

DIRITTO CIVILE

Prof. GIOVANNI FURGIUELE

Lezioni a cura della Dott.ssa Giulia Tesi

CAPITOLO 3

ABUSO DEL DIRITTO

| | |
|--|----------|
| 1. La definizione del concetto di abuso del diritto..... | pag. 120 |
| 2. L'abuso del diritto come tecnica interpretativa..... | pag. 124 |
| 3. L'utilizzazione del criterio dell'abuso del diritto in sede giurisprudenziale..... | pag. 134 |
| 3.1. Abuso del diritto e nullità del contratto congegnato in maniera abusiva: analisi della sentenza della Corte di Cassazione n. 16591 del 2012..... | pag. 135 |
| 3.2. Abuso del diritto e comportamento contrario ai principi di buona fede e correttezza: analisi della sentenza della Corte di Cassazione n. 13208 del 2010..... | pag. 138 |

CAPITOLO 3

ABUSO DEL DIRITTO

1. La definizione del concetto di abuso del diritto.

Dopo aver parlato della buona fede, iniziamo a parlare di un altro argomento particolarmente complesso e di difficile esposizione.

L'argomento che affronteremo in questo terzo capitolo è quello dell'abuso del diritto.

Innanzitutto, si pone un problema che consiste nel capire ciò che sta dietro all'espressione abuso del diritto.

Fin dal primo momento, infatti, si nota l'intrinseca contraddizione che sussiste fra il concetto di abuso e quello di diritto. Quando si utilizza il termine abuso si vuole sottintendere l'idea di un uso improprio di un certo riferimento di carattere oggettivo.

Quando si utilizza, quindi, il concetto di abuso con riguardo al diritto si vuole dire che colui che pone in essere la situazione abusiva fa un uso improprio di uno specifico schema giuridico.

Per questa ragione, l'espressione abuso del diritto è, nella sostanza, una contraddizione in termini perché chi compie un comportamento abusivo fuoriesce dal diritto.

Fatte queste osservazioni iniziali, partiamo, intanto, con il tentativo di chiarire il significato di abuso del diritto. Cosa vuol dire abuso del diritto?

*Definizione
abuso del diritto*

Innanzitutto, soffermiamoci sulla verosimile derivazione del concetto di abuso del diritto, soprattutto con riferimento alla generalità di questa tecnica argomentativa.

Le origini del concetto di abuso del diritto, a livello dottrinale, si devono far risalire alle elaborazioni di pensiero che si sono avute, agli inizi del novecento, in Francia.

*Riferimenti storico-
comparatistici*

In Francia si è, infatti, posto il problema dell'abuso del diritto e varie valutazioni del significato, delle tecniche, dei profili, delle difficoltà che si hanno in questo settore si sono sviluppate, se così si può dire, a livello macrodottrinale.

Non si esclude che vi fossero atteggiamenti di valutazione dell'abuso del diritto anche in precedenza. Si trattava, però, di episodi.

L'attenzione piena a ciò che è implicito della categoria concettuale dell'abuso del diritto lo si ha, fra la fine dell'ottocento e gli inizi del novecento, prima in Francia e, poi, negli altri paesi.

L'abuso del diritto, in alcuni paesi (in Spagna, in Svizzera, in Germania) è stato codificato ed è entrato a far parte delle disposizioni generali di partenza del fenomeno giuridico.

In questi casi, si è richiamata l'attenzione dell'interprete sui problemi che caratterizzano una valutazione, sotto il profilo dell'abuso del diritto.

Vedremo che quanto caratterizza questo profilo di carattere normativo tende ad avere dei riflessi circa la legittimazione delle operazioni interpretative che si pongono, dal punto di vista dell'abuso del diritto.

In Italia non è andata così. Nel nostro ordinamento si è posto il problema. Questa categoria, in vari momenti storici, è stata accompagnata dal successo nelle elaborazioni della dottrina, si è estesa la valutazione del termine abuso del diritto, ma esso non è stato codificato. Il codice civile del 1942, nonché il precedente codice civile del 1865, non contiene un riferimento tecnico e preciso alla categoria dell'abuso del diritto.

Naturalmente, rispetto a questo genere di atteggiamento si possono collegare due diversi valutazioni.

Una prima logica potrebbe essere quella di dire che l'ordinamento giuridico dello Stato rifiuta l'utilizzazione della tecnica argomentativa che si fonda sull'abuso del diritto.

Nella sostanza, non si tocca il sistema delle norme sulla base del concetto dell'abuso: ciò che sta scritto si impone e va rispettato.

In senso opposto, però, si potrebbe dire che non spetta alla norma giuridica riconoscere la legittimità dell'impiego di una tecnica argomentativa. Essa, infatti, secondo questa logica, si impone a prescindere dal suo riscontro e dalla sua ammissibilità, dal punto di vista del riconoscimento in sede normativa.

