

ABUSO DEL DIRITTO

L'abuso del diritto: elemento dinamico di tutto il processo evolutivo del diritto

di

Cesare TRAPUZZANO

L'abuso del diritto è stato definito come elemento dinamico di tutto il processo evolutivo del diritto; il concetto in esame è frutto di elaborazione giurisprudenziale che, sulla scorta dei principi generali dell'ordinamento e ancor più di quelli costituzionali, ha superato la rigidità del brocardo *qui jure suo utitur, neminem laedit*, riprendendo invece il concetto secondo cui *non omne quod licet, honestum est* ovvero *summum jus est summa iniuria*.

Si è detto che trattasi di istituto di prevalente elaborazione giurisprudenziale, intesa quale applicazione del cosiddetto "diritto vivente". Si è, infatti, osservato che il diritto non è un fenomeno statico ma in continuo movimento, dove l'abuso del diritto può essere campo di elezione della giurisprudenza. Se una normativa sull'abuso del diritto si può intravedere nel divieto degli atti emulativi, tale normativa non può non ricomprendere tutte le fattispecie che danno luogo a tali atti e sarà proprio la giurisprudenza a discernere i vari atti per dichiararne l'abuso del diritto.

Il fondamento normativo dell'istituto è stato individuato a volte nell'art. 833 c.c., altri ritengono che norma di riferimento debba essere l'art. 2 Cost., altri ancora pongono a base dell'abuso le norme che disciplinano la buona fede oggettiva o correttezza ex artt. 1175 c.c., 1337 c.c., 1366 c.c., 1375 c.c..

Ed invero, non si rinviene nel codice civile una norma di carattere generale che contempli la categoria dell'abuso del diritto; più esattamente era stata progettata ma poi non è stata riprodotta una norma del seguente tenore: "Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è conferito".

Per contro, è stata introdotta la norma che sancisce il divieto degli atti emulativi ex art. 833 c.c..

Si è fatto, in proposito, riferimento allo scopo ovvero al superamento dei limiti interni o di alcuni limiti esterni del diritto e ciò attraverso la parafrasi delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, quale vizio dell'atto amministrativo. Altri parlano della necessità, affinché sia integrata la presente fattispecie, che i limiti violati non siano quelli espressamente previsti dalla legge. Altri ne sostengono la configurabilità nelle situazioni giuridiche soggettive discrezionali sul *quomodo* anche se necessitate sull'*an* – vedi, ad esempio, la potestà nell'ambito dei rapporti familiari -.

Le correnti negative in ordine all'ammissibilità della figura parlano di contraddizione in termini ovvero di insussistenza del diritto nel momento in cui se ne superano i limiti. Ma questa ricostruzione deve essere rivista alla luce dei principi costituzionali – funzione sociale ex art. 42 Cost. - e della stessa qualificazione dei diritti subiettivi assoluti, non quali situazioni giuridiche soggette al solo divieto del *neminem laedere* e, come tali, arbitrarie, bensì nel senso più delimitato di diritti in cui l'utilità posta a fondamento

dell'interesse presupposto può essere realizzata senza l'intermediazione di situazioni giuridiche soggettive poste al lato passivo di un rapporto giuridico ma in base all'esercizio delle facoltà riconosciute al suo titolare.

Per escluderne la possibile ricostruzione dogmatica si fa leva sull'assenza nel nostro ordinamento, a differenza di altri – si pensi al divieto di *Chikane* di cui al § 226 del BGB o all'analogo divieto contenuto nell'art. 2 del codice civile svizzero –, di una norma capace di giustificarne la configurabilità in termini generali.

Si è detto, pertanto, utilizzando la categoria dell'eccesso dal diritto, che là dove comincia l'abuso verrebbe meno il diritto, sicché il comportamento definito come abusivo non rappresenterebbe che il superamento dei limiti formali del diritto stesso.

Ma, a ben vedere, non si può condividere che il principio *dell'uti jure*, se rettamete inteso, giustifichi l'affermazione secondo la quale un dato comportamento, purché formalmente corrispondente al contenuto di un diritto, non possa risultare abusivo e, perciò, illegittimo. Il fatto che la norma riconosca un diritto, di cui segni i limiti formali, non significa, infatti, che il suo atto di esercizio non possa porsi, in concreto, in contrasto con i fini sostanziali che la norma stessa si prefigge ovvero con una norma diversa o con gli stessi principi generali dell'ordinamento.

