

ABUSO DEL DIRITTO: TRA MERCATO, CONCORRENZA E  
CLAUSOLE GENERALI

*ABUSE OF LAW: BETWEEN MARKET, COMPETITION AND  
GENERAL CLAUSES*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 462-509*

Giuseppe Maria  
MARSICO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de octubre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

**RESUMEN:** Con la formula "abuso del diritto" si tende ad indicare un limite esterno all'esercizio, potenzialmente pieno ed assoluto, del diritto soggettivo, il cui riconoscimento, come si insegna, implica l'attribuzione al soggetto di una duplice posizione, di libertà e di forza. Si analizzerà, in tale prospettiva, la clausola generale della buona fede nell'ambito della giustizia contrattuale e della certezza dei traffici giuridici del mercato.

**PALABRAS CLAVE:** Abuso del diritto; buona fede; clausole generali; mercato; concorrenza.

**ABSTRACT:** *With the formula "abuse of rights" we tend to indicate an external limit to the potentially full and absolute exercise of subjective rights, the recognition of which, as is taught, implies the attribution to the subject of a dual position, of freedom and of strength. From this perspective, the general clause of good faith in the context of contractual justice and the certainty of legal transactions in the market will be analysed.*

**KEY WORDS:** *Abuse of rights; good faith; general clauses; market; competition.*

**SUMARIO.- I. BREVI PROFILI RICOSTRUTTIVI SULLE CLAUSOLE GENERALI. ABUSO DEL DIRITTO: UN POSSIBILE OSSIMORO?.- II. LE ORIGINI DELL'ABUSO DEL DIRITTO: TRA ESIGENZE DI CERTEZZA DEI TRAFFICI, BUONA FEDE E AUTONOMIA PRIVATA.- III. LA DOTTRINA ITALIANA: PROFILI RICOSTRUTTIVI.- IV. CONTRATTO E CONCORRENZA: LA CONFIGURABILITÀ DEI DANNI PUNITIVI (POTENZIALI) ALLA LUCE DELLA POLIFUNZIONALITÀ DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE.- V. LE FONTI EUROPEE E NAZIONALI.- VI. L'ABUSO NEI RAPPORTI CONTRATTUALI TRA IMPRESE E I C.D. FALLIMENTI DEL MERCATO.- VII. L'ABUSO DEL DIRITTO TRA EQUILIBRIO CONTRATTUALE E "GIUSTIZIA" DEL CONTRATTO.- VIII. BREVI CONCLUSIONI IN UNA PROSPETTIVA RIMEDIALE DELLE IPOTESI DI *EXCEPTIO DOLI GENERALIS*: SULL'AUTONOMIA ASSIOLOGICA DELLA BUONA FEDE RISPETTO ALLA SOLIDARIETÀ COSTITUZIONALE.**

---

## **I. BREVI PROFILI RICOSTRUTTIVI SULLE CLAUSOLE GENERALI. ABUSO DEL DIRITTO: UN POSSIBILE OSSIMORO?**

Le clausole generali rappresentano particolari norme, dette anche "norme in bianco"; esse si distinguono per la loro espressione generica e elastica che permette al giudice di interpretare i principi sottesi al diritto in chiave evolutiva. Le medesime costituiscono uno strumento legislativo che permette all'ordinamento di evolversi e di adeguarsi alle mutevoli esigenze della società, attraverso un'attività giurisprudenziale di auto-integrazione di alcune lacune normative, per loro natura strutturali e connaturate a ciascun ordinamento. A tal uopo, grazie all'utilizzo di tali clausole generali e, al tempo stesso, "di chiusura" del sistema è possibile attuare un raccordo fondamentale tra norma positiva (auspicabilmente, statica, salvo interventi legislativi) e valori etico-sociali (ragionevolmente, mutevoli ed in continuo cambiamento); infatti, grazie alla natura spiccatamente elastica delle clausole generali, tali valori ispirano direttamente determinati modelli giuridici,

---

I GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 1999, p. 548; BIGLIAZZI GERI, L.: "Buona fede nel diritto civile", *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1988; RESCIGNO, P.: *L'abuso del diritto*, Bologna, 1988, pp. 13 ss.; NAVARRETTA, E.: "Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. "L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti", *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Milano, 2006, Tomo III, p. 645 ss.; SCOGNAMIGLIO, C.: "L'abuso del diritto", *Contratti*, 2012, p. 13. Il Codice Civile riconosce in capo al creditore ed al debitore il dovere di comportarsi secondo le regole della correttezza ex art. 1175 c.c. Il principio di buona fede trova importanti applicazioni anche in materia contrattuale, per quanto concerne le trattative (art. 1337 c.c.), l'interpretazione (art. 1366 c.c) e l'esecuzione (1375 c.c.). In particolare, sia nella fase delle trattative, sia in quella della conclusione del contratto, il principio di buona fede trova attuazione, ma nella sua accezione oggettiva e, quindi, legata al principio di solidarietà contrattuale, ispirata dai principi di lealtà e salvaguardia. Debitore e creditore sono quindi accomunati da una disposizione di carattere generale che impone loro di comportarsi secondo le regole della correttezza ex art. 1175 c.c., specificandosi poi nell'obbligo di salvaguardia a favore, ed a carico, di entrambe le parti. In questo senso, il principio di buona fede si concretizza in una duplice finalità, in quanto, per ciò che concerne il creditore, gli impedisce un improprio abuso del suo diritto e, nello stesso tempo, lo obbliga ad attivarsi al fine di evitare, o limitare, gli imprevisti e le conseguenze negative che ne derivano; nei confronti del debitore, invece, assume rilievo poiché egli è tenuto, oltre che ad adempiere alla prestazione dedotta nel titolo, anche a tutelare gli interessi del creditore che non sono indicati specificatamente dal titolo obbligatorio, ma che ne sono comunque

### • Giuseppe Maria Marsico

Dottorando di Ricerca in Diritto Privato e dell'Economia presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata e Funzionario Giuridico-Economico-Finanziario. E-mail: giuseppemaria.marsico@students.uniroma2.eu

permanentemente recepiti nel sistema normativo. Tra le clausole generali, la buona fede<sup>2</sup> - in tutte le sue proprie declinazioni - assurge ad un ruolo peculiare<sup>3</sup>,

legati. La dottrina prevalente ha individuato una funzione integrativa della norma in esame destinata ad incidere sul contenuto del rapporto obbligatorio quale fenomeno giuridico caratterizzato da una struttura complessa: in questo senso il principio di correttezza si pone come fonte di doveri ulteriori che vincolano le parti ancorché non risultino dal titolo del rapporto obbligatorio e, perciò occorre determinare le caratteristiche di questi obblighi aggiuntivi.

Proprio dall'analisi di questi obblighi, si è giunti alla formulazione dei c.d. 'doveri di protezione', tra i quali, in primo luogo, il dovere di cooperazione, che a sua volta, si specifica in obblighi più precisi. Tra tali obblighi rientrano sicuramente i doveri di avviso e di informazione, che il creditore è tenuto ad osservare nell'interesse proprio, ma anche del debitore, il quale deve essere portato a conoscenza di tutti quegli aspetti insiti nel rapporto o di quelli che potrebbero sopravvenire in futuro; la parte può poi essere tenuta ad eseguire prestazioni non previste da ciò che è stato regolato esplicitamente ai fini della salvaguardia dell'utilità altrui; la parte può essere tenuta a modificare il proprio comportamento in sede di esecuzione; il creditore deve ammettere il ricevimento di una prestazione non propriamente conforme a quella pattuita, se non sia compromessa l'utilità sostanziale della stessa; la parte tenuta di un corretto esercizio dei poteri discrezionali, dei quali dispone infatti di esecuzione della prestazione. Vedasi, sul punto, LIBERTINI, M.: "Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale", *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido – Studi in onore di Roberto Padoleski* (a cura Di CIOMMO, F – TROIANO, S.), Roma-Piacenza, 2018, pp. 495 ss.

- 2 ALPA, G.: "Prime note di raffronto tra i principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano", *Contratto e impr. Eur.*, 1996, pp. 318 s., il quale elenca gli artt. 1.7, 2.4, 2.14, 2.16, 2.17, 2.18, 4.1, 4.2, 4.8, 5.2, 5.3, 5.8, 7.12, 7.17, 7.2.2, 7.4.8, nei quali la buona fede assume rilievo, al di fuori, dunque, della sola fase delle trattative. Ricorda ancora che al medesimo principio è ispirato l'art. 7 della Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980, ratificata dalla l. 11 novembre 1985, n. 765.
- 3 Dagli scritti di Savatier e Josserand appare con chiarezza come nel pensiero di tali Autori il divieto di *abus de droit* si sostanzia in parametri extragiuridici, rispondenti non tanto alla logica interna, alla *ratio* degli strumenti giuridici e delle loro condizioni di utilizzo, bensì, piuttosto, a valutazioni di carattere etico e ideologico. Valutazioni che conducono Savatier e Josserand a rintracciare il tratto identificativo dell'abuso del diritto rispettivamente nell'immoralità della condotta con cui il diritto viene esercitato e nell'"antisocialità" della condotta medesima ovvero nella sua contrarietà alla funzione sociale in vista della quale il diritto viene riconosciuto dall'ordinamento giuridico al singolo. Savatier, sebbene non sia stato il primo Autore a occuparsi del tema dell'abuso essendo la sua teoria relativamente recente, ha il pregio di affermare in modo chiaro e con forza la legittimità e l'utilità della figura dell'abuso del diritto.

Sul punto, per una ricostruzione sul punto, v. anche BELVEDERE, A.: "Le clausole generali tra produzione e integrazione di norme", *Pol. Dir.*, 1988, pp. 631 ss.; *Id.*; "L'avventura delle clausole generali", *Riv. crit. Dir. priv.*, 1986, p. 21; GUARNIERI, E.: "Clausole generali", *Dig. Disc. Priv.*, Sez. civ., II, Torino, 1988, pp. 403 ss; MENGONI, L.: "Spunti per una teoria delle clausole generali", in AA.VV.: *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, p. 10; RODOTÀ, S.: "Il tempo delle clausole generali", *ivi*, p. 609; RESCIGNO, P.: "Appunti sulle clausole generali", *Riv. dir. comm.*, 1998, I, p. 1; SANTORO PASSARELLI, F.: *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981, p. 171. Ancora più di recente v. MENGONI, L.: "Autonomia privata e Costituzione", *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, pp. 1 ss., in cui si legge che "in nessun caso comunque, secondo la dogmatica del nostro codice civile, la violazione della buona fede è causa di invalidità del contratto, ma solo fonte di responsabilità per danni" e più avanti aggiunge che "la clausola della buona fede non è mai criterio di nullità del contratto o di singole clausole". D'AMICO, M.: "Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto", *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 40; vedasi, in particolare, ancora SCOGNAMIGLIO, C.: "L'abuso del diritto", *Contratti*, 2012, p. 13 ove sottolinea il nesso tra abuso del diritto e razionalità del mercato.

Per un approfondimento in materia di abuso contrattuale v. CORSARO, L.: *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, Perugia, 1979; *Id.*, "Raggiro, dolo colposo e annullamento del contratto", *Giur. it.*, 1989, I, 2, pp. 10 ss.

Vedasi ancora sul punto SACCO, R.: *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici*, Torino, 1949, p. 13.

L'incertezza circa il contenuto della nozione di buona fede ha origini lontane. Nel diritto romano, non esisteva propriamente la locuzione buona fede ma quella di *fides*. Essa ne fu probabilmente il predecessore. A quel tempo l'uso della *fides* valeva non solo nei rapporti tra privati ma specialmente nelle relazioni tra i popoli ed evocava un concetto etico-sociale assai ampio e non unitario. Talvolta si estendeva al rispetto dell'impegno preso e della parola data, esprimendo un principio di eguaglianza tra i soggetti; talaltra alla protezione nei confronti del soggetto più debole, implicando un rapporto non egualitario ma di predominanza e potere di un soggetto rispetto ad un altro. Per un maggiore approfondimento circa la nozione di buona fede nel diritto romano v. SENN, L.: "Buona fede nel diritto romano", *Dig.*, Sez. civ., II, Torino, 1988, pp. 129 ss.; TALAMANCA, M.: "La bona fides nei giuristi romani: 'leerformeln' e valori tutelati dall'ordinamento", *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, Padova-Venezia-Treviso, 14, 15, 16 giugno 2001, GAROFALO, L.: (a cura di), Padova, 2003, vol. IV. Tra gli studiosi della tradizione romana si vedano

dal momento che essa configura uno strumento concettuale e tecnico concepito dalla teoria e dalla prassi dei vari ordinamenti, con particolare riguardo agli istituti fondamentali del diritto civile e commerciale ed, in particolare, nell'ambito del contratto. La buona fede, tuttavia, sul piano squisitamente definitorio, non può essere ricondotta ad una singola formula in grado di racchiudere la complessità dei suoi molteplici aspetti; accanto a tali difficoltà qualificatorie, è ancor più lampante, come testimoniato dalla numerosa e contrastante giurisprudenza, la problematica della specificazione delle sue modalità applicative.

La buona fede è una nozione che ha vissuto periodi di minore o maggiore rilevanza nei diversi sistemi giuridici, a seconda del periodo storico e culturale, ma nel corso dei secoli, ha goduto di un costante e crescente interesse di giurisprudenza e dottrina che ne hanno modificato e rafforzato la portata. Nell'ambito del codice civile francese, invero, si rinviene più volte il riferimento alla buona fede. Alla clausola generale di buona fede fa da contraltare l'abuso del diritto.

Il concetto di *abuso del diritto*, da oltre un secolo al centro di un vivacissimo e annoso dibattito dottrinale e giurisprudenziale<sup>4</sup>, analizzato nelle parole che ne compongono la nomenclatura *abuso e diritto*, si presenta, *prima facie*, intimamente contraddittorio. Il diritto soggettivo, sotto il profilo qualificatorio, può essere inteso, senza alcuna pretesa di completezza, quale posizione giuridica soggettiva garantita a un individuo da parte di una norma giuridica cui corrisponde il potere di volontà e di azione riconosciuto dalla norma a tale soggetto nei confronti di uno, alcuni o tutti gli altri soggetti dell'ordinamento.

Diversamente, quando ci si riferisce all'abuso del diritto<sup>5</sup>, s'intende che l'esercizio della libertà garantita dalla norma di esercitare il potere accordato dalla legge può dar luogo a responsabilità: onde un atto lecito – l'esercizio del diritto

---

inoltre: SCHERMAIER, M.: "Bona fides in Roman contract law", *Good faith in European Contract Law*, (a cura di ZINNERMANN, W. – WHITTAKER, F.), Cambridge, 2000, pp. 54 ss.; ZINNERMANN, W., "Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi", *Riv. dir. civ.*, 2001, I, pp. 703 ss.

- 4 L'abuso del diritto è stato oggetto di numerosi contributi dottrinali. Su tutti vedasi ancora ROTONDI, M.: "L'abuso del diritto", *Riv. dir. civ.*, 1923, pp. 105 ss.; NATOLI, U.: "Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pp. 37 ss.; RESCIGNO, P.: "L'abuso del diritto", *Riv. Dir. Civ.*, 1965, I, pp. 205 ss., e ora in "L'abuso del diritto", Bologna, 1998, ed. Il Mulino; ROMANO, S.: "Abuso del diritto", *Enc. del diritto*, I, Milano, 1958, pp. 168 ss.; PATTI, S.: "Abuso del diritto", *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1987, 2 ss.; MESSINETTI, R.: "Abuso del diritto", *Enc. del diritto*, II, Milano, 1998, pp. 1 ss.; SALVI, C.: "Abuso del diritto", *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; GAMBARO, A.: *Abuso del diritto*, *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; AA.VV.: "L'abuso del diritto", *Diritto privato*, Padova, 1998.
- 5 Giorgianni, estimatore di Jossierand che considera il più profondo e acuto indagatore dell'abuso del diritto; rivolge un'importante critica all'opera di Jossierand ritenendo che il giurista francese ingeneri confusione nel momento in cui fa coincidere il significato dell'*esprit* del diritto con la finalità del diritto piuttosto che confermare che lo stesso coincide con l'*ideál collectif du moment* cioè, secondo l'interpretazione dell'Autore italiano con "l'interesse, o valore, caratterizzante un determinato ambiente culturale in quanto in esso predominante in un determinato momento storico, e inerente alla stessa struttura formale del diritto soggettivo". Egli è convinto che tale disinvoltura terminologica porti con sé una ben più significativa confusione concettuale, che "provoca la trasposizione del discorso del Jossierand su un piano metascientifico-giuridico: il che spiega il richiamo a concetti di ordine morale come 'egoismo' e 'altruismo'".

– diviene fonte di responsabilità per colui che lo esercita<sup>2</sup>. L'abuso, infatti, come affermava Gentili, non è altro che un uso chiamato abuso, e non uso, in quanto ritenuto illegittimo, ma non illecito, anzi addirittura legittimo da un punto di vista formale ma non da quello sostanziale<sup>6</sup>.