La tecnica argomentativa legittima un ragionamento giuridico e legittima, come tale, il compimento di una valutazione.

Le perplessità in ordine alla categoria dell'abuso del diritto implicano che bisogna partire con il chiedersi che cosa significa abuso del diritto. È necessario, nello specifico, soffermarsi sul significato del concetto di abuso del diritto, sulla valenza tecnica e sull'ammissibilità stessa della terminologia abuso del diritto.

Iniziamo dal termine abuso. Cosa significa abuso?

Come abbiamo accennato in precedenza, l'abuso può essere un uso non autorizzato, un uso illegittimo. Con l'abuso si va al di là di ciò che è consentito, o si pone in essere un comportamento che non ricade all'interno della categoria dell'uso. Abuso è un uso smodato e inaccettabile.

Chi abusa di un certo fenomeno, di un certo bene ne fa un utilizzo scorretto e, quindi, siamo di fronte ad un atto di esercizio che è contrario a ciò che risulta da una determinata situazione.

Si parla, per esempio, di abuso di sostanze alcoliche o di abuso di sostanze stupefacenti.

Abuso è uso contrario al diritto o, per meglio dire, all'ordinamento giuridico.

Utilizzazione, quindi, abusiva, non ammessa dal diritto perché va al di là della sua stessa categoria.

Soffermiamoci, ora, sul concetto di diritto. Cosa significa diritto? Quale senso si dà al termine diritto per caratterizzare il tema che stiamo affrontando?

Nell'ambito di questa logica, è opportuno rimanere nella generalità del riferimento.

Limitare, per esempio, l'abuso del diritto con riferimento esclusivo al diritto soggettivo, significa valutare le cose in una logica ristretta.

Viceversa, si ritiene che l'abuso del diritto sia una situazione che risulta, di per sé, conforme ad una regola giuridica.

L'abuso del diritto è quando si cade, nell'ambito dell'atto di esercizio, all'interno della categoria che risulta designata, in maniera tecnica e specifica, o all'interno di un articolo del codice, oppure in riferimento alla disciplina generale e ampia che caratterizza la situazione giuridica.

L'abuso del diritto non è soltanto l'atto di esercizio contrario (o in conflitto) con ciò che risulta da una specifica norma. Certo, può anche essere questo, ma non è detto che sia soltanto questo.

L'abuso del diritto significa l'utilizzazione di una certa tecnica che ricade nell'ambito di una valutazione giuridica.

Pertanto, l'abuso del diritto è l'abuso di una situazione giuridica, intesa in senso ampio.

In altri termini, l'abuso del diritto è il cattivo uso, l'uso contrario alla regola giuridica, intesa in senso ampio.

2. L'abuso del diritto come tecnica interpretativa.

A questo punto, dopo aver individuato il concetto di abuso del diritto, bisogna capire l'essenza del fenomeno.

Rispetto a ciò, si ritiene che la terminologia abuso del diritto è una terminologia impropria.

*Utilizzo di una
terminologia
impropria*

In senso di valutazione sostanziale dell'ipotesi, in caso di abuso del diritto si ha un atto contrario ad una determinata normativa.

Nella sostanza, il comportamento che si realizza è un comportamento non ammesso. È un comportamento, in senso pratico, illecito perché si finisce per violare, in concreto, i limiti di una situazione giuridica.

È evidente, quindi, che, se si ragiona da un punto di vista sostanziale, l'abuso del diritto è inammissibile.

È una sciocchezza perché si dà valore ad una terminologia impropria, al fine di dare significato concreto a qualcosa il cui significato non è altro che l'illiceità.

Per giudicare l'abuso del diritto bisogna chiedersi quali sono i limiti di estensione di una norma giuridica. Si avrà abuso del diritto quando i suddetti limiti saranno violati e si avrà un comportamento che non ricade nell'ambito di una specifica situazione giuridica ed è, quindi, illecito.

La valutazione che viene data, in questa sede, del concetto di abuso del diritto è una valutazione che, molto spesso, non è altro che il riflesso di un atteggiamento.

Nello specifico, essa è il riflesso dell'atteggiamento di chi tende ad escludere problemi di valutazione dei fenomeni nella logica che caratterizza l'abuso del diritto; è una valutazione che tende, cioè, a restringere i margini di operatività del principio della non perfetta

corrispondenza del comportamento che è stato realizzato, rispetto alla norma espressiva di una certa situazione.

Siamo di fronte ad una tendenza restrittiva.

Questa è la sostanza del problema che si accompagna alla terminologia dell'abuso del diritto.

Chi rifiuta l'utilizzazione specifica, completa della terminologia abuso del diritto, nella sostanza, lo fa non tanto in omaggio ad una valutazione corretta delle ipotesi. Qui si riflette sull'utilizzazione, in senso ampio e generale, della tecnica di indagine che si nasconde all'interno della terminologia abuso del diritto.