Cosicché vero e proprio abuso dovrebbe aversi tutte le volte in cui ad un'attività che apparentemente ed esteriormente pur si presenti come corrispondente al contenuto formale del diritto non si accompagni la congruità sostanziale dell'atto con i fini del diritto stesso, costituisca poi tutto ciò il risultato del superamento di limiti interni o invece, come altri ritiene, soltanto di un certo tipo di limiti esterni, ferma restando l'illiceità dell'atto in tutti i casi.

Rilevate le ragioni di ammissibilità della categoria, non deve però sconfinarsi, come autorevolmente è stato sostenuto, nell'abuso dell'abuso del diritto.

Dunque, l'istituto è ammissibile quale superamento della funzione obiettiva nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto e l'atto di esercizio del relativo potere.

Il concetto deve essere meglio precisato in relazione alle varie figure soggettive in cui si manifesta – potere, diritto, interesse -.

Nel significato di alterazione nella funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere di autonomia che lo configura, in relazione alle condizioni cui è subordinato l'esercizio del potere, si verificano due possibili esplicazioni: 1. l'una sotto forma di alterazione del fattore causale che si ripercuote in un'alterazione della struttura dell'atto stesso in ragione di un elemento interno, quale un'intesa – come nella simulazione in cui vi è un abuso nella funzione strumentale del negozio ovvero uno sviamento dalla sua destinazione – o un motivo rilevante – come nella rescissione in cui stato di necessità e approfittamento alterano l'equilibrio causale del negozio concluso per difetto genetico parziale -; 2. l'altra sotto forma di condotta nei rapporti giuridici contraria alla buona fede oggettiva o, comunque, lesiva della buona fede altrui (artt. 1175, 1337, 1340, 1358, 1366, 1375 c.c.).

La buona fede deve essere intesa, non come fonte di obblighi (vedi categoria tedesca della buona fede nel programma di obbligazione come base di obblighi integrativi di

protezione e sicurezza), ma quale parametro di riferimento per attenuare il rigido giudizio di conformità della fattispecie concreta alla legge, ai fini di ristabilire una posizione di parità sostanziale tra le parti.

Alcuni autori hanno in passato distinto tra un abuso subiettivo – derivante dal cattivo esercizio del diritto da parte del soggetto cui il potere è riconosciuto – e un abuso oggettivo – consistente nell'esercizio del diritto al di là della sua destinazione obiettiva -.

Attualmente, la figura dell'abuso può essere rintracciata nel recepimento delle normative comunitarie e nell'introduzione delle leggi a tutela del consumatore, quali quelle che disciplinano il credito al consumo; o 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); o, ancora, il diritto di recesso per i contratti conclusi al di fuori della sede dell'impresa – cosiddetta clausola di ripensamento -; ma più in generale e di maggior rilevanza tutta la disciplina introdotta dalla legge 6 febbraio 1996, n. 52, sull'inefficacia (oggi nullità) delle cosiddette clausole abusive, costituisce espressione del richiamato istituto (sulla prevalenza del concetto obiettivo di consumo su quello subiettivo di consumatore vedi l'attuale previsione dell'art. 1469 *bis* c.c., come introdotto dall'art. 146 del richiamato d.lgs. 6.09.2005, n. 206).

La sua applicazione in giurisprudenza si riscontra: in diritto penale, nella diffamazione a mezzo stampa con abuso del diritto di critica (cfr. Cass. 19.05.1998, n. 7990); si estende al campo processuale, relativamente all'abuso del diritto di difesa (cfr. Cass. 14.03.1981, n. 1430; Cass. 28.01.1983, n. 806); al diritto civile, in materia di obbligazioni in generale (cfr. Cass. 23.07.1997, n. 6900); in materia di rapporto di lavoro subordinato, con riferimento ai comportamenti del datore di lavoro (cfr. Cass. 8.09.1995, n. 9501) e del lavoratore (cfr. Pretore Milano 12.01.1995); nel diritto societario (cfr. Tribunale Aosta 12.04.1994).

La sussistenza dell'istituto è ampiamente riconosciuta dalla stessa giurisprudenza costituzionale (cfr. ordinanza Corte cost. 5.05.1983, n. 132).

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; Cass. 21.05.1997, n. 4538), pena l'esercizio abusivo del diritto potestativo riconosciuto.