Proprio l'intrinseca contraddittorietà che lo caratterizza, come osservava acutamente Rescigno già a metà degli anni Sessanta, rende il tema dell'abuso del diritto un prezioso e privilegiato osservatorio per valutare la tenuta complessiva di un determinato ordine giuridico e per individuare il modello di certezza del diritto prospettato in tale ordinamento dalla dottrina ai giudici<sup>4</sup>.

Infatti, sia nelle argomentazioni poste a sostegno sia in quelle volte a negare la possibilità e l'utilità di addivenire ad un'autonoma configurazione dell'istituto dell'abuso, non è infatti difficile cogliere concezioni del diritto soggettivo, dei principi fondamentali e della certezza del diritto che rinviano a mondi e modelli, spesso, assai diversi<sup>7</sup>.

Il compito cui è chiamato a rispondere l'interprete è dunque duplice, sostanziandosi, da un lato, nella ricerca e individuazione dei limiti cui può essere sottoposto l'esercizio di un diritto, limiti che non risultano essere né certi né tantomeno facilmente identificabili, e, dall'altro, nella necessità di spiegare come simili limiti all'esercizio di prerogative spettanti al titolare di una situazione giuridica soggettiva (poteri, libertà e facoltà) possano sussistere alla luce del principio, *questo sì, certamente, generale*<sup>8</sup>, *qui iure su utitur neminem laedit*.

Tale principio che, a partire da Marcel Planiol, celebre oppositore della teoria dell'abuso del diritto, fu utilizzato per contrastare le nascenti teorie sull'abuso. Planiol e i suoi seguaci ritenevano, infatti, che se c'è diritto non ci può essere abuso e viceversa dal momento che *le droit cesse où l'abus commence*<sup>9</sup>.

6 GENTILI, A.: "L'abuso del diritto come argomento", *Riv. dir. civ.*, I, 2012, pp. 297 ss.

7 Cfr. in particolare riguardo al "nesso logico" tra figura dell'abuso e costruzione della nozione di diritto oggettivo GIORGIANNI, M.: *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, Giuffrè, 1963; riguardo agli altri profili enunciati cfr. PINO, G.: "Il diritto e il rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto", *Rivista Critica del Diritto Privato*, I, 2004, pp. 25-60; Id., "L'Abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)", *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica* (a cura di MANIACI, G.), Milano, Giuffrè, 2006, pp. 115-175; PANNARALE, L.: *Giustiziabilità dei diritti. Per un catalogo dei diritti umani*, Milano, Franco Angeli, 2002 (in particolare il capitolo dedicato a "Quod alii nocet, et sibi non prosit, non licet", pp. 79 e ss); PALOMBELLA, G.: *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari, Dedalo, 2006 in particolare pp. 135 e ss.; LUZZATI, L.: *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999.

8 SALVI, "Abuso del diritto", *Enc. Giur.*, I, Roma, 1988, I, nonché Messina, G.: *L'abuso del diritto*, Napoli, 2003, p. 178. Anche secondo MESSINETTI, D.: "Abuso del diritto", *Enc. Giur.*, Agg., II, Milano, 1998, pp. 1-4, il concetto di abuso si lega nella sua genesi storica, all'idea del superamento del limite posto alla sfera di competenza attribuita da una norma al soggetto. L'abuso – osserva l'Autore – è dunque concetto derivato da quello di potere, inteso quest'ultimo come principio di legittimazione all'azione.

9 PLANIOL, M.: *Traité élémentaire de droit civil*, II ed., Parigi, 1900, p. 269.

## II. LE ORIGINI DELL'ABUSO DEL DIRITTO: TRA ESIGENZE DI CERTEZZA DEI TRAFFICI, BUONA FEDE E AUTONOMIA PRIVATA

L'assolutezza del principio *qui iure suo utitur neminem laedit* e la rappresentazione estremizzata dell'equilibrio proprietario stentavano ad essere conservati negli ultimi decenni dell'Ottocento. La necessità di trovare delle risposte alle nuove questioni poste dalla società industriale e di apportare "correttivi sociali" al diritto privato individualista portarono i giuristi dell'epoca ad interrogarsi se fosse o meno possibile configurabile un esercizio abusivo dei diritti riconosciuti ai singoli dall'ordinamento.

Innanzi a talune manifestazioni tipiche dell'economia capitalistica, manifestazioni percepite come riprovevoli dalla società che tuttavia sembravano destinate a sfuggire alle esistenti sanzioni legali, la concezione di un possibile esercizio abusivo dei diritti si presentava come il segnale della crisi della certezza dell'ordine borghese e, allo stesso tempo, come uno degli strumenti in grado di correggere l'eccesso d'individualismo prospettato da quell'ordine; per i suoi sostenitori la figura dell'abuso era da intendere proprio come strumento di *autocorrezione* del sistema<sup>10</sup>. Proprio la percezione di taluni comportamenti umani come riprovevoli ma non sanzionabili, fece avvertire l'esigenza di dover assoggettare a controllo le prerogative individuali, sottoponendo l'esercizio del diritto soggettivo a un criterio di giudizio, non necessariamente giuridico, ulteriore e diverso rispetto alla semplice conformità formale dell'esercizio del diritto al dettato normativo<sup>11</sup>.

Il concetto di *abuso del diritto* fu dunque coniato ed utilizzato a partire dalla seconda metà dell'Ottocento dalla giurisprudenza francese, la quale vi fece esplicitamente riferimento in relazione ad alcune controversie in tema di proprietà nel tentativo di "correggere" per quanto possibile alcune delle più stridenti sperequazioni proprie del sistema giuridico francese ovvero di un ordinamento che faceva del principio della certezza del diritto una propria colonna portante<sup>12</sup>.

---

10 Nel senso dell'abuso del diritto come 'un meccanismo di autocorrezione del diritto' si vedano anche ATIENZA, M. - RUIZ MANERO, J.: *Illicitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de la ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid, 2000; TARUFFO, M.: *Illeciti atipici: l'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Il Mulino, Bologna, 2004).

11 Sul piano giuridico la distruzione dei vincoli individuali con le comunità particolari aveva cercato di portare l'individuo in relazione immediata con lo Stato e ciò si era tradotto nella proclamazione dell'uguaglianza (formale) di tutti innanzi alla legge (*égalité*).

12 PATTI, S.: "Abuso del diritto", *Dig. Disc. Priv.*, I, Torino, 1987, p. 1 ss.: "La formula 'abuso del diritto' apparve per la prima volta nella giurisprudenza francese, nel secolo scorso, in materia di proprietà. Ci si chiese in quell'occasione se ogni forma di esercizio del diritto soggettivo fosse da considerare legittima, per il fatto stesso di essere estrinsecazione del diritto, o se la tutela dell'ordinamento dovesse invece essere negata ad atti del proprietario che, pur rientrando nei limiti del diritto, erano sentiti dalla coscienza sociale come abusivi, perché dettati dall'intenzione di nuocere e non rispondenti ad alcuna meritevole esigenza. Formulando il principio dell'abuso, la giurisprudenza francese si mostrò favorevole all'idea di un controllo 'contenutistico' del diritto soggettivo, ammettendo in alcune ipotesi la responsabilità del titolare del diritto, anche se il danno era stato causato nell'esercizio del diritto stesso. La dottrina manifestò invece opinioni discordanti: una parte sostenne l'assoluta insindacabilità dell'esercizio del diritto che non avesse oltrepassato i limiti stabiliti dalla legge (...); un'altra parte affermò invece l'insufficienza di una legittimità

A fronte delle plurime istanze popolari, i giudici francesi dovettero affrontare con spirito critico la *vexata questio* consistente del se ed in quali limiti l'esercizio di un diritto soggettivo fosse ex se legittimo, in quanto riconosciuto ad un soggetto dall'ordinamento giuridico di riferimento, ovvero se al contrario dovesse essere negata la tutela giuridica al titolare di un diritto che avesse posto in essere atti che, sebbene fossero formalmente espressione del diritto riconosciutogli dall'ordinamento medesimo, venivano ad essere considerati come abusivi dalla coscienza sociale giacché compiuti con l'intento di nuocere altri e non giustificati da esigenze dello stesso meritevoli di protezione<sup>13</sup>.

L'esito di una tale analisi dei diritti spinse i giudici francesi ad affermare, in alcune ipotesi, la sussistenza di una responsabilità del titolare di un diritto anche laddove il danno a terzi fosse stato cagionato nell'esercizio di un diritto formalmente riconosciuto dall'ordinamento<sup>14</sup>. Appare, dunque, indiscutibile che, nelle sue prime manifestazioni, la nozione di abuso del diritto quale criterio di "correzione" del sistema si configurò più come un principio di natura etica piuttosto che giuridica. Infatti, l'esigenza di reagire all'incondizionato potere che tradizionalmente costituisce il contenuto dei diritti soggettivi, e anzi secondo taluni ne esaurirebbe la stessa definizione<sup>15</sup>, trovava la più naturale e immediata manifestazione nel tentativo di

---

formale, ma non riuscì ad elaborare un criterio unitario per determinare le forme 'abusivo' di esercizio del diritto, e seguì strade diverse nella formulazione del principio. Così (...), a seconda dei diversi contesti culturali ed ideologici, furono indicati vari parametri (morale, finalistico, intenzionale, ecc.), in base ai quali valutare l'eventuale abusività dell'esercizio del diritto", p. 2; riguardo alla ricostruzione storica della figura dell'abuso del diritto v. tra gli altri DE VITA, A.: *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Milano, 1969, pp. 175 ss.

- 13 La prima e senza dubbio più famosa teoria negazionista dell'autonomia concettuale dell'abuso del diritto fu quella elaborata da Planiol, il quale, risolvendo drasticamente la dinamica dell'ordinamento giuridico nella dualità diritto soggettivo e illecito, concluse che una condotta o risulta qualificabile come esercizio di un diritto riconosciuto dall'ordinamento, e come tale intangibile e insindacabile, oppure fuoriesce dai confini tracciati dal diritto soggettivo integrando in un illecito, come tale sanzionabile; *tertium non datur*. Planiol non nega l'interesse che la figura dell'abuso mostra di aver raggiunto nelle applicazioni giurisprudenziali della sua epoca, tanto è vero che si sente in dovere di menzionare tale circostanza nei propri scritti. Quello che l'Autore contesta è la rilevanza sistematica dell'abuso, stante la sua irriducibilità all'interno del sistema della responsabilità civile se non tramite la sua inclusione nella categoria dell'illecito civile. Planiol è consapevole della peculiarità del "dato" indicato dalla giurisprudenza pratica e teorica con l'espressione "abuso del diritto". Tuttavia, sospinto un'improrogabile esigenza sistematica, nell'intenzione di ricondurre questa nascente figura giuridica nell'ambito dei principi generali della teoria della responsabilità, tramandati dalla tradizione dottrinale sulla base dei dogmi ereditati dal diritto comune, giunge alla conclusione che l'istituto dell'abuso non può essere dotato di una propria autonomia concettuale posto che i diritti soggettivi sono *limités dans leur étendue et soumis par leur exercice à des conditions diverses* e che l'abuso del diritto *sort de ces limites*, ovvero manca a *ces conditions*, ponendosi per ciò stesso in rapporto di contrarietà col diritto, non potrebbe costituire che un illecito e dunque dovrebbe essere trattato come tale.
- 14 V. ancora PATTI, S.: "Abuso del diritto", *Dig. disc. priv.*, Torino, 1987, p. 23 cit., il quale evidenzia che sono stati suggeriti diversi criteri al fine di verificare l'eventuale abuso del diritto: si allude a titolo esemplificativo al criterio morale, finalistico e intenzionale. Tra le prime sentenze è nota *Court de Cassation* 3-8-1915, in *Dalloz*, 1917, I, 705 *Coquerell/Clément-Bayard*. La questione concerne la collocazione di pertiche con spuntoni in un terreno da parte del proprietario: la condotta di per sé costituente esercizio del diritto è stata considerata abusiva in relazione agli interessi in rilievo poiché nelle vicinanze del terreno si trovava una fabbrica di palloni aerostatici la cui attività era ostacolata poiché i palloni planando si infilzavano negli spuntoni. Per la ricostruzione della vicenda vedi anche MARTINES, T.: *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006, pp. 33 ss.
- 15 Per vedere tematizzata la stretta e strutturale interdipendenza tra la nozione di abuso e la categoria del potere e le sue modalità di estrinsecazione, anche e soprattutto nelle logiche della normazione e

introduzione dal parte della giurisprudenza nei giudizi su condotte giuridicamente rilevanti un criterio correttivo extra-giuridico<sup>16</sup> mutuato dai principi dell'etica<sup>17</sup> e dalla morale; dall'altro lato, appare interessante il dibattito che vede contrapposti Saleilles e Josserand circa la necessità di configurare in termini oggettivi<sup>18</sup> piuttosto che soggettivi il concetto di abuso del diritto<sup>19</sup>.

Rimane, però, ferma l'affermazione di principio, l'individuazione del fondamento del fenomeno; l'abuso può aversi nell'esercizio di un diritto esattamente conforme al suo schema legale<sup>20</sup> solo laddove esso risulti però contrastante con un dovere indicato dalla legge morale: il fatto che sia moralmente un illecito lo rende per ciò solo fonte di responsabilità giuridica<sup>21</sup>. Colpisce particolarmente la posizione

---

dell'attribuzione delle prerogative soggettive, vedi MESSINETTI, R.: "Abuso del diritto", *Enc. Dir.*, Milano, 1998, p. 43

- 16 Secondo MERUZZI, G.: *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova 2005, p. 348, la categoria dell'abuso del diritto ha rappresentato negli ordinamenti giuridici europei, fino al momento della laicizzazione del dibattito sulle clausole generali e sul criterio di buona fede, una categoria etica, tramite la quale attuare la realizzazione di dettami di giustizia sostanziale. Questa idea si trova esplicitata nel pensiero di GALOPPINI, M.: "Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 1368 ss., il quale inserisce la tematica dell'abuso nel problema più vasto della realizzazione di una effettiva giustizia nell'esercizio dei diritti, p. 1408.
- 17 Savatier non è il solo autore che invoca il criterio del danno al fine della individuazione e qualificazione di una vicenda abusiva; v., altresì, CHARMONT, C.: "De l'abus de droit", *Revue trimestrale de droit civil*, 1902, p. 122 ss.; è chiaro, però, che tale criterio non può avere la capacità di costruire la nozione di abuso, e quindi individuare una categoria giuridica sulla base dei suoi effetti. In particolare critica aspramente questa impostazione GIORGIANNI, M.: *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963, l'intento del quale è proporre l'abuso come una 'forma qualificativa autonoma', accanto a quella di diritto soggettivo e di illecito; egli osserva: "ma parlare di danno 'anormale, al fine di discriminare l'esercizio abusivo dall'esercizio lecito del diritto, vuol dire fare implicitamente appello a un elemento che rende giuridicamente rilevante il danno relativo all'esercizio del diritto, e quindi tale che ad esso venga connessa una responsabilità. Nel qual caso, è troppo evidente che è quest'ultimo, il criterio dirimente l'esercizio lecito dall'esercizio abusivo del diritto: non già, cioè, l'anormalità del danno, ma ciò che rende giuridicamente rilevante il danno relativo all'esercizio del diritto", *ibidem*, p. 79, n. 4. Più di recente fanno riferimento all'elemento del danno, ma per ricostruire la nozione di abuso al di fuori dell'ambito dei rapporti giuridici, e sul presupposto di una dimensione 'relazionale' dell'abuso del diritto BUSNELLI, D. B. - NAVARETTA, E.: *Abuso del diritto e responsabilità civile*, Milano, 1998, pp. 171 ss.; in particolare a p. 204-205 osservano: "La regola che consente di specificare il dato della 'relazionalità' rispetto all'esercizio di un diritto diverso da un diritto relativo è, dunque, l'ingiustizia del danno che, non solo, identifica l'altro soggetto coinvolto, attraverso la titolarità di un interesse meritevole di protezione risarcitoria, ma permette altresì di risalire alla diversa tipologia di impatto, determinata dal formale esercizio del diritto, in quanto elemento capace di contribuire a risolvere il conflitto di interessi determinato dalla fattispecie illecita".
- 18 SAVATIER, R.: *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Parigi, 1951.
- 19 Oltre a Savatier tale impostazione si deve anche alla elaborazione di DABIN, J.: "L'abus du droit et la responsabilité dans l'exercice des droits", *La Belgique judiciaire*, 1921, pp. 307 ss.; ID., *Le droit subjectif*, Parigi, 1952. Tale Autore, in particolare nell'opera più recente, si ritrova a sostenere la tesi della immoralità del diritto ma come soluzione necessitata per evitare la caduta nella contraddizione, apparentemente insolubile, individuata da Planiol, e secondo la quale, sostanzialmente, se vi è diritto non può esserci abuso e se c'è abuso non c'è diritto; questo pur avendo l'Autore correttamente intuito la non coincidenza tra abuso e illecito.
- 20 Lo stesso RESCIGNO, P.: *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 32 accoglie questa classificazione e, anzi, ne fa in certo qual modo la base della sua riflessione: la preminenza dell'attenzione che egli presta alla categoria dei diritti potestativi, in quanto caratterizzati dalla ampia misura di discrezionalità connessa al loro esercizio mostra una chiara coincidenza e discendenza dalla categoria dei diritti acausali o immotivati, "(...) i diritti cioè che si sottraggono ad ogni forma di sindacato circa i motivi e lo scopo dell'atto", *ibidem*, p. 22.
- 21 MESSINA, M.: *L'abuso del diritto*, ESI, 2004, p. 98, sottolinea la continuità di simile impostazione rispetto ad una "tradizione risalente, riconducibile, secondo una ricostruzione accreditata, all'età del diritto intermedio e agli sviluppi della teoria dell'*aemulatio*, volta a censurare la condotta maliziosa del proprietario". In realtà nella costruzione delineata da Savatier non sembra venga dato alcun peso alla componente psicologica "maliziosa" dell'agente, bensì sembra che rilevi la oggettiva contrarietà alla legge morale della sua condotta.

di Savatier<sup>22</sup> (e con lui quella di Dabin) perché, senza alcun equivoco, ravvisa la possibilità di riconoscere e perseguire l'abuso sostanzialmente sulla scorta di un sistema di regole parallelo ed estraneo al sistema normativo, il sistema delle regole morali<sup>23</sup>, che assume a vero e proprio correttivo delle norme giuridiche<sup>24</sup>.