Nella sostanza, si tende ad attribuire rilievo prioritario alla formalizzazione estesa della regola giuridica, più che alla valutazione, in senso pieno, della giuridicità intesa a livello sostanziale. Prevale la forma rispetto alla sostanza.

Al di là di quello che è stato detto circa la correttezza e l'adeguatezza dell'utilizzazione dell'espressione abuso del diritto, non si crede che questa valutazione, positiva o negativa, della terminologia espressiva del fenomeno sia l'effettivo terreno di scontro.

Non è questa la valutazione: si può utilizzare una certa terminologia, la quale impiega il termine abuso del diritto ma, a prescindere dal significato improprio di che risulta da tale espressione, non si sfugge ad una valutazione delle ipotesi.

Che si utilizzi, o meno, la categoria abuso del diritto, che ci si creda ciecamente o meno, il problema giuridico consiste nell'utilizzare tale termine d'indagine per valutare l'ammissibilità delle situazioni che si realizzano.

Questa è la tecnica d'indagine che caratterizza il fenomeno dell'abuso del diritto.

*Abuso del
diritto come
tecnica
d'indagine*

Si può utilizzare l'espressione abuso del diritto o qualsiasi altra espressione, purché si utilizzi quella tecnica d'indagine per determinare se un certo fenomeno rientra, o meno, nell'ambito delle categorie giuridiche.

Le obiezioni che si fanno circa l'adeguatezza del termine abuso del diritto, non privano, comunque, di sostanza quello che è il problema concreto che consiste, in senso pratico, nel chiedersi perché, in certe ipotesi, si nega l'ammissibilità di certi comportamenti sulla base di uno schema di carattere tecnico.

Dire abuso del diritto non significa porsi problemi di legittimità dell'impiego del termine. Si possono fare, rispetto a tale terminologia, tutte le valutazioni possibili, però, nonostante ciò non viene meno il problema.

Quando si dice abuso del diritto si vuole far riferimento ad una categoria argomentativa, ad una tecnica d'indagine.

In altre parole, non basta che sia scritto nel codice per dire che un comportamento è legittimo. Questo è, nella sostanza, il senso pratico di ciò che si pone quando si valutano le cose dal punto di vista dell'abuso del diritto. Significa ammettere la possibilità di ritenere certi comportamenti riconducibili all'interno della sfera di giuridicità che, in senso sostanziale, caratterizza determinate norme.

Abbiamo già detto che non esiste, all'interno del nostro ordinamento, una formula generale di valutazione del concetto di abuso del diritto. Veniamo, però, ora a considerare i diversi casi di abuso presenti all'interno del codice civile.

Nell'ambito del codice civile troviamo, innanzitutto, l'articolo 415 – *“Persone che possono essere inabilitate”* – che parla di *“abuso abituale di bevande alcoliche e di stupefacenti”*.

*Casi di abuso nel
codice civile*

Ancora, l'articolo 2793 c.c. – "*Sequestro della cosa*" – fa riferimento all'abuso della cosa data in pegno.

All'articolo 330 c.c. – "*Decadenza dalla responsabilità genitoriale sui figli*" – si esprime il concetto di abuso della responsabilità genitoriale. Nella sostanza, nella norma si pone un limite all'esercizio dei poteri dei genitori che, appunto, possono, in determinate circostanze, abusare dei poteri non perseguendo la tutela dell'interesse del figlio.

All'articolo 10 c.c. si fa, invece, riferimento al cosiddetto "*Abuso dell'immagine altrui*".

Si ha, poi, l'abuso dell'usufruttuario preso in considerazione all'articolo 1051 c.c., in materia di passaggio coattivo.

Ed, ancora, si può far riferimento agli articoli 342 *bis*, e seguenti, c.c. che prevedono la disciplina degli ordini di protezione contro gli abusi familiari.

Si hanno, poi, due norme contenute nell'ambito della legge n. 192 del 18 giugno 1998 – "*Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*".

La prima ipotesi è quella del cosiddetto abuso di posizione dominante di cui all'articolo 3 della legge 192/98. Si tratta di comportamenti che caratterizzano ipotesi di abuso di posizione dominante, rispetto ai quali si possono avere, nell'ambito dell'attività d'impresa, sicuri riscontri. Non sono ipotesi eccezionali.

Lo stesso discorso vale, anche, per l'altra ipotesi, ossia il cosiddetto abuso di dipendenza economica di cui all'articolo 9 della legge 192/98.

Dopo questa breve elencazione bisogna, però, considerare il contenuto dell'articolo 833 c.c. che è una disposizione la quale sancisce il compimento dei cosiddetti "*Atti di emulazione*", nell'ambito

Art. 833 c.c.

della normativa in materia di proprietà.