Si è tuttavia notato, sul piano delle conseguenze, che si tratti di eccesso dal ovvero di abuso del diritto, il risultato in pratica non cambia; una volta o l'altra, l'autore del comportamento "eccessivo" o abusivo andrà incontro alla reazione negativa dell'ordinamento al tempo stesso in cui il soggetto (controparte o terzo) che ne abbia risentito gli effetti negativi potrà avvalersi degli strumenti di tutela di volta in volta diversi che l'ordinamento gli offre. Ma ciò non deve far pensare ad una sostanziale inutilità del ricorso al fenomeno dell'abuso, data la sua idoneità a colpire tutti quei comportamenti, non identificabili *a priori*, che - non rientrando nello schema soltanto formalistico dell'eccesso dal diritto - sarebbero altrimenti – come a lungo sono stati ed ancor oggi si vorrebbero – destinati a sfuggire ad una valutazione negativa *sub specie juris*.

Dunque, circa le conseguenze dell'abuso del diritto, sembra possa stabilirsi una regola

generale nel senso di un rifiuto di tutela da parte dell'ordinamento ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle susposte esigenze delle attività di esercizio. Questa regola richiede di essere tradotta nel particolare regolamento del diritto vigente in quanto assume, nelle singole ipotesi, aspetti profondamente diversi: ad esempio, quelli dell'inefficacia, della rescindibilità, dell'annullabilità o della decadenza da un potere; può aversi, per contro, un rifiuto dell'azione di annullamento ex art. 1426 c.c., l'efficacia dell'atto ex art. 1319 c.c., la permanenza in vita del debito ex art. 2940 c.c. o un'indennità.

In sostanza, il regime degli atti in questione, nella formula della mancanza di tutela, implica impedimento a conseguire o a conservare i vantaggi ottenuti e i diritti connessi mediante atti di per sé strutturalmente idonei; questi atti appaiono però inficiati da un concorso di circostanze soggettive che ne alterano la funzione o violano in una o altra direzione la normativa di correttezza che è regola privata di cui l'ordinamento fa espresso richiamo nella disciplina dei rapporti di autonomia privata.

Potrebbe in molti casi farsi un'ulteriore valutazione in termini di illiceità dell'atto ma si tratterebbe di un carattere secondario e consequenziale di una deviazione o sviamento di poteri, diritti, interessi che effettivamente sussistono, il che implica una differenza dalla tipica attività illecita contrattuale ed extra - contrattuale.

Può, infatti, osservarsi come le conseguenze dell'abuso sono, nei singoli casi sopraccitati, del tutto particolari e misurate anche negli aspetti patrimoniali, almeno di regola.

Si noti, in particolare, la disciplina degli atti leciti dannosi per i quali è espressamente prevista a favore del danneggiato un'indennità e non il risarcimento integrale dei danni (vedi, ad esempio, il regime di certe accessioni ex artt. 936, terzo comma, 937, terzo comma, e 938 c.c. nonché i rapporti tra proprietari e possessori o detentori in ordine alle indennità per i miglioramenti e addizioni ex artt. 985, 986, 1150 e 1592 c.c.).

Ipotesi di abuso, espressamente previste in sede giurisprudenziale, sono quelle: del contratto di *sale and lease back* connesso al divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c. (cfr. Cass. 16.10.1995, n. 10805), del contratto autonomo di garanzia, dell'*exceptio doli* (cfr. Trib. Milano 13.12.1990), dell'abuso della personalità giuridica quando essa costituisca uno schermo formale per eludere la più rigida applicazione della legge - e, in tal caso, proprio richiamando l'abuso, ne sarà possibile, per così dire, la sua perforazione -, dell'abuso del diritto di difesa ex art. 89 c.p.c. (cfr. Cass. 29.03.1999, n. 3032), della condotta antisindacale del datore di lavoro (cfr. Cass. 8.09.1995, n. 9501), del *pactum fiduciae* in cui l'abuso costituisce il mezzo per la distinzione dall'accordo simulatorio in alcune ipotesi dubbie - matrimonio, titoli di credito, società, disposizioni testamentarie -, della convocazione dell'assemblea richiesta dalla minoranza a fini esclusivamente dilatori ex art. 2367 c.c. (cfr. Trib. Aosta 12.04.1994), della richiesta del creditore di adempimento coattivo frazionato senza alcuna utilità evidente (cfr. Cass. 23.07.1997, n. 6900), 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), 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), del diritto di ripensamento nella vendita dei pacchetti di viaggio (d.lgs. 17.03.1995, n. 111 in attuazione della direttiva n. 90/314/CEE), di multiproprietà (d.lgs. 9.11.1998, n. 427, in attuazione della direttiva n. 94/47/CE), vendite porta a porta (d.lgs. 15.01.1992, n. 50, in attuazione della direttiva n. 577/85/CEE) e a distanza (d.lgs. 22.05.1999, n. 185, in attuazione della direttiva 97/7/CE). Le pregresse