### III. LA DOTTRINA ITALIANA: PROFILI RICOSTRUTTIVI.

Nella cultura giuridica italiana, l'interesse per la figura dell'abuso del diritto ha carattere discontinuo<sup>24</sup>: l'interesse è emerso sporadicamente, seppur in maniera non casuale, in alcuni momenti della storia della nostra cultura giuridica, destando adesioni entusiastiche e critiche, anche aspre<sup>25</sup>, per poi attraversare lunghi periodi di malinconico confino<sup>26</sup> nel ripostiglio in cui il giurista ripone gli attrezzi che non gli servono più, perché sostituiti da altri più nuovi, più precisi, o forse solo più "alla moda"<sup>27</sup>.

Le alterne fasi d'interesse mostrate dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiani verso il tema dell'abuso del diritto possono essere sintetizzati come segue. I primi interventi sia della dottrina che della giurisprudenza risalgono all'inizio del secolo scorso e si caratterizzano per la stigmatizzazione del tentativo di piegare, in via opportunistica e strumentale, l'esercizio del diritto al "capriccio" e agli scopi egoistici del titolare, a scapito del "sentimento di solidarietà" e della "funzione sociale" che permeano, o meglio dovrebbero permeare, l'esercizio dei diritti soggettivi riconosciuti dall'ordinamento e tra questi, in particolare, il diritto di proprietà<sup>28</sup>.

---

Più che collocare la sua teoria nel contesto della riflessione sulla *aemulatio* e sulla rilevanza dei motivi dell'agire pare utile guardarla sotto il profilo della configurazione dei rapporti tra diritto e morale; l'Autrice stessa sottolinea l'interesse di questa tematica e l'attenzione che ha suscitato nelle riflessioni della scienza giuridica; v. nota 54 a p. 99 e, ivi, la copiosa bibliografia citata.

- 22 JOSSEERAND, L.: *De l'esprit des droits et de leur relativité: Essai de téléologie juridique*, Parigi, 1939, p. 360
- 23 Josserand accoglie, dunque, il criterio teleologico per l'individuazione dell'abuso; per i caratteri di tale impostazione v. MULLER-ERZBACH, R.: "L'abuso del diritto secondo la dottrina giuridica teleologica", *Riv. dir. comm.*, I, 1950, pp. 88 ss.
- 24 JOSSEERAND, L.: *De l'esprit des droits et de leur relativité. Theorie dite de l'abus des droits*, Parigi, 1939, a parere di GIORGIANNI, M.: "L'abuso del diritto", cit., p. 94, con questa opera "il processo di teorizzazione dell'abuso raggiunge la sua fase di maggior penetrazione e maturità", l'Autore ascrive al pensiero di Josserand due acquisizioni fondamentali e irrinunciabili in tema di abuso del diritto: quella della strutturale, ontologica diversità tra atti illeciti e atti abusivi e quella "del fatto che la qualificazione in termini di abuso denunci una essenziale "relativité des droits", e ponga quindi in evidenza la complessa struttura della qualificazione in termini di diritto soggettivo", p. 95.
- 25 Cfr. CHARMONT, J.: "L'abus du droit", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 113, pp. 119 e ss.
- 26 L'immagine dell'araba fenice è evocata da ALPA, G.: *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 76.
- 27 PINO, G.: "L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)", in MANIACI, A.: *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 118.
- 28 Le espressioni virgolettate sono tratte da LEVI, F.: *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti del diritto soggettivo*, Genova, 1912, p. 95 (i limiti cui si riferisce l'autore nel sottotitolo sono di carattere etico, e ispirati ad esigenze di solidarietà sociale).

Negli anni Sessanta, in un clima di più generale rinnovamento della cultura civilistica italiana alla luce dei valori e principi ricavabili dalla Costituzione repubblicana del 1948, ritroviamo una dotta e assai influente rivalutazione della teoria dell'abuso del diritto, utilizzata come istanza particolare di un più ampio programma metodologico antiformalistico, che poneva l'enfasi sul pluralismo giuridico e sui cosiddetti corpi sociali intermedi<sup>29</sup>.

Alla fine degli anni Novanta, infine, la formula sembra conoscere una nuova fortuna, con l'apparire di una pluralità di interventi variamente favorevoli alla rivalutazione del divieto di abuso del diritto, improntati a svariate metodologie antiformalistiche (tra le quali si notano alcune riproposizioni del pluralismo e del solidarismo cattolico, e le suggestioni della analisi economica del diritto)<sup>38</sup>. La prima completa elaborazione da parte della dottrina giuridica italiana del fenomeno dell'abuso del diritto si deve all'opera di Mario Rotondi<sup>30</sup>, la cui riflessione costituisce un fondamentale termine di riferimento per i giuristi che hanno affrontato i complessi confini dell'abuso del diritto. L'autore nell'affrontare il tema dell'abuso, da un lato, non si sottrae mai ad un approfondito confronto con l'esperienza francese, e, dall'altro, dopo aver analizzato dettagliatamente le problematiche sottese al riconoscimento dell'autonomia concettuale dell'abuso arriva a mettere in discussione l'affermazione, apodittica, secondo cui abuso e diritto soggettivo debbano essere considerati come due termini del tutto incompatibili, che non possono essere accostati<sup>31</sup>.

29 Per una ricostruzione del programma metodologico e gius-politico attribuibile ai giuristi di questa corrente, si veda TARELLO, G.: "Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete", in VISINTINI, G., *Metodologia nello studio della giurisprudenza civile e commerciale. Antologia di saggi*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 17-57. Per alcuni cenni sulla stagione della "costituzionalizzazione" della cultura giuridica italiana, vedi PINO, G.: *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Il Mulino, Bologna, 2003.

30 ROTONDI, M.: *L'abuso del diritto. Aemulatio*, Padova, Cedam, 1979. Il lavoro costituisce la tesi di laurea di Rotondi (laureatosi nella Facoltà di giurisprudenza di Pavia nel luglio del 1922, relatore Barassi) che venne pubblicato sulla Rivista di Diritto Civile (XV, 1923, pp. 105-128). La tesi di laurea appare fortemente influenzata dalle posizioni di Barassi. Il 'valore supremo' di riferimento resta la 'certezza del diritto' e 'la necessità di affidarsi alla legge', un dato questo che appare in contrasto con la pur formulata prospettiva di conferire maggiori spazi di autonomia al giudice. Sottolinea giustamente il contrasto FURGIULE, G.: "La 'Rivista di diritto civile' dal 1909 al 1931", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, Riviste giuridiche italiane, 1865-1945*, pp. 519 e ss. p. 609-610. Per un inquadramento delle posizioni di Rotondi negli anni successivi (posizioni che "s'inscrivevano coscientemente in quel travaglio teorico che segnò il passaggio dalla *Begriffs* all'*Interessenjurisprudenz*") si cfr. SANTARELLI, U.: "Un illustre (e appartato) foglio giuridico, la Rivista di diritto privato", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico, 1987, 665 ss. 1944*, pp. 665 e ss., pp. 673. Una valutazione fortemente elogiata dello scritto di Rotondi - pur in un contesto argomentativo che si muove abbastanza lontano dalle sue tesi - è offerta da MULLER-ERZBACH, R., "L'abuso del diritto secondo la dottrina giuridica teleologica", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, XLVIII, I, 1950, p. 89 e ss., p. 90.

31 E' stato detto e ripetuto che - sul piano del diritto positivo abuso e diritto sono termini incompatibili, per cui la formula abuso di diritto sarebbe un non senso e una contraddizione *in terminis*. Eppure quello che dal punto di vista del diritto positivo sembra un non senso, è una realtà e prende un contenuto se si considera un comportamento oltre che da un punto di vista giuridico, da un punto di vista morale. *Non omne quod licet honestum est*, e la divergenza della valutazione diventa tanto più facile nel processo del tempo, se si confronta, in un regime di norme scritte, la lenta modifica di queste rispetto alla continua evoluzione della coscienza morale.

Secondo Rotondi, invero, l'abuso costituisce senz'altro oggetto di interesse della giurisprudenza, pratica e teorica; deve essere indagato e deve trovare riscontro in sede applicativa: con la fondamentale precisazione che non può essere considerato una categoria giuridica autonoma rappresentando un "fenomeno che esiste di fatto" e, per questo, "(...) può trovare il suo 'antidoto' in sede interpretativo giudiziaria nel senso che qui si debba operare in modo da prevenire l'abuso, anche se il rimedio radicale starà nelle mani del legislatore, dacché solo quest'ultimo potrà prestare una regolare e continua opera di revisione dei singoli istituti del diritto, in uniformità dei nuovi bisogni"<sup>32</sup>. Simili affermazioni si comprendono alla luce del fatto che, secondo l'Autore, l'abuso è sì un fenomeno di fatto, tuttavia che si colloca in rapporto di stretta interrelazione con il sistema delle norme positive e - in modo che forse non è così distante dai principi etici e dalla funzione sociale menzionate nei paragrafi che precedono - funziona in un certo senso come loro correttivo, o, come è stato efficacemente espresso, come cartina di tornasole, a livello sociale, della inadeguatezza, maturata nel tempo, con cui il diritto disciplina un dato comportamento o consente una data prerogativa<sup>43</sup>. L'abuso, quindi, indica una situazione di conflitto, ma non è il conflitto tra un atto di esercizio di un diritto e una sua valutazione di antiggiuridicità; il conflitto è invece tra la formulazione rigida, statica e tradizionale della norma positiva e quella che Rotondi definisce la "nuova coscienza giuridica del popolo"<sup>33</sup>. Collocato com'è nella "anticamera del diritto", l'abuso del diritto diviene - secondo la ricostruzione di Rotondi - semplicemente un indice del grado di tenuta storica dell'ordinamento e dei contrasti esistenti tra "lenta evoluzione giuridica" e "rapida evoluzione sociale": non è strumento utilizzabile per far muovere meno lentamente (e per espandere) il sistema ma segnale rivolto (dall'anticamera) al legislatore assiso nelle stanze nobili ove si produce il diritto.

I luoghi comuni dei poliedri che si toccano solo alla periferia, il riferimento esclusivo alla lesione del diritto, l'impossibilità di un danno scaturente da un

32 RESCIGNO, P.: *L'abuso del diritto*, cit., p. 25, assume la posizione di Rotondi a misura delle posizioni di tutti gli autori che negano l'abuso del diritto; rifiutandone però, la rilevanza come categoria e problema giuridico, non già come fenomeno sociale che, anzi, come tale viene riconosciuto essere una costante ineliminabile dell'esperienza. Opportunamente sottolinea Rescigno, l'abuso viene classificato come fenomeno esterno ma non estraneo, non irriducibile all'ordinamento giuridico, essendo destinato ad influire su esso il fenomeno viene collocato in una zona che non appartiene o, meglio, non appartiene ancora alla realtà giuridica positiva.

33 Cfr. BARASSI, L.: "La teoria generale delle obbligazioni", vol. II, *Le Fonti*, Milano, Giuffrè, 1946, pp. 695 ss.; ivi l'Autore nega con decisione la possibile configurazione dell'abuso del diritto quale autonoma categoria giuridica. Nel pensiero di Barassi il principio per cui la responsabilità è esclusa quando l'autore ha agito senza esorbitare il suo diritto - "un fondamentale principio venuto dal diritto romano (*qui jure suo utitur neminem laedit*)" - è presentato senza mezzi termini come "l'esponente più incisivo del regime economico-giuridico individuale in cui oggi viviamo", "superba affermazione autonomistica" che "a torto" "fu aspramente criticata come espressione dell'egoismo". In nome della "solidarietà" sarà possibile "spostare i confini del diritto soggettivo, restringendo il territorio da essi delimitato" ma lo si potrà fare solo con lo strumento legislativo. Ipotizzare invece che chi agisce iure sia responsabile quando abusa del suo diritto è cedere a "un vago sentimentalismo" che solo in apparenza corrisponde allo spirito dei tempi".

comportamento *iure* e la necessità di mantener ferma la nozione di 'danno giuridico' sono puntualmente ribadite nello scritto di Rotondi.

La necessità di un intervento del legislatore e il contestuale timore di una soffocante statalizzazione del diritto dei privati imposta anche dai giudici si fondono tra loro. In nome della certezza del diritto, s'invoca ripetutamente l'intervento del legislatore; a ben vedere, però, quello che conta è la coerenza del sistema. Lo stesso legislatore è invitato a non raccogliere tutti i segnali connessi alla rapida evoluzione sociale, a non piegare i principi 'alti' del sistema alla nuova coscienza sociale<sup>34</sup>. Più che al salvifico intervento legislativo, l'adeguamento del diritto alle trasformazioni in corso resta affidato, Rotondi ne è certo, alla scienza e alla giurisprudenza. Tale ricostruzione ermeneutica si caratterizza per un'esaltazione dell'interprete e della sua capacità di penetrare l' 'essenza intima' degli istituti per correggere l'inevitabile scarto tra astrazione e concretezza, tra la lentezza del giuridico e le veloci trasformazioni sociali<sup>35</sup>.

Un contributo fondamentale per la comprensione del significato e del ruolo da attribuire alle componenti metagiuridiche caratterizzanti le prime fasi della storia del concetto di abuso del diritto è rappresentato dall'opera di Rescigno, alla quale il dibattito deve la esplicitazione delle più profonde matrici storiche e ideologiche della figura<sup>36</sup>.

Secondo l'Autore, l'indagine sull'abuso del diritto esige di essere impostata non tanto sul piano dogmatico quanto sul piano delle manifestazioni storiche della figura, in quanto solo in tale ottica è possibile cogliere come "la diversità degli strumenti positivi adoperati non toglie unità al problema dell'abuso"<sup>37</sup>.

34 Come scrive Luigi Mengoni, "il blocco di valori in cui la società si riconosceva era tradotto e cristallizzato nelle strutture dogmatiche del sistema del diritto privato, così che i procedimenti logico-inferenziali di decisione dei casi concreti assicuravano in pari tempo anche il controllo assiologico" (MENGONI, L.: "I problemi di metodo nella ricerca civilistica oggi in Italia", *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 10)

35 Un decennio dopo Rotondi ritorna indirettamente sulla questione marcando le differenze tra equità e principi generali del diritto. L'equità offre "un sussidio al giudice", non toglie la certezza del diritto, "non fa del giudice un legislatore" ma semplicemente uno strumento "spesso anche inconscio del progresso giuridico". È la legge a rinviare il giudice all'equità e l'equità rinvia il giudice al caso concreto "a quanto vi ha di più concreto"; i principi generali, invece, "sono quanto vi ha di più astratto nel complesso di un ordine giuridico positivo". Una correzione (creativa) dell'ordinamento da parte del giudice operata partendo dall'alto e in contrasto con la certezza del diritto; innocuo (conservativo delle certezze del sistema) è invece il richiamo all'equità che si muove 'in basso' e non come autonoma fonte del diritto. Rotondi, M.: "Equità e principii generali del diritto nell'ordinamento giuridico italiano", *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome II, *Les sources generales des systemes juridiques actuels*, Parigi, Sirey, 1934, pp. 403 e ss., pp. 408 - 409.