Con riferimento alla sfera soggettiva che caratterizza il diritto di proprietà, si può avere una fuoriuscita dai margini di legittimità se queste ipotesi, allorquando vengono realizzate quelle situazioni che ricadono nell'ambito di quanto previsto dall'articolo 833 del codice civile.

La norma in commento, quindi, risulta fondamentale per avere l'immagine giuridica di ciò che caratterizza lo schema dell'abuso del diritto.

L'articolo 833 c.c., come abbiamo detto, si inserisce nell'ambito della normativa in materia di proprietà. Il diritto di proprietà, nel suo significato astratto, sembrerebbe ammettere la legittimità di qualsiasi comportamento del proprietario.

In realtà, non è proprio così. Se, per esempio, un soggetto è proprietario di un immobile può distruggerlo? Bisognerà vedere dove è collocato tale immobile: se esso si trova in un condominio, il proprietario non potrà distruggerlo.

Questo esempio ci fa capire che la proprietà ha dei limiti. La proprietà significa margine di utilizzazione di certi diritti, ma non una pienissima utilizzazione del bene.

A tal proposito, l'articolo 833 c.c. esclude che il proprietario possa fare atti, i quali *“non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestie ad altri”*.

Gli atti di emulazione non caratterizzano, se non in senso ulteriore, la disciplina del diritto di proprietà perché, in linea di partenza, tale diritto non è tale da consentire un uso illegittimo e totalizzante dei poteri che spettano al proprietario stesso.

Pertanto, nel codice civile, dopo aver chiarito il contenuto del diritto di proprietà, si escludono gli atti emulativi, ossia si esclude il

compimento di atti che non hanno altro scopo se non quello di nuocere ad altri.

Quelle elencate sono tutte situazioni, in ordine alle quali è possibile ed è legittimo valutare le ipotesi nell'ambito del concetto di abuso del diritto.

Pertanto, anche se la categoria dell'abuso del diritto non risulta in termini di principi generale, si hanno, all'interno del codice civile, dei tentativi di legittimazione dell'impiego, nell'ambito di certe ipotesi, del concetto di abuso del diritto.

Rispetto alla sostanza del problema che caratterizza l'abuso del diritto, è necessario fare una scelta.

Si può, infatti, scegliere fra due diverse tecniche di valutazione del fenomeno.

È possibile scegliere di privilegiare, in una logica negativa, la valutazione di chi rifiuta di utilizzare il termine abuso del diritto e di dargli un ampio margine di operatività. Si esclude, in questo modo, la generalità dell'impiego del concetto di abuso del diritto.

È, però, anche possibile fare una scelta diversa, ossia scegliere una logica positiva. Si può, infatti, scegliere di non rifiutare l'idea espressa in virtù del concetto di abuso del diritto.

Si ritiene che fra le due alternative debba prevalere la seconda logica che è, cioè, quella di non esaltare il semplice profilo formale della lettera, ma di scegliere in ordine alla riconducibilità, o meno, dei diversi comportamenti all'interno di ciò che caratterizza una specifica disposizione.

Pertanto, non tutto è ammissibile semplicemente perché ricade nell'ambito delle formalità espressive della normativa. Quest'ultima è mera forma. La sostanza giuridica, invece, implica una valutazione, in

senso particolare e preciso, circa la legittimità, o meno, del compimento di certe situazioni.

La scelta fatta caratterizza, naturalmente, anche la logica con cui ci si pone davanti all'esercizio dell'attività giuridica.

Non siamo, però, in grado di dire quali siano le conseguenze di tale scelta. La logica positiva dell'abuso del diritto finisce per diventare un modo con cui valutare atti di esercizio del diritto di proprietà, atti contrattuali e verificare se essi sono, o meno, ammissibili.

Per esempio, Tizio acquista una quantità spropositata di immobili. Ciò è ammissibile? Questo comportamento toglie dalla sfera di godimento altrui gli immobili. Tale esercizio dell'autonomia privata è abuso del diritto?

Cosa è possibile ricondurre all'interno della definizione espressiva dell'abuso del diritto?

L'abuso del diritto, nella sostanza, è il compimento di un atto per uno scopo ulteriore e diverso da quello cui l'atto è, giuridicamente, destinato.

In altri termini, si ha abuso del diritto quando si pone in essere un atto non tanto per lo scopo che risulta caratterizzabile nei termini di quella situazione giuridica, ma per il raggiungimento di uno scopo, ulteriore e diverso, che viola la disciplina di carattere tecnico.

Abuso del diritto significa porre in essere un atto, il quale dà luogo al raggiungimento di risultati che sono alla base del compimento dell'atto stesso e che caratterizzano uno scopo, ulteriore e diverso, rispetto a quello in forza del quale quell'atti è previsto all'interno dell'ordinamento giuridico.