fonti normative sono state tutte inserite nel codice del consumo.

Ulteriore ipotesi di abuso cui si è fatto riferimento in dottrina concerne la determinazione dei criteri di risoluzione dei conflitti tra diritti ex artt. 1155, 1265, 1380, 1991, 2644 c.c..

Indubbiamente, la tematica trattata affonda le sue radici nell'ambito della proprietà e dei diritti reali.

A tal proposito, assume rilevanza la disciplina degli atti emulativi ex art. 833 c.c. nell'ambito dei rapporti di vicinato.

L'abuso del diritto, in ogni modo, si distingue dall'eccesso; quest'ultimo concerne il superamento dei limiti esterni all'esercizio del diritto.

Per effetto di tale sconfinamento s'invadono le sfere giuridiche complementari ed è integrata, a tutela del danneggiato, la tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c..

Nell'abuso, invece, si prospetta la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti e, laddove la finalità perseguita non sia quella consentita dall'ordinamento, si avrà abuso.

In termini pubblicistici, tale ipotesi si riscontra nel vizio d'eccesso di potere.

Posto che il diritto di proprietà era considerato assoluto (*ab infera usque ad sidera*), si è presentato il problema dei limiti all'esercizio di tale diritto.

Questo problema è stato affrontato dal legislatore del '42 nell'ambito dei rapporti di vicinato.

Pur quando si resti nei confini delimitati dalla legge, se l'esercizio rechi danno alla controparte o a terzi, si avrà abuso.

Elementi peculiari degli atti emulativi sono dati dalla direzione degli atti d'esercizio del diritto reale, esclusivamente rivolti a recare pregiudizio a terzi (dato positivo), e dalla mancanza per il titolare del diritto di alcun'utilità (dato negativo).

Il discorso dell'abuso muta in relazione al fatto che si dia all'utilità un significato più ampio o più ristretto. Il concetto di utilità può essere inteso in termini economici o morali.

Lo stesso profilo teleologico muta secondo che si richieda il dolo specifico – *animus nocendi* - ovvero la mera consapevolezza del pregiudizio – *scientia damni* -.

La Corte di Cassazione ha interpretato la norma in termini abbastanza ampi. Da una parte, la Cassazione ha affermato che qualunque tipo d'utilità, anche morale, sia sufficiente a giustificare l'esercizio di questi poteri, dall'altra ha ritenuto sufficiente la consapevolezza del pregiudizio (cfr. Cass. 9.10.1998, n. 9998).

In chiave costituzionale, la norma sugli atti emulativi esce notevolmente ridimensionata; il diritto di proprietà è funzionalizzato (ulteriore limite interno della funzione sociale ex art. 42 Cost.).

L'abuso impone un'interpretazione molto più rigida della norma in questione ex art. 833 c.c.. L'interesse deve essere di natura patrimoniale. Così come l'elemento soggettivo trova nella funzione sociale un limite invalicabile.

Alla luce delle norme costituzionali, qualcuno ha sostenuto che non è più possibile rispetto agli atti emulativi parlare di abuso del diritto ma si tratterebbe di un limite costituzionale non più interno ma esterno, suscettibile di tutela risarcitoria.

Il filone della dottrina che nega rilevanza nel nostro ordinamento alla categoria dell'abuso del diritto ritiene esclusivamente operante l'eccesso; quando, invece, si rimane all'interno del contenuto del diritto non può aversi alcuna lesione a danno di terzi secondo il brocardo latino *qui suo jure utitur, neminem laedit*.

Sul piano delle conseguenze sanzionatorie, per i fautori dell'abuso, la fattispecie dovrebbe essere lecita ma produttiva di danno, considerando l'emulazione come limite interno; quindi, gli atti emulativi comporterebbero l'indennizzo non il risarcimento.