36 RESCIGNO, P.: *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 33. Oltre alla ricchezza della riflessione sugli aspetti applicativi e teorici svolta dall'Autore, alla sua opera va riconosciuto, *in primis*, il merito di aver senza mezzi termini evidenziato che quello dell'abuso del diritto rappresenta un tema "(...) nel quale si incontrano e si misurano, con particolare evidenza, le diverse ideologie dei giuristi."

37 RESCIGNO, P.: *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 31

L'Autore ravvisa due grandi posizioni ideologiche che accompagnano il processo storico di ricostruzione del fenomeno e che, quindi, sorreggono l'affacciarsi dell'abuso sulla scena della riflessione teorica in merito all'ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive. Si tratta *lato sensu* dell'ideologia cattolica (o ideologia della morale) e della ideologia socialista (o ideologia laica di concezione socialista). Ciascuna di siffatte concezioni comporta il riferimento ad un proprio codice etico e a propri parametri di giudizio, estranei a quelli del sistema normativo ex se considerato che, se seguite, conducono l'interprete a soluzioni differenti sul tema dell'abuso<sup>38</sup>.

In particolare, la considerazione del sistema giuridico positivo dall'angolo visuale del pensiero tomista riconosce ampia libertà all'interprete al fine di permettergli di mitigare le asprezze della legge e correggere le conseguenze più gravi della meccanica applicazione della giuridicità in quei casi in cui una siffatta applicazione risulti "ingiusta". La misura del giudizio e della correzione del sistema sarebbe data dalla morale: criterio di valutazione, rispetto all'esercizio dei diritti diviene in tal modo l'uso morale o immorale del diritto. Facendo proprio il pensiero di Dabin, Rescigno afferma che grazie a questa legittimità morale "il diritto legale si apre sulla moralità, che viene ad arearlo, ad umanizzarlo ed altresì ad individualizzarlo in ciò che ha di troppo astratto e di troppo tecnico. In una parola l'abuso rappresenta il correttivo della moralità, che la legalità postula". Pertanto, il limite all'esercizio del diritto finisce per essere segnato dai doveri che incombono a ciascun soggetto verso Dio, verso se stesso, verso il prossimo. L'approccio tomista, in ogni caso rischia di concludersi nella teologia morale, e rischia di identificare l'abuso con il "peccato", poiché la sanzione irrogata dalla norma positiva si aggiunge e presuppone la censura morale del relativo comportamento umano<sup>39</sup>. L'ideologia socialista, invece, adotta quale criterio di giudizio la coscienza sociale<sup>40</sup>. A differenza

38 RESCIGNO, P.: *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998. Secondo l'A. "I due aggettivi vanno intesi in un'accezione non rigorosa: l'ideologia d'ispirazione cattolica non si identifica col giusnaturalismo; l'ideologia socialista non coincide rigorosamente con la concezione marxista della vita e della storia. Sarebbe più esatto contrassegnare la seconda con termini più vaghi, quali solidarista o sociale (...)". Sul tema si veda altresì SOLARI, G.: "L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato", I, *L'idea individuale*, Torino, 1911; Id, *L'idea sociale. Lo storicismo nel diritto privato*, Torino, 1918.

39 L'Autore arriva a tale drastica conclusione essenzialmente sulla scorta del pensiero di Dabin e di alcuni passaggi davvero inequivocabili della sua opera: "La meditazione cattolica sul problema giuridico rischia così di concludersi nella teologia morale, e rischia d'identificare l'abuso col 'peccato', poiché la sanzione irrogata dalla norma positiva si aggiunge e presuppone la censura morale. Questo approdo alla teologia, e ad una concezione teologica del peccato e della grazia, si rivela con estrema lucidità in alcuni passaggi del discorso: dove si parla di 'biasimo' del titolare del diritto in virtù di "una norma di specie diversa da quella della giuridicità, una norma concorrente e, sotto certi aspetti, regolatrice della prima"; e, più ancora, là dove si dice, riassumendo in brevi tratti la sostanza dell'abuso di diritto, che "l'atto economicamente irreprensibile non sarà 'salvato' se ha peccato per un certo eccesso (*outrance*) che lo renderebbe moralmente odioso"; infine nelle parole che scorgono, nell'eventuale contrasto tra l'incensurabilità economica e l'odiosità morale, un perenne conflitto della tecnica e dell'umano".

40 La dottrina "socialista" (in senso proprio) del diritto, nell'età in cui comincia a svolgersi la dottrina dell'abuso, è invece scarsa ed appare largamente commista ad elementi estranei, che le conferiscono un tono di vago umanesimo sociale ingenuamente utopistico. Più che gli scritti di Menger, A.: *Lo Stato socialista*, Torino, 1905; Id, *Il diritto civile e il proletariato*, Torino, 1894, spec. pp. 190 ss. (dov'è considerata la materia delle obbligazioni e dei contratti, e quindi della libertà contrattuale, l'usura ed il contratto di lavoro, e

della visione cattolica, quella socialista dell'abuso dà al "peccato" il travestimento laico della riprovazione della coscienza collettiva. La vera differenza tra le due ricostruzioni ermeneutiche risiede nella mutevolezza, nella variabilità, in ragione dei nuovi bisogni e dei nuovi atteggiamenti della coscienza comune, laddove il diritto naturale e super-legalità sono, per la dottrina cattolica, un corpo unitario ed immutabile, entro il limite della flessibilità richiesta dall'esigenza di rendere vigente, e storicamente operante, il diritto naturale<sup>55</sup>.

Il giudice viene chiamato da entrambe le ideologie ad un compito aspro, in particolare, l'ideologia cattolica lo porta ad indagare la coscienza individuale per ricercare la moralità delle intenzioni, e quella socialista, a ricercare lo spirito e il piano dell'istituzione, il voto del legislatore rimasto inappagato nell'esercizio concreto del diritto, la reazione della coscienza generale (o, forse meglio, collettiva). L'esito di siffatte indagini, basate entrambe su una ricerca che non si limita ai caratteri esteriori della giuridicità formale, risulta incerto e non privo di arbitrarietà.

Se da questa impostazione in termini generali - moralità e socialità dell'atto - l'interprete passa a considerare gli strumenti e i limiti, propri dell'ordinamento positivo, attraverso i quali la moralità e la socialità possono essere ricercate e controllate, gli apparirà chiaro come la moralità possa risultare solamente un'indagine dei motivi individuali che determinano il singolo al compimento dell'atto, laddove la socialità risulterà da un controllo o e da una verifica dell'interesse privato<sup>41</sup>.

---

dove si legge, a p. 153 ss. un'efficace censura della figura borghese del buon padre di famiglia. "degnò di venire dipinto da Giovenale o da Dickens", "il tipo della unilateralità delle classi abbienti" situato su un "punto di morale nullità" che gli consentel'esercizio dei diritti sino alla *chicane*), conviene considerare (anche per la connessione col tema) i contributi di LEVY, E.: "Vision socialiste du droit", *Les fondaments du droit*, Parigi, 1933. A base del sistema della responsabilità e dell'esercizio dei diritti Levy pone il concetto di affidamento legittimo, di "confiance légitime". Il diritto individuale non è sovrano; esso esiste grazie alla tolleranza ed è determinate dall'obbligazione degli altri. Il soggetto è irresponsabile nella misura in cui ha bisogno di aver fiducia in se stesso per agire; responsabile nella misura in cui gli altri hanno bisogno di avere fiducia in lui. La nozione di "confiance légitime" corregge, in Levy, il punto di partenza, il fondamento del diritto individuale che egli aveva indicato nella "croyance" appare insufficiente, Levy ripiega sul concetto di affidamento legittimo, riportando la legittimità (nello sviluppo del suo pensiero) prima al giudizio della coscienza sociale, poi all'approvazione ufficiale della legge statale. "Conclusione desolante" commenta RIPERT, G.: "Le socialism juridique d'Emmanuel Levy", *Revue critique*, 1928, p. III, nel segno del più evidente positivismo e statalismo.

- 41 Un esempio molto chiaro al riguardo, anche per l'impatto esercitato sugli equilibri complessivi del sistema o, perlomeno, di alcune sue zone nevralgiche, lo offre la disciplina a tutela del consumatore all'interno della quale si ritrovano usi eterodossi di taluni istituti classici del diritto civile come la nullità del contratto. Rispetto al paradigma codicistico, la c.d. nullità di protezione (art. 36 cod. cons.) presenta la peculiarità di essere azionabile dal solo consumatore, là dove, come è noto, la nullità dell'art. 1421 c.c. può essere fatta valere da entrambe le parti. È agevole comprendere che il posto, e il peso, della regola nuova risulteranno molto diversi a seconda che in essa si voglia ravvisare una *lex specialis* rispetto al diritto comune, ovvero l'espressione di un principio generale candidato a promuovere interpretazioni "protettive" tutte le volte in cui ricorra il presupposto della asimmetria della posizione di mercato delle parti e il rimedio della nullità venga dal legislatore previsto senza che alla previsione medesima si accompagnino indicazioni precise in ordine al regime da applicare (così l'art. 9, co. 3, l. n. 192/1998). In quest'ultimo caso, infatti, la specialità della regola si converte in autonomia e quello dei contratti con il consumatore cessa di essere un settore occasionalmente deviato rispetto all'asse codicistico per proporsi, viceversa, come luogo di produzione di modelli argomentativi muniti di una propria forza espansiva.

Si tratterà di ricercare quell' 'interesse meritevole di tutela' che è il limite obiettivo entro il quale è riconosciuta e destinata ad operare la libertà negoziale privata all'interno del nostro ordinamento.

Il problema dell'abuso attiene alla composizione – con funzione di bilanciamento - di interessi che siano in conflitto nello svolgimento di un particolare rapporto o che siano in conflitto nella posizione del regolamento di interessi.

Dunque, apparirebbe corretto il tentativo di costruire il divieto generale dell' abuso sul principio di correttezza nel rapporto obbligatorio o sulla clausola generale della buona fede nell'esecuzione del contratto (artt. 1175, 1375 c.c.)<sup>42</sup>.

La querelle è, tuttavia assai più complessa: si ha riguardo a quali siano, in concreto, le prerogative individuali che possano formare oggetto di abuso. La dottrina limita generalmente la configurabilità di abuso, in senso giuridico, alle prerogative che riguardino situazioni in corso di effetto, escludendo le situazioni giuridiche in via di creazione. Situazioni in corso di effetto sarebbero quelle cui ineriscono le funzioni ed i poteri, oltre, naturalmente, alle situazioni che danno luogo al sorgere dei diritti soggettivi veri e propri.

Le prerogative giuridiche che riguardano la creazione, e non già lo svolgimento, di situazioni giuridiche sono le libertà e le facoltà; queste ultime, peraltro, a differenza delle libertà, sarebbero prerogative condizionate. La differenza tra la libertà ed il diritto soggettivo in senso proprio viene colta in questo, "che al diritto la legge, che lo ha creato, imprime una determinata finalità particolare; la libertà, invece, costituisce una prerogativa discrezionale, che può esercitarsi in tutte le direzioni, poiché è precisamente la libertà"<sup>43</sup>.

Tuttavia, se l'esercizio del diritto si compie (almeno per ciò che riguarda la possibilità di modificare o di estinguere un precedente rapporto negoziale) attraverso un negozio giuridico, e cioè attraverso un atto di autonomia privata e quindi di libertà, è evidente che non si può limitare il profilo dell'abuso ai soli

42 È questa la via seguita da NATOLI, U.: "Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento italiano", *Riv. Trim.*, 1958, p. 18, Id., "L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza", *Banca, borsa e titoli di credito*, 1961, I, p. 157.

43 ROUBIER, M.: "Les prérogatives juridiques", *Revue internationale de droit comparé*, 1963, pp. 76 ss. L'Autore tenta, a pp. 86 ss., un esame delle singole libertà (per le quali si era parlato di abuso); la libertà sindacale presenterebbe "aspetti talmente opposti, a seconda che ci si ponga dal lato dei fautori o degli avversari del sindacato e di coloro che vogliono sindacarsi o di quanti non vogliono, che è impossibile assegnarle uno scopo e dire che si ha deviazione fuori dello scopo" (p. 87); gli atti di concorrenza sleale gli appaiono, rispetto alla libertà del commercio, eccesso e non già abuso (p. 89); rispetto alla libertà di espressione, il diritto di replica si atteggia nella legge come diritto "nominato" (nel senso chiarito da Josserand) e lo stesso diritto di sciopero sarebbe divenuto un diritto nominato e definito in confronto della libertà di lavoro (p. 91). Per la necessità di considerare - con riguardo al problema dell'abuso – così le libertà come i diritti soggettivi, e per l'indifferenza della fonte (legale o contrattuale)".

diritti, siccome prerogative destinate ad incidere su situazioni in corso di effetto, ed escluderne le libertà, che riguarderebbero la creazione di nuove situazioni.

In questi casi, l'interprete è chiamato a comparare e comporre, in una prospettiva di adeguato bilanciamento di interessi pubblici e privati, la portata ed il valore delle libertà garantite rispetto agli affidamenti suscitati ed alla comunione di interessi costituita e che per un certo tempo ha trovato la sua realizzazione. La formula e i rimedi dell'"abuso di diritto" vogliono introdurre a tutela dell'altrui affidamento un limite all'esercizio delle libertà. Limite avvertito come necessario soprattutto in quelle società, in cui l'uso egoistico delle libertà ha portato all'affermazione di un'accentuata disuguaglianza sociale. Pertanto, le libertà devono rientrare nell'ambito di applicazione dell'abuso.

Rescigno conclude la propria analisi affermando che se, da un lato, è utopistico pensare la prospettiva rimediabile dell'abuso possa eliminare ogni forma d'immoralità o di arbitrio nei rapporti giuridici privati ovvero sia idoneo a moralizzare il diritto, dall'altro, si è rivelato uno strumento duttile ed elastico; il fenomeno complesso dell'abuso del diritto è il corollario della circostanza per cui l'arbitrio, l'anormalità, l'offesa al comune sentimento siano un fenomeno non più individuale, ma di classi o di gruppi o di concentrazione del potere, per superare l'ingiustizia causata da un eccesso di (dis)"uguaglianza".

Si ritiene, in conclusione della rassegna dedicata alle posizioni dottrinali più significative, che maggior contributo hanno apportato alla teoria dell'abuso e che maggiormente evidenziano le linee della sua evoluzione, di non poter trascurare una menzione all'opera di Virgilio Giorgianni<sup>44</sup>. Un'opera il cui indubbio motivo d'interesse risiede nel peculiare e convinto approccio metodologico alla figura dell'abuso, non certo frequente nell'epoca in cui l'opera si colloca (i.e. 1963), e che pare, invece, ritornare alla base delle riflessioni dottrinali più recenti<sup>45</sup>.

L'Autore, conduce un'indagine improntata a finalità dichiaratamente teorico-generalis o, *rectius*, di epistemologia del diritto ed avente come oggetto privilegiato la norma giuridica intesa come specifica struttura qualificativa. L'intento dichiarato è quello di 'disincagliare' la norma, così intesa, e quindi la teoria generale del diritto, dal metodo formalistico kelseniano e da una "concezione epistemologica prefabbricata rispetto al farsi del concreto sapere del giurista". Dunque, l'abuso del diritto in tale programma di indagine - e in tale modo di intendere il compito della scienza giuridica - rappresenta una figura di centrale importanza, sia perché consente di studiare il rapporto tra la struttura formale della norma e il "formalismo"

44 GIORGIANNI, M.: *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963.

45 Su tutte si vedano le opera di MESSINA, G.: *L'abuso del diritto*, Napoli, 2003, e RESTIVO, C.: *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, nella misura in cui le stesse predispongono dei tentativi di riconoscere dignità sistematica e dogmatica all'abuso del diritto.

coogliendo la norma giuridica *at work* (ossia valutandone l'applicazione pratica), sia perché "nessun'altra ricerca, forse, all'infuori di quella relativa all'abuso del diritto (...) offre la possibilità di una descrizione analitica più accurata e penetrante della norma giuridica in quanto 'specifica struttura qualificativa'".<sup>46</sup> La peculiare prospettiva d'indagine dell'Autore impone di contestualizzare il suo ragionamento, ma non toglie che si possa ben cogliere la differenza del suo approccio rispetto a molte altre trattazioni sul tema, la sua ferma e argomentata volontà di trattare l'abuso alla stregua di uno dei concetti portanti, esplicativi delle ragioni dell'ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive. L'Autore usa l'abuso per capire e compiutamente analizzare la 'forma' della norma giuridica, senza partire da protocolli ma dall'interno stesso della positività della norma e dalla concretezza delle sue applicazioni. Per quanto influenzata da questa peculiare impostazione, comunque l'opera di Giorgianni esprime, e argomenta, l'interesse per l'abuso come categoria concettuale, al pari del diritto e dell'illecito, e da affrontare come categoria dell'ordinamento, non già quale mero problema applicativo e di giustificazione di prassi applicative o urgenze correttive.