Siamo, quindi, di fronte ad una valutazione di un'attività. Si scende in una valutazione del comportamento per renderne ammissibili

alcuni ed inammissibili, in quanto destinati al raggiungimento di un obiettivo che è quello di ledere interessi altrui.

Questa è, nella sostanza, la caratteristica dell'abuso del diritto.

Se questa è la caratteristica dell'abuso del diritto, però, nasce un ulteriore problema dato dalla complessità nel realizzarsi dell'operazione interpretativa.

Quali sono le categorie giuridiche interessate da questa ipotesi?

Le categorie giuridiche interessate sono le situazioni iniziali che si riconducono, da un lato, all'interno del concetto di libertà e, dall'altro lato, all'interno dei concetti di potere e diritto.

A tal proposito, il potere esprime il concetto di capacità giuridica e presiede all'instaurarsi di determinati rapporti.

Il diritto si colloca all'interno della disciplina del rapporto.

Nell'ambito di questa visione, il collegamento fra concetto di abuso del diritto e libertà, potere e diritto dà particolare rilevanza alla generalità del concetto di abuso del diritto. Quest'ultimo, nella logica che caratterizza questa ipotesi, è un concetto generale: tutte le situazioni che ricadono nell'ambito del diritto privato possono essere controllate nell'ambito della logica dell'abuso del diritto.

*Generalità abuso
del diritto*

È, comunque, certo, come abbiamo già detto nel capitolo precedente, che l'abuso del diritto non è altro che un momento di malafede. L'abuso del diritto è il contrario della buona fede.

Qual è, quindi, il punto di arrivo della valutazione fatta finora?

Il momento terminale che, però, riassume tutto quello che abbiamo avuto modo di dire e che ne dà una chiave di lettura specifica, è che per aversi abuso del diritto bisogna porre in essere un'attività di carattere interpretativo.

*Abuso del diritto
come momento di
tecnica
interpretativa*

L'abuso del diritto è una modalità di realizzazione di un

atteggiamento in sede interpretativa, quindi, è un momento di tecnica di interpretazione.

Quando si parla di tecnica di interpretazione si vuole dire che non si deve limitare la valutazione dei fenomeni, previsti all'interno delle norme giuridiche, sulla base della loro esclusiva formalità.

Non è detto che realizzando un comportamento previsto dalla legge, quel comportamento sia sempre accompagnato da una valutazione positiva perché la finalità con cui si pone in essere un'attività prevista all'interno di una determinata norma può rappresentare momento non di attuazione, ma di violazione della norma stessa.

Quando, per esempio, si dice che un certo soggetto può stipulare il contratto non è detto che questo contratto, poi, sia realizzato nell'ambito di una situazione perfettamente normativa.

Stipulare un contratto non è detto che sia sempre un'ipotesi di perfetta ammissibilità.

Facciamo, per esempio, il caso di un soggetto che va dal panettiere e compra tutto il pane presente nel negozio per buttarlo via, impedendo agli altri della zona di avere il pane.

Questo atto di esercizio dell'autonomia contrattuale è ammissibile?

Evidentemente, ciò non è ammissibile. Il comportamento del soggetto non è un atto di esercizio della sua autonomia privata, ma è un abuso.

Pertanto, in un'ipotesi di questo genere, quell'atto, formalmente contrattuale, non è ammissibile e ricade nell'ambito della categoria generale dell'abuso del diritto.

Per realizzare una valutazione di questo genere bisogna porre in essere un'attività di carattere interpretativo.

L'abuso del diritto è, come già detto, un momento di realizzazione della tecnica interpretativa. Si valuta l'attività che viene posta in essere e, per forza di cose, sulla base della valutazione effettuata in sede interpretativa, si avrà l'ammissibilità o l'inammissibilità dell'attività realizzata dal soggetto.

Come più volte ricordato, vi è una chiave di lettura, circa lo svolgimento dell'attività di interpretazione, che è condensata nella realtà della cosiddetta precomprensione.

La precomprensione costituisce un modo per differenziare l'atto interpretativo, a seconda da chi venga posto in essere. È un qualcosa che caratterizza la mentalità dell'interprete, nel momento in cui esso pone in essere l'interpretazione.

È l'atteggiamento soggettivo dell'interprete che fa sì che l'atto interpretativo possa essere diverso a seconda della persona che lo mette in atto.

Quindi, la precomprensione costituisce un rischio dell'attività di interpretazione.

Considerando che l'abuso del diritto è collegato all'attività di interpretazione, certo è che il rischio è quello di far sì che quell'atto interpretativo dipenda da una particolare precomprensione.

A tal proposito, occorre ricordare quanto detto, in merito all'interpretazione come costruzione di un senso che viene attribuito a ciò che si interpreta.

Bisogna, a questo punto, fare un'ultima notazione. Per quale ragione, oggi, si tende a discutere sull'abuso del diritto.

