentata dalla giurisprudenza comunitaria*.

Recentemente, dopo contrasti giurisprudenziali, la Suprema Corte - Sezione Tributaria - con sentenza n. 10257/08, ha stabilito: "non hanno efficacia nei confronti dell'amministrazione finanziaria quegli atti posti in essere dal contribuente che costituiscono "abuso del diritto", intendendo per tali quelli che si traducono in operazioni compiute essenzialmente per il conseguimento di un vantaggio fiscale; incombe sul contribuente l'onere della prova della esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti di carattere non meramente marginale o teorico".

Con la sentenza n. 25374/2008 la Suprema Corte, pur confermando il contenuto della precedente, *ha ribaltato l'onere della prova, evidenziando che l'individuazione dell'impiego abusivo di una forma giuridica, incombe all'amministrazione finanziaria, la quale non potrà certamente limitarsi ad una mera e generica affermazione ma dovrà individuare e precisare gli aspetti e le particolarità che fanno ritenere l'operazione priva di reale contenuto economico diversa dal risparmio di imposta*.

Per concludere, costituiscono "abuso del diritto" le operazioni compiute essenzialmente per il conseguimento di un vantaggio fiscale quando si dia luogo ad un elemento negativo del reddito dell'imposta prescindendosi, di conseguenza, da qualsiasi riferimento alla natura fittizia o fraudolenta di una operazione o dall'accertata simulazione degli atti.

Infine, la Corte di Cassazione a S.U. con le sentenze 30055/08, 30056/08, 30057/08, ha confermato l'indirizzo fondato sul riconoscimento dell'esistenza di un generale principio antielusivo, in relazione *all'art 53 I e II comma della Costituzione* (che costituisce il fondamento sia delle norme impositive sia di quelle che attribuiscono al contribuente vantaggi e benefici fiscali):*“il contribuente non può trarre indebiti vantaggi dall'utilizzo distorto - seppur non contrastante con alcuna specifica disposizione - di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale”*. L'individuazione dell'impiego abusivo di una forma giuridica *incombe sempre all'amministrazione finanziaria*, la quale non potrà certamente limitarsi ad una mera e generica informazione ma dovrà individuare le particolarità che fanno ritenere l'operazione priva di reale contenuto economico diverso dal risparmio di imposta, consentendo al soggetto - che ha utilizzato tali forme giuridiche - di essere in grado di dimostrare l'esistenza di seri e non ipotetici contenuti economici.

Alcuni autori, però, richiamandosi al “principio della certezza del diritto”, contrastano questo orientamento poiché l'impostazione data al problema finisce per scoraggiare le iniziative imprenditoriali, soprattutto in mancanza di ipotesi tassativamente previste dal Legislatore.

- Il diritto di cronaca - costituzionalmente garantito (art. 21 della Magna Charta) -, nella sua alta significazione etica e sociale di informazione, viene frequentemente esercitato in maniera difforme ai canoni di correttezza senza - a Ns. avviso - adeguati interventi sanzionatori dell'Autorità Garante della Privacy. Questa situazione, enfatizzata dalla volontà di introdurre nell'informazione elementi scandalistici o di *gossip* tali da attrarre facilmente l'attenzione dei media, integra indubbiamente un abuso del diritto che - per la persistente frequenza del fenomeno - riesce, addirittura, a deprimere le legittime reazioni giudiziarie delle parti lese di tipo inibitorio o risarcitorio e, anche, di semplice rettifica.

La Suprema Corte - per quanto riguarda gli aspetti penali - con sentenza 19.5.1998 n. 7990- ha ritenuto sussistere il fenomeno dell'abuso del diritto nella diffamazione a mezzo stampa laddove dovrebbe essere individuato in tutti i casi in

cui il diritto di cronaca si pone in conflitto, prevalendo con altri interessi rilevanti e tutelati (riservatezza, dignità, onore, etc).

- In materia processuale, si è ravvisato, con sentenza 21.1.2011 del Tribunale di Varese - rel. Dott. Buffone - anche in riferimento alla Legge 69/2009(semplificazione e snellimento della burocrazia), *abuso del diritto* nel comportamento del coniuge che aveva avviato nei confronti del marito una separazione giudiziale e, contemporaneamente, altri tre procedimenti nei suoi confronti.

La decisione ha inteso sanzionare chi aveva dato corso ad un contenzioso civile inutile e “dispettoso”, ingolfando i ruoli della giustizia, concorrendo – con tale comportamento processuale - a provocare i cronici ritardi dei processi che connotano negativamente il Ns. Paese, più volte sanzionato dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e delle Liberta fondamentali nell’ambito delle garanzie per un processo equo e di ragionevole durata con l’ ulteriore conseguenza di condanne al risarcimento dei danni per i ritardi dalla Corte di Strasburgo (situazione che ha reso necessaria la Legge Pinto 24.3.01 n. 89).

Salerno, marzo 2011