#### IV. CONTRATTO E CONCORRENZA: LA CONFIGURABILITÀ DEI DANNI PUNITIVI (POTENZIALI) ALLA LUCE DELLA POLIFUNZIONALITÀ DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE.

Nel settore dei contratti d'impresa la figura dell'abuso del diritto rappresenta uno dei precipitati dell'ampia contaminazione in esso esistente tra l'autonomia contrattuale e gli strumenti, interpretativi e applicativi, del diritto *antitrust*<sup>46</sup>.

Questa configurazione dell'abuso del diritto ha un eco nelle sue origini che, come si è detto, si rintracciano nell'evoluzione del sistema economico capitalistico e nei fenomeni connessi dei cartelli e monopoli od oligopoli industriali, e quindi nell'ambito della regolazione dei mercati e della tutela della concorrenza per la repressione delle pratiche competitive sleali<sup>47</sup>.

Nel contesto italiano odierno l'abuso del diritto nei contratti d'impresa si trova tuttavia al centro di due paradossi. Il primo paradosso è rappresentato dalla disputa interna alla dottrina civilistica se esso sia figura che appartiene al diritto dei contratti o piuttosto al diritto *antitrust* o della concorrenza. Il secondo paradosso è che, accanto a tale dibattito, permane nei confronti della figura un latente

46 GITTI, G. - SPADA, P.: "Introduzione. La regolazione del mercato come strategia", *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 17 che pur non facendo espresso riferimento alla figura dell'abuso del diritto disegnano l'ambiente in cui essa di fatto prospera.

47 Per inciso, ricordiamo che un'occorrenza implicita del divieto di abuso del diritto nel Codice civile con specifico riferimento ai rapporti contrattuali d'impresa è il divieto di concorrenza sleale di cui all'art. 2598 c.c. (cfr. per tutti SACCO, R.: "L'abuso del diritto", in AA.VV.: "Il diritto soggettivo", *Tratt. dir. civ.*, Utet, Torino, 2001, p. 318 e 330).

scetticismo, pur a fronte della crescente penetrazione di normative europee che individuano e sanzionano anche esplicitamente ipotesi di abuso<sup>48</sup>. Questi due paradossi non sono privi di nessi: una delle ragioni per cui si cerca di riportare l'abuso nei rapporti d'impresa al contratto, emancipandolo dai fenomeni oggetto del diritto *antitrust*, sta nel tentativo di delineare il relativo divieto alla stregua di un "principio- ponte"<sup>49</sup> tra valori costituzionali e legislazione in cui i valori della persona prevalgono su quelli del mercato. Senonché, le alternative tra contratto e concorrenza e tra contratto e mercato sono in questi termini mal poste<sup>50</sup>. Come osservò R. Sacco discutendo le opposte visioni solidariste e mercantiliste dell'abuso della libertà contrattuale, "la scelta razionale e sociale è quella del mercato. Ma nel momento in cui la scelta è rivolta al mercato sorge allora la necessità di difendere il contraente, tanto quanto possibile, contro le possibili distorsioni e paralisi del mercato stesso, nonché contro le soggettive ragioni di inefficienza che farebbero avvicinare il soggetto al contratto senza farlo avvicinare al mercato"<sup>51</sup>.

Infatti, per un verso un contratto d'impresa è una componente di un mercato, che sarà caratterizzato da un certo grado di concorrenza; per altro verso un mercato altro non è che il prodotto e l'insieme interconnesso delle relazioni contrattuali che governano i rapporti commerciali, industriali, organizzativi, etc. di una serie di attori economici che operano in un dato ambito definito da parametri merceologici, geografici, temporali<sup>52</sup>.

Mentre quando si guarda al contratto si adotta una prospettiva micro-economica in cui il singolo rapporto è idealmente scisso dal più ampio contesto delle relazioni economiche, quando si guarda al mercato si adotta una prospettiva per così dire macro-economica in cui rileva l'interazione tra vicende e attori economici.

Si è, perciò, in presenza di ricostruzioni dogmatiche differenti del medesimo fenomeno naturalistico, e non di due fenomeni diversi. Per questa ragione, le discipline dei contratti d'impresa non possono essere efficacemente disegnate dal

48 Su questi due paradossi vedi ad esempio i contributi raccolti nel volume collettaneo a cura di SIRENA, P.: *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Giuffrè, Milano, 2006.

49 La nozione, come noto, di BUSNELLI, F. D. - NAVARETTA, E.: "Abuso del diritto e responsabilità civile", *Diritto privato*, III, *L'abuso del diritto*, Padova, 2012, p. 211, esprime bene un comune modo di concepire il divieto di abuso dell'autonomia contrattuale.

50 Per un primo inquadramento vedi ad es. OLIVIERI, G. - ZOPPINI, A.: *Contratto e antitrust*, Laterza, Roma, 2008. Sulla figura dell'abuso del diritto nel diritto antitrust v. DI VIA, L.: "Antitrust e diritti sociali: contributo ad una teoria dell'abuso del diritto", ESI, Napoli, 2004.

51 SACCO, R.: "L'abuso della libertà contrattuale", *Dir. priv.*, 1997, p. 233.

52 Sul tema per tutti vedi IRTI, N.: *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2003, *passim*. Con specifico riguardo all'abuso del diritto, accennano al problema, tra gli altri, NATOLI, U.: *L'abuso di dipendenza economica: il contratto ed il mercato*, Napoli, 2004, p. 4 ss. e AGRIFOGLIO, S.: "L'abuso di dipendenza economica nelle prime applicazioni giurisprudenziali: tra tutela della parte debole e regolazione del mercato", *Eur. e dir. priv.*, pp. 253-256.

legislatore, coerentemente elaborate dalla dottrina e pertinentemente applicate dalla giurisprudenza senza prestare attenzione alla c.d. disciplina del mercato, e cioè alle regole sulla concorrenza sleale e alla legislazione *antitrust*.

Giova ribadire, in tale prospettiva, che la consapevolezza dei nessi tra contratto e mercato ha costituito un bagaglio della più accorta dottrina giuridica proprio nel contesto storico-economico in cui si è sviluppata la figura dell'abuso<sup>53</sup>. L'attuale riflessione della dottrina civilistica sul ruolo dei contratti d'impresa rispetto al mercato e alla persona, una volta depurata dalle incrostazioni e preoccupazioni dogmatiche, è sintomatica di un problema di fondo cui il diritto (dei contratti e *antitrust*, ciascuno per la propria sfera di competenza) è chiamato a dare risposta: il problema è la razionalizzazione delle attività di impresa per il miglior funzionamento del mercato come sistema complessivo. Il fine è quello di prevenire i fallimenti del mercato e la produzione di esternalità negative che impediscono una allocazione ottimale delle risorse in senso paretiano.

Al riguardo è istruttiva la vicenda dell'abuso del diritto in materia tributaria e in specie la giurisprudenza della sezione tributaria della Suprema Corte che esclude l'abuso quando l'operazione economica volta a ottenere un vantaggio fiscale è sorretta anche da ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione ovvero si palesi coerente rispetto a una normale logica di mercato<sup>54</sup>. Si è accennato che nei confronti dell'abuso del diritto permane un latente scetticismo: la critica principale è che sia uno strumento di fatto "superfluo" per il giurista e il giudice, finendo per essere "in qualche caso un medio logico inutile, negli altri casi un doppione inutile", o al più una categoria parassitaria rispetto a quella della buona fede che "non vale ad arricchire" la teoria o la prassi, ma piuttosto le rende più confuse.

Secondo una tesi, queste affermazioni appaiono difficilmente discutibili, se ci si accosta all'abuso del diritto in materia di contratti – e, per quanto qui più rileva, in materia di contratti d'impresa – con l'obiettivo di individuare nell'abuso uno strumento operativo autonomo col quale regolare specifiche controversie.

Il discorso sull'abuso del diritto potrebbe svolgersi proficuamente solo sul piano della teoria generale, cioè sul piano dei paradigmi cognitivi e in funzione epistemologica, non in termini di regole di soluzione dei conflitti di interesse tra privati<sup>298</sup>.

53 Così DI MARZIO, F.: "Abuso di dipendenza economica e clausole abusive", *Riv. dir. comm.*, 2006, p. 789-790.

<sup>293</sup> In area tedesca si possono ricordare le fondamentali riflessioni di RAISER, L.: *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, Giuffrè, Milano, 1990.

54 Per tutti, vedi DI MARZIO, F.: "Abuso di dipendenza economica e clausole abusive", *Riv. dir. comm.*, 2006, p. 789-790, p. 795.

<sup>295</sup> Ritieni che questi criteri dovrebbero servire ad amministrare l'uso della clausola generale dell'abuso del diritto nell'ambito civilistico SCOGNAMIGLIO, C. "L'abuso del diritto", *Contratti*, 2012, p. 13 ove sottolinea il nesso tra abuso del diritto e razionalità del mercato.

A questa impostazione possono essere mosse più obiezioni. Anzitutto, l'esperienza dell'abuso del diritto, tanto nel diritto dei contratti quanto nella legislazione *antitrust*<sup>55</sup>, mostra che esso, lungi dall'essere un orpello concettuale, è invece uno strumento operativo sia sul piano micro-economico, in presenza di patologie delle relazioni d'impresa, sia sul piano macro-economico, per la regolazione dei mercati. E' anche possibile individuare un distinto ambito di operatività rispetto alle altre categorie del diritto dei contratti, a cominciare dalla buona fede oggettiva<sup>299</sup>.

Tratto proprio dell'abuso del diritto è l'esercizio in concreto, non meritevole di tutela per l'ordine giuridico di riferimento, di prerogative comunque riconosciute all'agente. Presupposto dell'abuso è dunque uno spazio di libertà; di qui, storicamente, terreno di elezione dell'abuso sono state le libertà economiche e il loro esercizio nel mercato da parte delle imprese. La logica che ha presieduto queste esperienze è stata di controllo e mitigazione degli eccessi (monopolio, accordi di cartello, usura, etc.), non l'inibizione dell'esercizio delle libertà e tanto meno la loro negazione<sup>56</sup>. La legislazione *antitrust* stigmatizza, anche al di là del divieto di abuso di posizione dominante, condotte degli operatori economici che sono tutte nella sostanza abusive rispetto al fisiologico funzionamento del mercato concorrenziale<sup>301</sup>.

Se alla legislazione *antitrust* aggiungiamo le discipline viste in precedenza (cfr. dall'abuso di dipendenza economica agli abusi nell'affiliazione commerciale, dalle clausole abusive relative ai pagamenti nelle transazioni commerciali agli abusi nella filiera agroalimentare e quelli nelle relazioni di fornitura e approvvigionamento dei carburanti), vediamo che l'abuso del diritto nel settore dei contratti *lato sensu* d'impresa si traduce nell'esercizio abusivo degli spazi di libertà di cui gli operatori economici godono nelle relazioni contrattuali e il divieto di abusi è un principio a garanzia del c.d. ordine pubblico economico ovvero del mercato concorrenziale<sup>57</sup>.

## V. LE FONTI EUROPEE E NAZIONALI.

Per comprendere la rilevanza dell'abuso del diritto nei contratti d'impresa e il ruolo da esso svolto sia nella dimensione micro-economica, del rapporto *inter partes*, sia nella dimensione macro-economica della regolazione dei mercati è utile

55 Cfr. MACARIO, F.: "Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione", *Corr. Giur.*, 2009, p. 1582. Tra i protagonisti del dibattito si possono ricordare GALGANO, F.: "Qui suo iure abutitur neminem laedit?", *Contr. e Impr.* p. 311 ss.; D'AMICO, M.: "Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano", *I Contratti*, 2011, p. 653 ss.

56 Cfr. DI MARZIO, F.: "Abuso di dipendenza economica e clausole abusive", *Riv. Dir. Comm.*, 2006, p. 811.

57 Cfr. DI MARZIO, F.: "Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa", *Riv. dir. civ.*, I, 2011, pp. 491 ss. Sulla nozione di 'ordine pubblico economico' di derivazione francese e ampliamento in uso da parte degli Avvocati generali avanti la CGUE v. ad es. recentemente PESCATORE, M.: "Forme di controllo, rapporti tra imprenditori e ordine pubblico economico", *Obbl. e contr.*, 2012, pp. 166 ss.

ripercorrere i luoghi normativi che contemplano la figura, completando la mappa delle fonti europee e nazionali che si è in precedenza cominciato a delineare.

In primo luogo va evidenziato che il divieto dell'abuso del diritto fa parte del diritto vigente per effetto dell'entrata in vigore dei Trattati sull'Unione Europea e sul Funzionamento dell'Unione Europea (di seguito in breve TUE e TFUE) e, dunque, della Carta di Nizza che reprime appunto l'abuso di diritto all'art. 54<sup>58</sup>, a norma del quale nessuna disposizione della Carta medesima "deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà" da essa riconosciuti "o a imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle" previste dalla stessa. Tra le libertà garantite dalla Carta vi è la libertà d'impresa che ex art. 16 è riconosciuta "conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali". Nel contesto giuridico europeo, il divieto di abuso del diritto è considerato un principio generale del diritto dell'Unione che si è affermato sul solco delle tradizioni giuridiche degli Stati membri e grazie all'opera giurisprudenziale della Corte di Giustizia<sup>59</sup>.

Applicando questo principio alla materia dei rapporti d'impresa, e coordinandolo con i principi in materia di concorrenza (cfr. art. 3, 32 TUE), nonché le regole di concorrenza applicabili alle imprese (cfr. art. 101 ss. TFUE), ne consegue che è vietato abusare della libertà d'impresa in maniera pregiudizievole al commercio tra Stati membri e al mercato interno. Costituisce esercizio abusivo di tale libertà ad esempio eludere le regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno (cfr. art. 3 TUE), oppure tenere contegni che si pongono in contrasto con l'obiettivo di accrescere la capacità di concorrenza delle imprese o che falsano le condizioni di concorrenza sui mercati dei prodotti finiti (cfr. art. 32 TUE).

Le regole di concorrenza applicabili alle imprese sancite nel TFUE sono un quadro di riferimento fondamentale per l'abuso del diritto e, in specie, dell'autonomia contrattuale nel settore dei rapporti d'impresa. La prima fattispecie da considerare è evidentemente l'abuso di posizione dominante di cui all'art. 102 (ex art. 82 del TCE)<sup>60</sup>, che, nel fornire un'elencazione esemplificativa di pratiche abusive mostra chiaramente che tali pratiche sono il risultato dell'esercizio, appunto abusivo, di prerogative negoziali (per mezzo ad es. di clausole o patti che

58 GITTI, G. - SPADA, P.: "Introduzione. La regolazione del mercato come strategia" (a cura di GITTI, G.), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 17; GITTI, G. - SPADA, P.: "Introduzione. La regolazione del mercato come strategia", in GITTI, G.: *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 18

59 Cfr. LENAERTS, K. "The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law", *European Review of Private Law*, 2010, p. 1121 ss.; BROWN, P.: "Is there a general principle of abuse of rights in European Community Law?", in CURTIN, D. - HEUKELS, T.: *Essays in honour of Henry G. Schermers: Institutional dynamics of European integration*, vol. II, Dordrecht, Boston, London, 1994, pp. 511 ss.

60 BASTIANON, S.: *L'abuso di posizione dominante*, Giuffrè, Milano, 2001.

impongono “direttamente o indirettamente prezzi d’acquisto, di vendita o altre condizioni di transazione non eque” oppure limitano “la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori”; è abusivo pattuire o di fatto applicare, mediante comportamenti concludenti, “nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando (...) uno svantaggio per la concorrenza” e inoltre “subordinare la conclusione di contratti all’accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l’oggetto dei contratti stessi”). In tale ottica, giova ravvisare che la posizione dominante è un fatto prettamente economico che si ricollega, tuttavia, ad una situazione giuridica complessiva dell’impresa sul mercato in cui opera: l’abuso di posizione dominante rientra a tutti gli effetti nella categoria dell’abuso del diritto, perché ciò di cui si abusa è la libertà contrattuale nelle varie forme in cui essa può essere esercitata nei rapporti e nelle operazioni commerciali con gli altri operatori economici<sup>61</sup>.

L’abuso è presente però, implicitamente, anche nelle altre fattispecie di concorrenza, dalle intese, alle concentrazioni<sup>62</sup>, agli aiuti di Stato<sup>315</sup>; e, anche in questo caso, si tratta di esercizio abusivo di prerogative negoziali.

Confrontando le fattispecie di intesa vietate ex art. 101 TUE con l’abuso di posizione dominante risulta che gli accordi tra imprese e le pratiche concordate vietate, in quanto pregiudizievoli per il commercio tra Stati e la concorrenza all’interno del mercato interno, coincidono con le pratiche abusive ex art. 102 TUE<sup>316</sup>. La *ratio* anti-abusiva della disciplina delle intese risulta anche dalla possibilità di esenzione per gli accordi e le pratiche concordate che contribuiscono a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, riservando agli utilizzatori una congrua parte dell’utile senza eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti e di imporre restrizioni non indispensabili alle imprese interessate. Sul punto si rinvia alla sezione della ricerca dedicata alle fideiussioni *omnibus* e alla nullità di protezione parziale delle clausole dei contratti di investimento “a valle” violativi delle norme antitrust.