Oggi si discute dell'abuso del diritto, in maniera privilegiata, in ragione della situazione critica in cui versa il momento legislativo. La scarsità delle soluzioni offerte a livello legislativo può creare delle

situazioni problematiche che possono essere risolte attraverso il ricorso alla tecnica dell'abuso del diritto.

L'abuso del diritto costituisce, in quest'ottica, un modo per rimediare ai vuoti presenti a livello legislativo.

È evidente che, nell'ambito di questa prospettiva di insufficienza delle formulazioni normative, emerge con maggiore prepotenza la categoria dell'abuso del diritto.

Da ciò risulta, anche, l'intrinseca storicità del tema che stiamo trattando: oggi, per le ragioni suddette, si torna a parlare, dopo le elaborazioni dottrinali degli inizi del novecento, dell'abuso del diritto come tecnica interpretativa che assume rilevanza, indipendentemente dall'assenza (o dalla presenza) di una specifica disposizione normativa in tal senso.

3. L'utilizzazione del criterio dell'abuso del diritto in sede giurisprudenziale.

Come abbiamo spiegato nei capitoli precedenti, l'abuso del diritto è quella tecnica interpretativa che tende a sanzionare il comportamento di un certo soggetto il quale propone quello che lui ritiene essere un atto di esercizio di una situazione soggettiva che, però, non è tale.

Un determinato comportamento rientra nell'ambito dell'abuso del diritto non tanto perché il soggetto non agisce all'interno dello schema tecnico-giuridico, ma piuttosto perché la valutazione dello stesso non viene ricondotta nello sfera normativa di riferimento.

Pertanto, la valutazione di un certo comportamento in termini abusivi dipende da chi è chiamato a giudicare determinate attività. In altri termini, l'abuso del diritto è il frutto di un giudizio posto in

essere da colui che è chiamato ad interpretare i comportamenti soggettivi.

Dopo aver inquadrato il fenomeno dell'abuso del diritto, vediamo qual è l'utilizzazione della medesima categoria nell'ambito dell'attività giurisprudenziale.

3.1. Abuso del diritto e nullità del contratto congegnato in maniera abusiva: analisi della sentenza della Corte di Cassazione n. 16591 del 2012.

Partiamo con l'analizzare la sentenza della Corte di Cassazione, n. 16591, del 28 settembre 2012.

*Cass., n.
16591/12*

Questa fattispecie dovrebbe essere, in qualche modo, già nota. In particolare, abbiamo a che fare con un contratto preliminare relativo ad un immobile di edilizia convenzionata, realizzato con un contributo della Regione Sicilia e sottoposto, come si sa, ad un regime particolare che ne limita la libera circolazione. Sulle questioni relative al contratto preliminare avremo modo di tornare in seguito quando affronteremo la materia in maniera specifica.

Le parti stipulano un contratto preliminare avente ad oggetto il suddetto immobile e, naturalmente, pattuiscono che il definitivo potrà essere stipulato soltanto dopo la scadenza del termine decennale di inalienabilità previsto dalla normativa amministrativa.

La particolarità del caso sta nel modo in cui viene congegnato tale contratto preliminare. Le parti, infatti, non si limitano a prevedere la successiva vendita definitiva, ma, ritenendosi particolarmente astuti, congegnano anche una serie di altri meccanismi. Da una parte, prevedono che ci sia un'immediata consegna del possesso dell'immobile così che, fin da subito, i promissari acquirente possano andare ad abitare nell'immobile medesimo. Dall'altra parte, viene

previsto anche il pagamento, in via anticipata, di una parte cospicua del prezzo di vendita e gli stessi promissari acquirenti si accollano, anche, il pagamento delle rate del mutuo che gravava sul bene.

Con tali clausole si mira, tendenzialmente, a realizzare, in concreto e fin da subito, gli effetti di trasferimento del bene che non possono, nel caso di specie, essere formalizzati come tali prima della scadenza del suddetto termine decennale.

Sulla base di questa situazione, i promittenti venditori formulano, dopo qualche tempo, formulano una richiesta ulteriore, chiedendo che i promissari acquirenti che già vivono nell'immobile si facciano anche carico del pagamento delle tasse immobiliari.

Questo non è previsto nel contratto, gli altri soggetti si rifiutano di dar seguito a questa ulteriore richiesta e si apre una fase di conflitto.

Per risolvere drasticamente tale situazione di conflitto, i promittenti venditori decidono di avvalersi della clausola di recesso previste all'interno del preliminare. Chiedono, quindi, alla controparte di abbandonare l'immobile e di restituirlo a loro, in quanto ancora legittimi proprietari.

Si apre così la causa avviata dai promittenti venditori per chiedere, in forza del recesso, il rilascio dell'immobile.

I promissari acquirenti si oppongono, chiedendo che si proceda, *ex* articolo 2932 c.c., all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre.