Invece, la giurisprudenza configura l'illecito aquiliano quando vengano posti in essere degli atti emulativi.

La norma sui rapporti di vicinato è stata estesa all'esercizio abusivo dei diritti reali. Non tragga in inganno, però, l'abuso dell'usufruttuario ex art. 1015 c.c.; in questo caso – alienazioni, deterioramenti, perimenti per mancanza di ordinarie riparazioni –, si ha un inadempimento degli obblighi nascenti dall'usufrutto e, dunque, eccesso dal diritto reale minore.

La tematica dell'abuso è stata applicata anche ai diritti potestativi che comportano esercizio di poteri con incidenza unilaterale nella sfera giuridica di altri soggetti in posizione di *pati*. Non c'è qui un limite interno insuperabile; nella sostanza le finalità imposte dalla legge sono incompatibili con la sfera giuridica del destinatario.

Si pensi, in particolare, all'esercizio dei poteri familiari ex artt. 330 e 384 c.c..

Sarà operante la clausola della buona fede che vale a scongiurare l'abuso di posizioni dominanti. Tale abuso è represso con la reintegrazione in forma generica o in forma specifica.

Anche nei diritti di credito si è sfruttata la clausola generale della buona fede ex artt. 1175 e 1375 c.c., per scongiurare gli abusi di posizione dominante; la buona fede serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione.

Così, però, si snatura il vero ruolo dell'abuso, tipico delle posizioni d'autorità che non si rinvengono nel diritto di credito e nel rapporto obbligatorio.

I sostenitori della categoria dell'abuso del diritto, ne prospettano la rilevanza normativa, oltre che nell'art. 833 c.c. per gli atti emulativi, anche in ambito contrattuale.

In particolare, l'art. 1394 c.c., che disciplina il conflitto d'interessi nell'ambito della rappresentanza negoziale, individua l'abuso del potere rappresentativo in cui, pur rimanendo il rappresentante nei limiti formali ed esterni del conferimento del potere, tuttavia, ne viola i limiti interni stipulando un contratto che nella sostanza è lesivo degli

interessi del rappresentato, quando tale contratto poteva essere concluso a condizioni più vantaggiose. Applicazione della norma sul conflitto d'interessi è data dall'art. 1395 c.c. che disciplina l'istituto del contratto con se stesso o autocontratto.

L'abuso del potere rappresentativo deve essere nettamente distinto sia dall'apparenza di rappresentanza ex art. 1396 c.c. sia dall'eccesso di potere rappresentativo ex art. 1398 c.c. in cui il potere è cessato ovvero non è mai esistito.

La tutela specificamente riconosciuta nell'ipotesi di cui all'art. 1394 c.c. è quella dell'annullamento del contratto stipulato dal rappresentante con il terzo su domanda del rappresentato purché il conflitto d'interessi sia conosciuto o riconoscibile dal terzo.

Nell'ambito della disciplina dei vizi del consenso e, in particolare, della violenza morale si è rinvenuto un ulteriore caso di abuso nella minaccia a far valere un diritto ex art. 1438 c.c. quando essa non sia legata da una relazione di stretta causalità con il contratto di cui si chiede la stipulazione; a rigore, la norma parla di vantaggi ingiusti.

Anche in quest'ipotesi, pur rientrandosi formalmente nell'esercizio del diritto, in realtà se ne violano i limiti interni, quando la minaccia del suo esercizio non sia in alcun modo legata al contratto di cui si vuole la conclusione. Anche in queste ipotesi il rimedio all'abuso perpetrato nell'esercizio del diritto minacciato sarà quello dell'annullamento negoziale.

Altro caso di abuso si ha nell'ambito della disciplina della condizione, come elemento accidentale del contratto. Nella fase di pendenza, l'art. 1358 c.c. richiede ai titolari dei diritti condizionati un comportamento improntato a buona fede per conservare integre le ragioni della controparte.

Dunque, anche nella condizione, le parti dovranno esercitare il loro diritto rispettando dei limiti interni; il loro mancato rispetto determina una lesione delle situazioni giuridiche altrui con il relativo abuso, pur restandosi formalmente nell'ambito del diritto esercitato (non vi è eccesso). 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..

Fonte:

<http://www.neldiritto.it/appdottrina.asp?id=2218>