Numerosi sono poi i riferimenti all’abuso del diritto, in relazione ai rapporti di impresa, nelle fonti secondarie (regolamenti, direttive, decisioni, cui si affiancano comunicazioni e raccomandazioni della Commissione<sup>63</sup>) e negli altri atti a rilevanza

61 Cfr. LOSURDO, F.: *Il divieto dell’abuso del diritto nell’ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, Giappichelli, 2011, p. 128 ss.; Cfr. Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese; A norma dell’art. 108 TFUE (ex art. 88 TCE) ove un aiuto concesso da uno Stato, o mediante fondi statali, sia attuato in modo abusivo, deve essere soppresso o modificato in modo da eliminare l’abuso nel termine fissato dalla Commissione.

62 Tra i regolamenti di applicazione cfr. Regolamento (UE) N. 330/2010 della Commissione del 20 aprile 2010 relativo a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, che succede al Regolamento (CE) n. 2790/1999 della Commissione, del 22 dicembre 1999, avente termine di scadenza 31 maggio 2010.

63 Anche se comunicazioni e raccomandazioni non sono atti vincolanti, di fatto essi hanno oramai sicura rilevanza per i diritti nazionali come dimostra ad es. la Direttiva 4 maggio 2010 emanata dal Presidente

internazionale delle istituzioni come ad es. gli accordi di partenariato e gli accordi multilaterali che hanno l'effetto di ampliare l'ambito di applicazione delle norme europee sopra considerate oltre i confini dell'Unione<sup>319</sup>. Venendo alle fonti interne, per un inquadramento dell'abuso del diritto nei rapporti di impresa è appena il caso di ricordare che, non solo i TUE e TFUE, ma la Costituzione stessa sancisce la libertà d'iniziativa economica e contempla espressamente, dal 2001, la "tutela della concorrenza" fra le competenze statali esclusive<sup>64</sup>. Fare riferimento alle fonti primarie europee e alla Costituzione non vuole dire "scivolare in una ... retorica dell'appiglio costituzionale", cioè aggrapparsi a valori supremi per coprire l'assenza di solide basi giuridiche<sup>65</sup>. Infatti la ricerca del fondamento del divieto di abuso del diritto nell'ambito contrattuale dei rapporti d'impresa non ha certo bisogno di scorciatoie. Oltre alle normative esaminate in precedenza (cfr. art. 9, l. n. 192/1998; l. n. 129/2004; art. 7, d.lgs. 231/2002, come mod. dal d.lgs. 192/2012; artt. 17 e 62 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv., con mod., dalla l. 24 marzo 2012, n. 27), altre normative nazionali concorrono a dar corpo alla figura. Per quanto detto vi sono anzitutto le norme nazionali per la tutela della concorrenza e del mercato (cfr. l. n. 10 ottobre 1990 n. 287).

Come in ambito euro-unitario anche in ambito nazionale, si parla esplicitamente di "abuso" solo in relazione, appunto, all'abuso di posizione dominante (cfr. art. 3, L. 287/1990).

Tuttavia anche le altre fattispecie vietate (accordi, pratiche concordate e concentrazioni) costituiscono ipotesi d'esercizio abusivo di prerogative negoziali. In tema di intese e abuso di posizione dominante le fattispecie peraltro, come noto, sono del tutto analoghe a quelle europee, sicché vale quando si è già detto. Quanto al fenomeno delle concentrazioni, anch'esse sono manifestazione della libertà di iniziativa economica. L'esercizio in concreto del diritto di porre in essere operazioni di concentrazione tra imprese può però essere esercitato in maniera abusiva, determinando "la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale" tale "da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza" e ove ciò avvenga è sanzionato (cfr. artt. 5 e 6, L. 287/1990). L'esercizio abusivo si può concretare in una fusione o in un'operazione di acquisizione del controllo di una o più imprese (cfr. art. 7, L. 287/1990) o nella costituzione di una nuova società che dà luogo a un'impresa comune. "Tale

---

del Consiglio dei Ministri italiano di attuazione della Comunicazione della Commissione U.E. del 25 giugno 2008, recante "Pensare anzitutto in piccolo" uno "Small Business Act" per l'Europa (G.U. 23 giugno 2010, n. 144), la quale nel promuovere una politica energetica maggiormente in linea con le esigenze delle piccole imprese, richiede l'azione di misure volte a evitare situazioni di abuso di posizione dominante degli operatori energetici nel settore dei servizi post-contatore.

64 DELLI PRISCOLI, G.: "Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto", *Giur. comm.*, II, 2006, pp. 253 ss.

65 MACARIO, F.: "Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?", *Riv. dir. comm.*, 2006, p. 686, ma il discorso si può estendere anche agli altri valori ivi inclusi quelli del mercato e della concorrenza (ex art. 41 e 117, co. 1, lett. e) Cost.)

situazione deve essere valutata tenendo conto delle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, della posizione sul mercato delle imprese interessate, del loro accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi di mercato, della struttura dei mercati, della situazione competitiva dell'industria nazionale, delle barriere all'entrata sul mercato di imprese concorrenti, nonché dell'andamento della domanda e dell'offerta dei prodotti o servizi in questione" (cfr. art. 6, co. 1, cit.).

Anche le imprese che, per legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale od operano in regime di monopolio, non possono abusare dell'adempimento degli specifici compiti loro affidati per porre in essere attività in mercati diversi da quelli in cui agiscono come monopoliste, ad esempio svolgendo tali attività solo in apparenza mediante società separate (cfr. art. 8, co. 2 e 2-bis). Inoltre, qualora rendano disponibili a società partecipate o controllate nei mercati in cui non operano come monopoliste beni o servizi, di cui abbiano la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività di monopolio, non possono abusarne ad esempio imponendo condizioni di accesso ai beni o servizi non equivalenti alle altre imprese direttamente concorrenti (art. 8, co. 2-quater, L. 287/1990). Sparse nelle fonti di rango legislativo e regolamentare vi sono, poi, numerose altre norme che fanno da cerniera fra le norme *antitrust* e la disciplina dei contratti d'impresa e costituiscono interventi puntuali ma reiterati in tema di abuso che legittimano la figura nell'ambito dei contratti d'impresa<sup>66</sup>. Se è vero che talune di queste discipline estendono o specificano l'applicabilità delle norme già viste a particolari settori d'impresa<sup>67</sup>, vi sono nondimeno anche ulteriori e autonome ipotesi di abuso.

## VI. L'ABUSO NEI RAPPORTI CONTRATTUALI TRA IMPRESE E I C.D. FALLIMENTI DEL MERCATO.

La dottrina giuridica attenta al fenomeno dell'impresa sottolinea, da tempo, la necessità di autonomia dell'imprenditore per l'equilibrio del mercato, sul presupposto che non ne sia fatto un uso vessatorio/abusivo tale da turbare tale equilibrio<sup>68</sup>.

66 Cfr. ad es. MACARIO, F.: "Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?", *Riv. dir. comm.*, 2006, p. 686, p. 703, che si mostra comunque prudente parlando di un mero tentativo e considera in particolare l'art. 9 L. 192/1998 "norma cerniera" tra diritto dei contratti e diritto della concorrenza ma il discorso dell'A. può essere esteso alle altre normative qui esaminate.

67 Cfr. ad es. art. 19 d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, di attuazione della direttiva 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'art. 41 l. 17 maggio 1999, n. 144, secondo cui le norme in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza, di abuso di posizione dominante e di operazioni di concentrazione di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287 si applicano alle imprese di gas naturale. L'art. 6 del D.lgs. 27 maggio 2005, n. 102, in tema di regolazione dei mercati agroalimentari dispone che gli statuti delle organizzazioni comuni devono prevedere espressamente nei propri statuti regole atte a garantire alle associate il controllo democratico dell'organizzazione ed evitare qualsiasi abuso di posizione dominante o di influenza di una o più organizzazioni nella gestione e nel funzionamento.

68 Cfr. AQUINI, A.: "L'impresa dominante", *Riv. dir. comm.*, I, 1963, pp. 3-14, spec. p. 13.

Secondo una ricostruzione ermeneutica, muovendo dal presupposto che la libertà di commercio è di comune interesse e non può essere alterata da un uso anormale/abusivo della medesima, si è affermato di considerare le coalizioni industriali creati allo scopo di alterare ingiustamente il normale svolgersi dei prezzi e del mercato concorrenziale come una forma di abuso nell'esercizio di tale libertà offensiva del pubblico interesse al corretto svolgersi del commercio<sup>69</sup>.

In realtà, il mercato è *naturaliter* uno spazio dinamico e mutevole in cui l'equilibrio si genera istante per istante. Ciascuna situazione di mercato può essere valutata normale o anomala solo *coeteris paribus*. La concorrenza è fenomeno altrettanto dinamico e mobile. Come si è osservato, è fondamentale per l'efficacia di qualsiasi intervento normativo, sia esso funzionale all'instaurazione, alla preservazione o all'accrescimento della concorrenza su un certo mercato, sfuggire al "rischio di un'autofagia: se qualcuno vincesses definitivamente la competizione, il rischio si tradurrebbe in sinistro"<sup>70</sup>.

In questo quadro complesso, l'abuso del diritto è considerato sintomo di un disequilibrio, cioè di un fallimento del mercato e, di conseguenza, il suo divieto uno strumento per porre rimedio o per evitare simili fallimenti. In chiave teleologica, esso può giustificare misure di intervento diretto dello Stato nell'economia e una regolazione dei mercati nell'ottica della "simulazione" della concorrenza. Specialmente in quei settori, in cui, per ragioni storiche o strutturali, la concorrenza non esiste effettivamente o è di lenta e difficile instaurazione, tramite il divieto di abuso del diritto è cioè possibile introdurre in via regolamentata meccanismi di competitività a garanzia di un miglior funzionamento del mercato – in una prospettiva di ottimale allocazione delle risorse - a beneficio di tutti gli operatori, inclusi gli utenti o consumatori<sup>71</sup>. Si tratta di un approccio strategico verso un *nuovo diritto dell'economia*, per la cui riuscita è tuttavia necessario in primo luogo modificare il registro lessicale e il bagaglio concettuale tradizionale *competitività sul mercato* (cfr. art. 3, co. 4-ter e ss., l. 9 aprile 2009, n. 33)<sup>72</sup>.

69 Cfr. CHIRONI, G.: *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extra-contrattuale*, II, Bocca, Torino, 1906, p. 540. Anche secondo la giurisprudenza europea solo transazioni commerciali normali possono godere della protezione del diritto (dell'UE): cfr. ad es. CGCE, 10 gennaio 1985, nella causa C-229/83, *Leclerc et alii*, di cui si vedano specialmente le conclusioni dell'Avvocato Generale. Sul tema v. LOSURDO, F.: *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, cit., pp. 135 ss.

70 Cfr. GITTI, G. - SPADA, P.: "Introduzione. La regolazione del mercato come strategia", in GITTI, G., *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 17

71 La rilettura in chiave teleologica della regolazione dei mercati a cui si fa riferimento ed entro la quale si colloca la figura dell'abuso del diritto nel presente elaborato è tratta da GITTI, G. - SPADA, P.: "Introduzione. La regolazione del mercato come strategia", in GITTI, G., *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 17.

72 GENTILI, A.: "Il contratto di rete dopo la l. n. 122 del 2010", *I Contr.*, 2011 p. 617 ss. In precedenza, si veda la ricostruzione sistematica dell'itinerario legislativo delle reti d'impresa di CAMARDI, C.: "Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa", *I Contr.*, 2009, pp. 928 ss.

La tipizzazione di tale contratto è declinata in termini economici e teleologici e può ricomprendere molteplici tipi tradizionali o forme contrattuali socialmente tipiche. Dunque, la stessa legge guarda all'attività contrattuale d'impresa e degli intermediari finanziari come a una relazione-operazione economica collocata su un mercato visto come l'arena in cui agenti razionali agiscono secondo la logica concorrenziale. Si tratta di una prosecuzione della tendenza inaugurata già con la disciplina della subfornitura che, come noto, si differenzia dalla fornitura proprio perché dà rilievo al fattore industriale della catena produttiva o filiera.

Il punto rilevante è che da questi aspetti, che se vogliamo sono prettamente economici, la legge ricava sempre più la necessità di una diversa regolamentazione.

In effetti, specialmente ove le imprese effettuano investimenti irrecuperabili nel breve periodo in vista di operazioni economiche complesse, destinate a protrarsi nel medio o lungo periodo e caratterizzate da notevoli imprevisti, il contratto diventa un primario mezzo di organizzazione e coordinamento delle attività d'impresa<sup>73</sup>. In presenza di caratteristiche come quelle appena evidenziate o di specificità strutturali di mercato, per la presenza di vincoli o collegamenti tra tecnologie o imposti dalla catena di produzione l'autodeterminazione negoziale e le possibilità di abuso assumono tratti del tutto diversi da quelli concepibili nei rapporti di consumo dove il fallimento fondamentale è dato in sostanza da asimmetria sul piano informativo e cognitivo e del potere di contrattare<sup>343</sup>.

Nell'accostarsi all'abuso del diritto nelle relazioni d'impresa è necessario proiettare la relazionalità, perlopiù, a medio o lungo termine e considerare il singolo contratto e le sue clausole come un segmento esecutivo o un momento attuativo di più ampie e complesse operazioni industriali. Dare adeguato rilievo a tali relazioni significa indagarne i fattori tecnici e tecnologici, prima ancora che giuridici; senza considerare questi profili non è possibile valutare il grado di autonomia decisionale, organizzativa e, in definitiva, poi negoziale della singola impresa, né le dinamiche interne ai gruppi industriali<sup>74</sup>.

Scendendo più nello specifico, l'imposizione di prezzi può scaturire dalla conclusione di più contratti a prezzi di carattere monopolistico<sup>75</sup>, e per stabilirlo occorre esaminare la situazione concreta alla luce dei modelli di mercato concorrenziale e monopolistico.

73 Cfr. WILLIAMSON, O.: *Le istituzioni economiche del capitalismo. Imprese, mercati, rapporti contrattuali*, Franco Angeli, Milano, 1987, che nella letteratura costituisce una pietra miliare della riflessione sul tema.

74 Cfr. AMADIO, G.: "Il terzo contratto. Il problema", in GITTI, G. – VILLA, G.: *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008, p. 21.

75 Cfr. DELLI PRISCOLI, G.: "Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto", *Giur. Comm.*, 2006, p. 253 ss.

Una concentrazione si può realizzare quando, tramite contratti di distribuzione, ad es. mediante la stipula di più contratti di *franchising*, un'impresa acquisisce il controllo di più imprese<sup>76</sup>. Se poi l'impresa controlla le imprese distributrici tramite clausole di esclusiva o altre che impongono prezzi ingiustificatamente gravosi, vi sarà abuso se il prezzo è subito anziché concordato. Per stabilire se vi è o meno un abuso, occorrerà determinare quale sarebbe il prezzo normale su quel mercato, oltre che le caratteristiche sul piano strutturale e funzionale della rete distributiva<sup>77</sup>.

Ancora, la necessità di ristrutturare il sistema distributivo può rappresentare un fattore suscettibile di spianare la strada all'interruzione (purché non dall'oggi al domani) del rapporto. Nell'interpretazione della giurisprudenza euro-unitaria, presupposto imprescindibile è l'esigenza di una modifica significativa, sul piano sia sostanziale che geografico, delle strutture di distribuzione del fornitore interessato, modifica che deve essere giustificata in modo plausibile sul piano dell'efficacia/efficienza economica.

Anche in questo caso, ciò si verifica per evitare abusi o che il loro divieto copra operatori inefficienti; ad ogni modo, occorre un'analisi del mercato di riferimento e del sistema distributivo delle imprese che vi operano.

Peraltro, una relazione contrattuale può nascere in un ambiente concorrenziale e tale da non prospettare uno squilibrio economico del rapporto. E' però possibile che si generi una dominanza o dipendenza per lo specifico contenuto delle clausole o semplicemente, di fatto, per le caratteristiche e l'evoluzione del mercato in cui il rapporto è eseguito<sup>78</sup>.

Tali ipotesi non sono di per sé sintomatiche di abuso se si considera che l'esistenza di sopravvenienze sia positive che negative in termini rischi, costi, utili, etc. fa parte della fisiologia del mercato. In presenza di simili cambiamenti non previsti o non prevedibili *ab origine* il problema è di stabilire se l'appropriazione da parte di un contraente di una parte dell'utile che, in base alle previsioni contrattuali, doveva remunerare l'attività e il rischio dell'altro contraente sia fisiologica o patologica.