Il Tribunale di Caltanissetta dichiara legittimo, in quanto previsto nel contratto, l'esercizio del diritto di recesso.

I promissari acquirenti propongono, quindi, appello. In sede di appello emergono altri due interessanti profili.

Innanzitutto, emerge un profilo argomentativo dello stesso atto d'appello. Il promissario acquirente sostengono che il recesso fosse,

comunque, inammissibile perché il preliminare aveva, in concreto, tutte le suddette caratteristiche particolari sopra dette e, quindi, andrebbe considerato come una vendita definitiva. Se tale contratto è una vendita definitiva, allora, secondo gli appellanti, con lo schema della vendita definitiva non sarebbe compatibile un diritto di recesso che non ha senso rispetto ad una vendita istantanea pura e semplice. L'incompatibilità strutturale del recesso comporta, di conseguenza, la nullità della clausola contrattuale che lo prevedeva.

La Corte d'appello di Caltanissetta va oltre, in quanto ritiene non solo nulla la clausola di recesso, ma stabilisce la nullità dell'intero contratto preliminare. Siccome si volevano realizzare gli effetti di un'operazione definitiva e non meramente preliminare, questo evidenzia come tutta l'operazione sia posta in essere in frode alle norme sull'edilizia popolare. Un preliminare che, nella sostanza, realizza gli effetti della vendita viene qualificato come nullo per frode alla legge ai sensi dell'articolo 1344 del codice civile.

Ciò comporta il rigetto dell'appello perché la nullità dell'intero contratto comporta il diritto dei promittenti venditori di riprendersi l'immobile.

I promissari acquirenti propongono, quindi, ricorso per Cassazione che viene, come vedremo, anch'esso rigettato.

Innanzitutto, vengono ritenute infondate tutta una serie di contestazioni relative alla effettiva natura preliminare del contratto intercorso fra le parti. I ricorrenti tentano di invocare, anche, la sentenza della Cassazione sul caso Renault per dire che l'esercizio del recesso come ritorsione per il loro rifiuto a pagare le tasse sull'immobile costituisce una forma di abuso del diritto. Anche tale profilo non viene accolto perché è stato sollevato, per la prima, volta in sede di ricorso per Cassazione.

Soprattutto, ed è questo il profilo sostanziale che ci interessa in questa sede, la Corte di Cassazione conferma la motivazione giuridica e sostanziale della sentenza della Corte d'appello.

In particolare, si precisa che, riguardo agli immobili di edilizia convenzionale, il preliminare, si per sé, sono ammissibili, come già detto anche in altre occasioni dalla stessa Cassazione. il principio di non alienabilità non vieta l'impegno, meramente obbligatorio, ad alienare l'immobile dopo il decorso del termine decennale.

Si aggiunge che, però, in concreto il contratto preliminare è andato oltre. Esso, per l'insieme di pattuizioni stipulate, l'esito sostanziale dell'operazione non è quello di stipulare un mero preliminare, ma di realizzare l'effetto traslativo che la normativa vieta, eludendo il divieto stesso.

Nella sentenza si dice che si è, nel caso di specie, impiegato un mezzo lecito (il contratto preliminare) per raggiungere un fine illecito (l'effetto traslativo anticipato rispetto alla scadenza del decennio).

In questo consiste l'abuso, questa è la frode. La conseguenza di tale comportamento abusivo, in frode alla legge è, quindi, la nullità del preliminare.

Questo è un modo di ragionare che è tipico della dottrina in materia di abuso del diritto. Il contratto congegnato in maniera abusiva viene privato dei suoi effetti, attraverso il meccanismo della nullità.

3.2. Abuso del diritto e comportamento contrario ai principi di buona fede e correttezza: analisi della sentenza della Corte di Cassazione n. 13208 del 2010.

La seconda sentenza che analizziamo in materia di abuso del diritto è quella della Corte di Cassazione, n. 13208, del 31 maggio 2010.

Cass., n. 13208/10

La vicenda ha ad oggetto i rapporti intercorrenti fra il Comune di

Termini Imerese e la Igar s.r.l.

Nel 1998 le due suddette parti stipulavano due distinti contratti: un contratto di appalto, con cui il Comune affidava alla Igar l'appalto per la ristrutturazione di un complesso immobiliare formato da un albergo e da una stazione termale; un contratto di locazione, con cui il Comune concedeva il medesimo complesso immobiliare in locazione alla Igar.

Nel 2002 il Comune chiedeva lo sfratto per morosità della società e la conseguente risoluzione del contratto di locazione perché la Igar era risultata inadempiente nel pagamento dei canoni di locazione.

La Igar si costituiva in giudizio e sosteneva che il credito del Comune si era estinto per compensazione con il maggior credito che la società aveva, nei confronti del Comune, relativamente alla concessione dell'appalto per i lavori di ristrutturazione del complesso immobiliare. Lavori che non erano stati integralmente pagati dal Comune.