76 Gli economisti usano un indice per calcolare il grado di concentrazione del mercato: *Herfindahl-Hirschman Index* (HHI). Sul tema delle concentrazioni anche con attenzione ai modelli della prassi internazionale e ai rimedi, v. per tutti ALPA, G.: "Concentrazioni societarie e disciplina della concorrenza. I rimedi e i limiti alla libertà contrattuale", *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 695 ss.

77 L'applicazione di test di prezzo è uno degli strumenti regolamentari utilizzati dalle *authorities* al fine di promuovere la concorrenza e lo sviluppo del mercato, attraverso la prevenzione di possibili comportamenti abusivi. Sul test di prezzo e le pratiche abusive di *Price Squeeze* (PS) e *Margin Squeeze* (MS) v. ad es. Del. Aut. Gar. Com. 23-9-2010, n. 499/10/CONS di Adeguamento e innovazione della metodologia dei test di prezzo attualmente utilizzati nell'ambito della delibera n. 152/02/CONS "Misure atte a garantire la piena applicazione del principio di parità di trattamento interna ed esterna da parte degli operatori aventi notevole forza di mercato nella telefonia fissa" (G.U. 28 ottobre 2010, n. 253, S.O.).

78 Affronta il problema, trattando dell'abuso di dipendenza economica, ad es. D'AMICO, M.: "La formazione del contratto", in GITTI, G. – VILLA, G.: *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008, pp. 62-63.

La circostanza che una parte abbia una posizione dominante sul mercato o un significativo potere non la priva “del diritto di tutelare i propri interessi commerciali ma, in ragione della speciale responsabilità su di essa gravante, la valutazione del comportamento volto al conseguimento dell’utile deve essere svolta alla luce del criterio di proporzionalità, in base a cui l’impresa deve impiegare i soli mezzi necessari al perseguimento di legittimi obiettivi”. Ancora, di regola si ritiene che il rifiuto totale o parziale di vendere o acquistare sia abusivo, qualora sia arbitrario cioè non giustificato da ragioni obiettive. Ma per stabilire se vi sono ragioni di questo ordine, per un verso è necessario sapere come si dovrebbero svolgere relazioni commerciali competitive sul mercato; per altro verso, occorre tenere conto che un’impresa è un bene vivo la cui vitalità consiste essenzialmente nella possibilità, a seconda delle circostanze, di mantenere ovvero modificare o diversificare continuamente la propria strategia produttiva o commerciale. Al riguardo, la giurisprudenza spesso ma non sempre mostra di fare buon governo delle nozioni e indicazioni che derivano dagli studi economici. Sul punto giova ricordare – in una chiave interdisciplinare e multidisciplinare - alcuni principi espressi dalla giurisprudenza amministrativa in materia di abuso di posizione dominante: essi sono utili anche per accertare eventuali abusi nell’ambito negoziale. Per esempio di regola “il mero intento di escludere il concorrente dal mercato è di per sé irrilevante” e pratiche commerciali quali sconti per incoraggiare la fedeltà dei clienti non integrano un abuso se sono giustificati da specifiche ragioni di efficienza o da altre obiettive giustificazioni economiche<sup>79</sup>.

Una pratica che può integrare un abuso del diritto è la strategia dei prezzi predatori che consiste nella condotta di un’impresa che nel breve periodo deliberatamente abbassa i propri prezzi e soffre perdite o rinuncia a profitti, al fine di eliminare o disciplinare uno o più concorrenti nel medio-lungo periodo. Per la giurisprudenza sono tendenzialmente abusive le politiche di prezzo idonee a escludere un ipotetico concorrente altrettanto efficiente: parametri di riferimento in uso sono i costi totali medi o il costo incrementale medio di breve periodo che l’impresa sopporta<sup>80</sup>. Come si è già accennato, anche la riservatezza delle

79 Cfr. Cons. Stato sez. VI, 19 luglio 2002, n. 4001, caso *Pepsi-Cola vs. Coca-Cola*, relativo al proc. AGCoM A224 7 dicembre 2001. Si tratta di principi espressi in materia di abuso di posizione dominante, ma che sono utili anche per distinguere tra l’esercizio legittimo o invece abusivo di un diritto, ad es., di esclusiva o di concedere sconti ai clienti

80 Cfr. Tar Lazio, 26 giugno 2008, n. 6213, caso *Mercato del calcestruzzo cellulare autoclavato*, nel proc. AGCoM A372, 24 ottobre 2007, secondo cui “in linea di massima sono abusive solo le pratiche di prezzo idonee ad escludere un ipotetico concorrente altrettanto efficiente, con il benchmark che è rappresentato dai costi che l’impresa dominante sopporta”; a parere del Tar, inoltre, “l’applicazione di prezzi al di sotto dei costi totali medi è indice di comportamento predatorio se fa parte di un piano per eliminare la concorrenza, a differenza dei prezzi al di sotto dei costi medi variabili che si presumono predatori salvo circostanze eccezionali. Ove siano applicati prezzi inferiori al costo totale medio, quindi, è necessario verificare la presenza di un intento predatorio per accertare la sussistenza di un abuso di posizione dominante”. Vedi anche Cons. Stato, 2 ottobre 2007, n. 5068, caso *Diano-Tourist-Caronte-NGI*, proc. AGCoM A267 secondo cui “se il prezzo è inferiore al costo incrementale medio di breve periodo, deve essere considerato di natura predatoria; se il prezzo è superiore al costo incrementale medio di lungo periodo, non può essere considerato di per sé predatorio; se il prezzo è compreso tra i due costi, la valutazione dell’eventuale

informazioni e l'asimmetria informativa (*sub specie* di *adverse selection* e *moral hazard*, a seconda che essa abbia riguardo alla fase *pre* e *post* contrattuale) è un ambito in cui è facile che si generino fallimenti del mercato e abusi. Essi non consentono una allocazione delle risorse in senso paretiano, con conseguente produzione di diseconomie e esternalità negative che incidono sul *surplus* dei consumatori.

La materia è spesso regolata dal punto di vista della concorrenza sleale e degli abusi del mercato, ma vi è spazio anche per l'abuso del diritto nella forma non soltanto ad esempio della frode al contratto, ma anche dell'abuso della fiducia *inter partes* o dell'istigazione di terzi alla rivelazione di informazioni o dati confidenziali a proprio vantaggio e in danno della controparte.

## VII. L'ABUSO DEL DIRITTO TRA EQUILIBRIO CONTRATTUALE E "GIUSTIZIA" DEL CONTRATTO.

Un recente filone giurisprudenziale e dottrinale<sup>81</sup>, come accennato, ha offerto cittadinanza - anche nel nostro ordinamento - all'istituto della c.d. *Verwirkung*, elaborato ed utilizzato da tempo soprattutto da parte della dottrina e dalla giurisprudenza tedesche (che lo fondano sul par. 242 B.G.B.), ma che sin qui non aveva trovato accoglienza presso i nostri giudici, sebbene non fosse sfuggito all'attenzione della dottrina (già un cinquantennio fa).

In base a questa costruzione, viene individuata una causa "atipica" di estinzione dell'obbligazione, o comunque (come talora si legge) di "inesigibilità" di un diritto di credito (relativamente al quale non sia ancora maturato il termine di prescrizione), allorché il creditore abbia ommesso di esercitare il proprio diritto per un periodo di tempo considerevole e tale da ingenerare nel debitore l'affidamento circa la sussistenza di una volontà (tacita) di rinuncia al credito o di remissione del

---

comportamento predatorio necessita di ulteriori elementi e dell'esame del contesto competitivo in cui esso si inserisce".

- 81 PATTI, S.: *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2016, preziosa per l'ampia riflessione critica sulla figura; il primo studio sistematico è di TROIANO, S.: *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, Padova, 2005. La giurisprudenza specifica anche il ruolo della buona fede durante la fase dell'esecuzione del contratto, riconoscendo un generale dovere di cooperazione delle parti tra loro, finalizzato al perseguimento dello scopo contrattuale, affermando a più riprese sia nella giurisprudenza di merito che di legittimità che per una corretta applicazione dell'art. 1375 c.c., al fine di raggiungere lo scopo del contratto, le parti devono modificare il proprio comportamento qualora ciò si renda necessario in base alle circostanze di fatto. Un'interessante applicazione della clausola generale della buona fede nell'esecuzione del contratto, si rinviene nell'ambito degli obblighi contrattuali delle società assicurative. Tra le numerose sentenze si cita Cass., 5 marzo 1994, n. 2177, in *Arch. circolaz.*, 1994, 844, secondo cui il comportamento dell'assicuratore viola l'obbligo di correttezza e buona fede, implicito nel contratto di assicurazione, non solo quando, avvalendosi del patto di gestione, gestisca la lite in modo da arrecare pregiudizio all'assicurato, "per eccessiva cura dei propri interessi", ma anche "quando decida, senza motivo, di non aderire ad una vantaggiosa proposta di transizione con il terzo danneggiato"; in tale ipotesi si ritiene che l'assicuratore non esegua il contratto di assicurazione secondo un comportamento in buona fede

debito, sì che il “tardivo” esercizio appaia contrario a buona fede (ovvero - detto altrimenti - concreti un “abuso” del diritto).

Già questa descrizione del fenomeno è sufficiente a mettere in evidenza la problematicità dell'accesso ad una siffatta conclusione. E, invero, il mancato esercizio di una pretesa creditoria (anche prolungato per un lasso di tempo relativamente lungo) è suscettibile di essere valutato/qualificato in astratto in modi alquanto diversi.

È possibile, anzitutto, che l'omesso esercizio del diritto di credito (recte: la mancata immediata reazione all'inadempimento del debitore) sia conseguenza di un atteggiamento di mera tolleranza da parte del creditore, atteggiamento che evidentemente non implica, come tale, una volontà di rinunciare al credito o di rimettere il debito, ma esprime soltanto (salvi i casi di “inerzia” dovuti a dimenticanza, trascuratezza, impossibilità di esercizio del proprio diritto, et *similia*) la volontà, che può essere motivata dalle più svariate ragioni (ad es.: rapporti affettivi, di amicizia o familiari, con il debitore; ma anche profili di “opportunità”/interesse, che potrebbero suggerire un atteggiamento di “disponibilità” nei confronti di un debitore “strategico”, con il quale si intrattengono magari altri e più rilevanti rapporti, o si prevede/auspica che essi possano sorgere) di concedere al debitore margini più “elastici” di adempimento del proprio obbligo. In queste ipotesi, nessuno penserebbe - va da sé - di considerare estinto il diritto di credito, anche se non è ancora maturato il termine di prescrizione dello stesso, e pur se manchi assai poco al verificarsi di tale evento.

È anche possibile - certo - che nel mancato esercizio del diritto (specie quando tale comportamento sia prolungato nel tempo) possa intravedersi un'ipotesi di rinuncia tacita al credito, ovvero ancora che in esso si possano ravvisare gli estremi della fattispecie della remissione del debito. Ma, ove ciò avvenga, si sarà verificata una causa “tipica” di estinzione dell'obbligazione; e non c'è certamente bisogno di invocare la buona fede per giustificare un effetto che può e deve essere ricondotto alla volontà del creditore.

Si dirà (e questo sembra essere il pensiero accolto dai giudici della Cassazione, oltre che condiviso da una parte della dottrina) che residuano comunque casi in cui, a prescindere dall'esistenza di una volontà del creditore di rinunciare al proprio credito (o di rimettere il debito), deve ritenersi sufficiente a supportare l'effetto estintivo il semplice fatto che nel debitore si sia ingenerato il convincimento (o l'affidamento) che il diritto di credito non sarà più esercitato dal suo titolare, sì

da giustificare - qualora ciò invece avvenga - un'eccezione di estinzione del diritto (ancorché non sia ancora decorso il termine previsto per la prescrizione<sup>82</sup>).

Poco più di quindici anni or sono - in quello che è l'unico "precedente" di legittimità sul tema in esame, i giudici del Supremo Collegio avevano mostrato ben altra cautela e prudenza. La massima "ufficiale" di quella pronuncia risultava così formulata: "...il semplice ritardo di una parte nell'esercizio di un diritto (nel caso di specie, diritto di agire per far valere l'inadempimento della controparte) può dar luogo ad una violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto soltanto se, non rispondendo esso ad alcun interesse del suo titolare, correlato ai limiti e alle finalità del contratto, si traduca in un danno per la controparte"; e ancora più "restrittiva" era la massima che accompagnò la sentenza su una delle riviste che ne pubblicarono il testo, massima formulata nei seguenti termini: "Il semplice ritardo nell'esercizio del diritto, per quanto imputabile al titolare dello stesso e tale da generare nel debitore un ragionevole affidamento che il diritto non sarà più esercitato, non comporta violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto e non può costituire motivo per negare la tutela giudiziaria del diritto, salvo che tale ritardo sia la conseguenza di un'inequivoca rinuncia".

Orbene, anche a fermarsi alla (formulazione scelta nella) massima "ufficiale", non è chi non veda come - ben lungi dal ricollegare la violazione della buona fede alla lesione di un soggetto "affidamento" che possa essersi formato nella mente del debitore (come fanno i giudici del 2021) - la sentenza del 2004 mostra(va) di considerare rilevanti ben altri elementi (oggettivi), e cioè la mancanza di interesse del creditore ad un esercizio tardivo del credito ("correlato ai limiti e alle finalità del contratto"), e l'esistenza di un "danno" per il debitore che derivi da siffatto esercizio tardivo<sup>83</sup> (e sia ovviamente ulteriore rispetto a quello consistente

82 Cfr. RODOTÀ, S.: *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 214; GAZZONI, F.: *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 172 s.; la tesi è sostenuta anche da coloro che attribuiscono un rilievo generale all'equità, proprio muovendo dall'interpretazione dell'art. 1374 c.c. cfr. ancora GAZZONI, F.: *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1987, p. 748 ss., dando conto di un'opinione che definisce minoritaria; MENGONI, L.: "Spunti per una teoria delle clausole generali", *Riv. critica dir. privato*, 1986, p. 5 ss., spec. p. 19. La riflessione più recente su questi temi è raccolta nel volume "Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta", in CABELLA PISU, L. - NANNI, F., Padova, 1998, in cui sono raccolti i contributi di tutti gli studiosi italiani sul tema, con l'apporto di quelli di cultura tedesca, francese e inglese. Cfr. SACCO, R. - DE NOVA, G., *Il contratto*, II, Torino, 1993, p. 416, definisce queste regole d'esperienza come norme di opinione alle quali si è tentato di appiattare la costituzione: RODOTÀ, S. *Le fonti di integrazione del contratto*, 2004, p. 165 ss., p. 180 ss., lo ha fatto per la correttezza e la buona fede; GAZZONI, F.: *Equità e autonomia privata*, Milano, 2019, p. 176, lo ha fatto per l'equità. 12 Cfr. RODOTÀ, S.: *Le fonti di integrazione del contratto*, 2004, p. 165 ss., p. 225.

83 LIBERTINI, M.: "Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale", *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido - Studi in onore di Roberto Pardolesi*, in DI CIOMMO, F. - TROIANO, S., Roma-Piacenza, 2018, pp. 495 ss.; Cfr. Cass., 15 luglio 2016, n. 14432, in *Mass. Foro it.*, 2016: "in materia di interpretazione del contratto, sebbene i criteri ermeneutici di cui agli art. 1362 e ss. c.c. siano governati da un principio di gerarchia interna in forza del quale i canoni strettamente interpretativi prevalgono su quelli interpretativi-integrativi, tanto da escluderne la concreta operatività quando l'applicazione dei primi risulti da sola sufficiente a rendere palese la "comune intenzione delle parti stipulanti", la necessità di ricostruire quest'ultima senza "limitarsi al senso letterale

semplicemente nel dover adempiere al debito, cosa che non può considerarsi - giuridicamente - un "danno").

La cosa più singolare è che tale filone giurisprudenziale tenta di accreditare (come sovente accade alle pronunce della Cassazione, che tendono a dissimulare la carica "innovativa" che esse possiedono) la "continuità" con il "precedente" del 2004, al punto da presentare la soluzione adottata quasi come una (mera) "applicazione" dei principi in esso fissati. Ciò appare *ictu oculi* ben poco persuasivo.

Si è ritenuto che i giudici avrebbero avuto un atteggiamento eccessivamente restrittivo, espressione di una perdurante diffidenza nei confronti dell'utilizzazione delle clausole generali, per gli ampi margini di discrezionalità giudiziale che questa utilizzazione comporta. Si ritiene che questa censura non sia - almeno nel caso di specie - fondata, e che essa possa, in qualche modo, essere ribaltata. Quel che infatti occorrerebbe chiedersi è, semmai, se il principio di buona fede (cui si ispira la teoria della *Verwirkung*) possa essere utilizzato per sovvertire la struttura (e la "logica") rigorosa di una causa di estinzione dei diritti quale la prescrizione (che determina tale effetto - si badi - anche in presenza di una situazione di ignoranza del titolare circa l'esistenza del diritto, da lui non fatto valere). La risposta negativa sembra imporsi, se solo si pensa ai problemi che si porrebbero nel caso in cui si dovesse ragionare in termini di affidamento secondo buona fede, a partire da quello di stabilire per quanti anni debba protrarsi l'inerzia del creditore nell'esercizio del diritto per legittimare il sorgere dell'affidamento del debitore circa il definitivo abbandono della pretesa.