Il credito della Igar era stato accertato con sentenza della Corte d'appello di Palermo del 1999.

In ragione di ciò, la Igar chiedeva la condanna del Comune al risarcimento dei danni per lite temeraria (articolo 96 c.p.c.).

Il Tribunale accoglieva la domanda del Comune e dichiarava la risoluzione del contratto di locazione per grave inadempimento del conduttore.

La Corte d'appello confermava la decisione di primo grado, dichiarando, però, l'inammissibilità della condanna di Igar al pagamento dei canoni scaduti.

La Corte d'appello escludeva l'operatività della compensazione legale di cui all'articolo 1234 c.c. perché essa non può fondarsi su un credito la cui esistenza dipenda dall'esito di un diverso giudizio non

ancora definito. Nel caso di specie, infatti, era stato proposto ricorso per Cassazione contro la sentenza del 1999 che aveva accertato l'esistenza del credito della società, relativamente al pagamento dei lavori di ristrutturazione.

Inoltre, la Corte d'appello riteneva che l'argomentazione sostenuta dalla Igar in riferimento al comportamento, contrario a buona fede e correttezza, tenuto dal Comune (che si era rifiutato di togliere dalle somme pagate per la ristrutturazione quanto dovuto dalla Igar per la locazione del complesso immobiliare), prive di fondamento e puramente assertive.

Contro tale decisione la Igar propone ricorso per Cassazione.

Con il primo motivo di ricorso la società sostiene che, diversamente da quanto stabilito dal giudice d'appello, la certezza del credito non è requisito necessario per il verificarsi della compensazione legale. L'articolo 1234 c.c. chiede solo la liquidità ed esigibilità dei debiti crediti reciproci.

Requisito della certezza che, comunque, si era concretizzato perché, nel frattempo, la Cassazione aveva respinto il ricorso contro la sentenza del 1999.

Tale motivo è ritenuto infondato dalla Cassazione. Essa sostiene che il giudice di merito aveva correttamente negato l'operatività della compensazione legale. Ribadisce che il requisito della certezza è necessario per il verificarsi del meccanismo della compensazione.

È, però, il secondo motivo di ricorso che qui ci interessa maggiormente ed è anche quello che viene accolto dalla Cassazione e che porta alla Cassazione della sentenza di appello.

Con il secondo motivo di ricorso la Igar sostiene che il Comune, omettendo di trattenere dalle somme pagate a Igar per la ristrutturazione quanto da essa dovuto a titolo di canoni di locazione,

aveva violato l'obbligo di comportarsi secondo buona fede e correttezza. Richiama, a tal proposito, la nozione di abuso del diritto. Il comportamento del Comune (che, tra l'altro aveva un debito verso la Igar molto maggiore rispetto al debito che la stessa aveva con il Comune) era volto a determinare l'inadempimento della società, al fine di chiedere poi lo sfratto per morosità.

In pratica, il Comune aveva smesso, sostanzialmente, di pagare i lavori di ristrutturazione, Igar non aveva, quindi, le liquidità necessarie per pagare il debito. Ciò aveva determinato il suo inadempimento e il successivo sfratto per morosità.

Tale motivo è fondato. Secondo la Cassazione, siamo di fronte ad un rapporto contrattuale innegabilmente peculiare. Rapporto che, quindi, doveva essere valutato in maniera puntuale, considerando il comportamento tenuto dalle parti.

In particolare, doveva essere valutato, con attenzione, il comportamento del Comune che si era rifiutato di detrarre dalle somme da pagare alle Igar i canoni di locazione che essa gli doveva. Tale rifiuto aveva portato all'inadempimento della società e alla successiva e tempestiva intimazione di sfratto per morosità.

Tale comportamento è, secondo la Cassazione, contrario alla buona fede e correttezza che, come si sa, deve accompagnare tutte le fasi del rapporto contrattuale.

Per questo le parti, anche nella fase patologica del rapporto, hanno il dover di agire in modo da preservare, per quanto possibile, gli interessi della controparte e, soprattutto l'interesse alla conservazione del vincolo.

Da ciò deriva, quindi, abuso del diritto. Pertanto, la slealtà del comportamento della parte che invoca la risoluzione del contratto per

inadempimento, pur avendo altre vie per poter tutelare i propri interessi, costituisce una forma di abuso del diritto.

Nel caso di specie, quindi, il fatto che la sentenza di appello abbia totalmente ommesso qualsiasi considerazione in ordine ai suddetto profili, porta all'accoglimento del ricorso, a alla cassazione della decisione impugnata con rinvio della questione ad altro giudice che dovrà valutare la sussistenza del presupposti per la risoluzione del contratto di locazione, alla luce anche dell'eventuale abuso del diritto del Comune.