Sollevarne questi dubbi - del resto - non significa affatto negare che, in alcuni casi, l'esercizio tardivo del diritto<sup>84</sup> possa apparire, per le modalità in cui viene effettuato e/o per le conseguenze che esso è idoneo a produrre - contrario ad una regola di correttezza (ad es. perché costringe il debitore<sup>85</sup> - come accadeva nel caso deciso dalla Cassazione, nel quale si trattava dell'inadempimento per diversi anni dell'obbligo di pagare i canoni di un contratto di locazione - ad effettuare per intero ed in tempi rapidissimi un pagamento che fisiologicamente sarebbe stato distribuito in un arco temporale più o meno ampio). Ma il rimedio ragionevole (e salvo sempre che nel comportamento pregresso del creditore non sia ravvisabile

---

delle parole", ma avendo riguardo al "comportamento complessivo" dei contraenti comporta che il dato testuale del contratto, pur rivestendo un rilievo centrale, non sia necessariamente decisivo ai fini della ricostruzione dell'accordo, giacché il significato delle dichiarazioni negoziali non è *un prius*, ma l'esito di un processo interpretativo che non può arrestarsi al tenore letterale delle parole, ma deve considerare tutti gli ulteriori elementi, testuali ed extratestuali, indicati dal legislatore".

84 Cfr. ad es. VETTORI, G.: "L'abuso del diritto. Distingue frequenter", *Obbl. e contr.*, 2010, pp. 166 ss.; BARALDI, M., B., *Il recesso ad nutum non è, dunque, recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto*, cit., p. 41 ss. Più ampiamente sul tema v. VETTORI, G.: "Autonomia privata e contratto giusto", *Riv. dir. priv.*, 2000, pp. 21 ss.

85 PALMIERI, A. M. - PARDOLESI, R. "Della serie 'a volte ritornano': l'abuso del diritto alla riscossa", *Foro it.*, Piacenza, 2010, p. 97. Sui limiti all'autonomia privata nei contratti asimmetrici, vedi in particolare le riflessioni di CATERINA, R. "Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato", *Riv. dir. civ.*, 2005, II, pp. 771 ss.

una rinuncia tacita al credito<sup>86</sup>) non è, in casi siffatti, quello di ipotizzare una inedita (e "atipica") causa di estinzione del diritto, ma piuttosto quello di condannare (ricorrendone i presupposti) il creditore a risarcire il debitore dei danni provocati da un comportamento in ipotesi contrastante col dovere di buona fede *in executivis* sancito dall'art. 1375 c.c. In questo contesto, vi è chi concepisce il divieto dell'abuso del diritto come un principio in virtù del quale conciliare il principio di autonomia negoziale con superiori esigenze di socializzazione e moralizzazione del diritto contrattuale; chi lo riconduce in ultima istanza al principio costituzionale di solidarietà sociale; chi prospetta una concezione eminentemente assiologica, permeata su un concetto di meritevolezza intriso dei valori di giustizia ed eguaglianza (sostanziale)<sup>87</sup>.

Secondo una rilettura della storia dell'abuso del diritto, questi orientamenti sarebbero in continuità con l'esperienza delle codificazioni moderne in cui il divieto di abuso del diritto avrebbe consentito il passaggio da una morale dell'economia di stampo liberale a una di tipo sociale<sup>88</sup>, e sarebbe stato uno strumento di progressiva erosione del principio tipico degli ordinamenti borghesi dell'assoluta discrezionalità nell'esercizio dei propri diritti in nome della libertà e autonomia privata. In realtà, quella appena delineata è una lettura parziale che non tiene conto che ove sono coinvolte relazioni contrattuali di impresa, legislazione e giurisprudenza (non sono nel contesto nazionale, ma anche in ambito europeo) hanno teso nel passato e tendono oggi a concepire l'abuso del diritto in termini pragmatici, ancorando la sproporzione a dati obiettivi, secondo un approccio funzionale o teleologico, piuttosto che assiologico o solidaristico<sup>89</sup>.

Già le ipotesi codicistiche tradizionali di tutela del contraente che versa in situazioni di debolezza (vizi della volontà, stato di bisogno e di pericolo, etc.), che oggi si direbbe sanzionano un abuso della libertà negoziale, riflettono una *ratio* di garanzia di effettiva esplicazione dell'autonomia, anziché di protezione eteronoma<sup>90</sup>.

86 Che l'abuso del diritto richieda un accertamento individualizzato considerando le circostanze del caso concreto (evidentemente, salvo in presenza di presunzioni *ex lege*) è tesi condivisa anche da chi concepisce il diritto dei contratti d'impresa sulla base del paradigma della diseguaglianza sistemica che può manifestarsi nella relazione contrattuale realizzata nel mercato e cioè come rapporto strutturalmente asimmetrico tra parte contrattualmente forte e parte contrattualmente debole: così ad es. DI MARZIO, F.: *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, cit., pp. 793-794. Sul tema va ricordato il contributo di ROPPO, V.: "Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma", *Riv. dir. priv.*, 2001, pp. 780 ss. che, tra i primi, sottolineò la futura germinazione di un "generale paradigma del contratto con asimmetria di potere contrattuale", p. 790.

87 DI CIOMMO, F.: "Recesso dal contratto di apertura di credito e abuso del diritto", *I Contr.*, 2000, p. 1115 ss.

88 PROSPERI, F.: "Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale", *Rass. dir. civ.*, 1999, pp. 639 ss.

89 VETTORI, G.: "L'abuso del diritto. Distingue frequenter", *Obbl e contr.* 2010., pp. 166 ss.

90 CAMARDI, C.: "Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo", *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 835.

Inoltre, come si è notato in precedenza, la lettura “solidaristica” dell’abuso del diritto non regge nemmeno nel settore dei rapporti di consumo la cui disciplina è volta, al pari di quella dell’abuso di dipendenza economica o dei ritardi di pagamento, a incentivare il buon funzionamento delle relazioni contrattuali avendo come modello ideale il mercato concorrenziale<sup>91</sup>.

Nel quadro europeo attuale, anche a voler ammettere una compressione dell’autonomia privata nel contesto dei *soggetti deboli*, essa è comunque orientata da ragioni non di giustizia contrattuale o sociale, bensì da istanze di efficienza del mercato. Questa lettura è oramai condivisa, sia pure con alcune varianti, dalla maggior parte dei giusprivatisti, specie da coloro che si mostrano più sensibili alla *law in action* che, come si è visto, oggi è sempre più permeata dal fenomeno della regolazione dei mercati e dal ruolo delle *Authorities*.

In presenza di squilibri di potere contrattuale<sup>92</sup> fra le parti, la libera esplicazione dell’autonomia contrattuale del contraente più debole si può attuare solo ove la controparte, nell’esercitare a sua volta il proprio diritto, non ne abusi, per esempio imponendo condizioni che non sarebbero accettate in presenza di alternative<sup>93</sup>. Detto altrimenti: la repressione dell’abuso della libertà consumato dalla parte forte si legittima – rispetto al generale principio della libertà contrattuale – in quanto garantisce la medesima libertà in capo alla parte debole. In questo senso il divieto di abuso non si pone in contraddizione ma a difesa della libertà d’iniziativa economica e in specie della azione competitiva delle imprese sul mercato: preservando l’esercizio effettivo di tale libertà, si fa regola di governo e custode del mercato concorrenziale.

Uno degli elementi dell’abuso del diritto più criticato e che induce a paventare il rischio di una lettura socializzante e moraleggiante della figura è la mancanza

91 Sulla questione, anche in prospettiva europea, si veda per tutti MAZZAMUTO, S.: “Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea”, *Eur. e dir. priv.*, 2005, pp. 51 ss.

92 Così CAMARDI, C.: “Tecniche di controllo dell’autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo”, *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 843 nota 16, cui si rinvia anche per riferimenti bibliografici. Sottolinea la rilevanza e la promozione degli interessi meta-individuali nell’attività delle *Authorities* ad es. DELFINI, F.: “Il controllo ex art. 4, l. n. 287/1990 dell’Autorità antitrust sul contenuto del contratto”, *Riv. dir. priv.*, 2003, pp. 479 ss.

93 Secondo una lettura restrittiva vi è abuso solo quando dall’esercizio di un diritto segue una notevole sproporzione tra il beneficio del titolare e il sacrificio dell’altra parte la quale versa in una situazione di impossibilità assoluta di impedire un siffatto esercizio o comunque in assenza di ragionevoli alternative: cfr. DELLI PRISCOLI, G.: “Abuso del diritto e mercato”, *Giur. comm.*, 2010, pp. 845.

Si legge in BARASSI, L.: *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1948, 2 ss., che la buona fede di cui all’art. 1375 c.c., presiederebbe all’attuazione di rapporti obbligatori nascenti da contratto, mentre la correttezza di cui all’art. 1175 c.c. troverebbe la sua fonte in rapporti non aventi origine nel contratto. In BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, 2002, pp. 68 ss., emerge l’impostazione secondo cui la buona fede presuppone l’esistenza di uno specifico rapporto, mentre la correttezza prescinde da esso.

Più precisamente mentre la buona fede è destinata ad intervenire nella fase ermeneutica ed in quella di attuazione del rapporto obbligatorio, imponendo un atteggiamento di cooperazione nell’interesse altrui, la correttezza si traduce in un comportamento di astensione da indebite ingerenze nell’altrui sfera giuridica. Sulla non coincidenza tra il concetto di buona fede e correttezza vedi anche DELL’AQUILA, E.: *La correttezza nel diritto privato*, Milano, 1980.

di criteri per dare contenuto al parametro dell'eccessivo *squilibrio* o *ingiustificata sproporzione*.

L'indeterminatezza di tali parametri metterebbe in pericolo la certezza dei rapporti contrattuali rimettendo la valutazione di abusività degli atti di autonomia privata a circostanze non previamente calcolabili e controllabili<sup>94</sup>.

Senonché l'attenzione allo squilibrio o sproporzione contrattuale non vuole affatto dire *giustizia correttiva*, nel senso di una protezione<sup>95</sup> equitativa che segue una logica diversa e non tiene conto di quelle che sarebbero le condizioni di equilibrio tra le parti in base al mercato. L'equilibrio o la proporzione di un rapporto contrattuale da questo punto di vista è una manifestazione della *giustizia distributiva* per cui i beni risultano allocati in base al merito: nel caso di specie il merito è la capacità competitiva delle imprese.

Giova rilevare che questa lettura del divieto di abuso del diritto come funzionale a evitare svantaggi sproporzionati che non riflettono disequaglianze nei meriti – insomma l'appropriazione da parte di un'impresa di utilità ultronee che non derivano dalla sua capacità concorrenziale – è condivisa dalla Suprema Corte, secondo la quale il divieto di “abuso del diritto (...) trova fondamento nel principio generale secondo cui l'ordinamento tutela il ricorso agli strumenti che lo stesso predispone nei limiti in cui questi vengono impiegati per il fine per cui sono stati istituiti senza procurare a chi li utilizza un vantaggio ulteriore rispetto alla tutela del diritto presidiato dallo strumento e a chi li subisce un danno maggiore rispetto a quello strettamente necessario per la realizzazione del diritto dell'agente”.

Divieto di abuso del diritto non significa *trattamento paritario* o egualitario: esso non impone di pareggiare o eguagliare i vantaggi che spettano al titolare del diritto esercitato e l'altra o le altre parti del rapporto; né è abusivo l'esercizio del diritto che sia volto a perseguire un risultato economico più vantaggioso per compensare costi o rischi insiti nell'operazione intrapresa.

Insegnamenti utili sul punto si traggono dalla pratica del diritto della concorrenza, in cui il mercato è concepito come lo spazio ideale d'azione dei fornitori, attuali e potenziali, di un insieme di prodotti e/o servizi che sono effettivamente alternativi

94 Cfr. DI MARZIO, F.: “Abuso di dipendenza economica e clausole abusive. Appunti sul nuovo diritto dei contratti asimmetrici d'impresa”, *Riv. dir. comm.*, 2010, pp. 798; ID: *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, 2010, pp. 491 ss.

95 Cfr. ad es. MAUGERI, M.: *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009*, cit., pp. 328-329, la quale sottolinea che una proporzione cambia a seconda del parametro di riferimento e si domanda in relazione a cosa si debba valutare la proporzionalità nel caso dell'abuso nei contratti d'impresa: “All'interesse dedotto in contratto? All'entità dell'investimento di controparte? Alla dimensione dell'impresa che recede? Alla dimensione che subisce l'impresa che subisce il recesso? Al rapporto fra entità dell'investimento e dimensione di una delle due imprese? Ai tipi di soggetti coinvolti (...)? A quanto ha ottenuto chi pone in essere l'atto in seguito all'investimento?”.

per la soddisfazione di un certo bisogno economico. Si tratta di uno spazio, sì ideale, ma delimitato da determinate coordinate geografiche e temporali, e che comprende i prodotti o i servizi sostituibili o sufficientemente intercambiabili, in funzione delle loro caratteristiche obiettive, dei loro prezzi, dell'uso cui sono destinati, nonché della struttura della domanda e dell'offerta e delle condizioni competitive.

### VIII. BREVI CONCLUSIONI IN UNA PROSPETTIVA RIMEDIALE DELLE IPOTESI DI *EXCEPTIO DOLI GENERALIS*: SULL'AUTONOMIA ASSIOLOGICA DELLA BUONA FEDE RISPETTO ALLA SOLIDARIETÀ COSTITUZIONALE.

Così precisati, attraverso il confronto con l'abuso del diritto, i confini e le modalità operative della buona fede, è possibile esaminare l'opinione diffusa nella giurisprudenza<sup>96</sup> e nella dottrina<sup>97</sup> che in essa hanno ravvisato il fondamento di una *exceptio doli generalis* modernamente intesa, che consentirebbe all'interprete di negare efficacia giuridica ad una pretesa che, pur essendo conforme ad una norma di stretto diritto positivo, risulti nel suo esercizio concreto contraria ad una regola di *naturalis aequitas*<sup>98</sup>.

Alla luce delle considerazioni finora svolte è chiaro che la regola di buona fede, traendo contenuto da criteri etici che trovano ingresso all'interno dell'ordinamento giuridico nei limiti dallo stesso stabiliti, non può dare origine a obblighi confliggenti con quelli legislativamente previsti né può legittimare un sindacato giudiziale sulla correttezza di un atto posto in essere in conformità ad una norma di legge. In questo senso, dagli artt. 1175 e 1375 c.c. si deduce non soltanto che la buona fede è ammessa ad operare nel sistema vigente, ma anche che essa opera come fonte di obblighi che integrano rispettivamente il rapporto obbligatorio o contrattuale,

96 Costituiscono decisioni guida sul punto Cass. 8 ottobre 1984 n. 5639, secondo cui l'assicuratore non può negare la copertura assicurativa per mancato pagamento dei premi quando il diniego è contrario a buona fede e Cass. 18 luglio 1989 n. 3362 in tema di fideiussione omnibus, secondo cui la banca non può invocare la garanzia per anticipazioni bancarie accordate in violazione della buona fede. In altre sentenze la giurisprudenza, nell'individuare il fondamento dell'*exceptio doli generalis*, sovrappone la violazione della buona fede con l'abuso del diritto: cfr. tra le più recenti Cass. 21 giugno 2018 n. 16345 con riguardo al contratto autonomo di garanzia.

97 In tal senso, BENATTI, F.: *Disposizioni preliminari, Comm. Cendon sub art. 1175*, Torino, 1991, p. 12 e RANIERI, F.: "Eccezione di dolo generale", *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, VII, Torino, 1991, p. 322 ammettono l'operatività nel nostro ordinamento dell'*exceptio doli generalis*, ravvisandone il fondamento negli artt. 1175 e 1375 c.c. In senso analogo, BIGLIAZZI GERI, L.: "Buona fede nel diritto civile", *Dig. disc. priv. civ.*, II, Torino, 1988, pp. 154 ss, pp. 172-173 ritiene che l'attuale vigenza dell'istituto in questione sia fondata sul complesso delle disposizioni in materia di correttezza e buona fede, che consentirebbero di correggere i rigori dello *strictum ius*, facendo emergere interessi altrimenti destinati a non acquistare rilevanza in una applicazione formalistica del diritto.

98 L'istituto, come è noto, ha origine nel diritto romano, nel quale costituiva inizialmente un mezzo processuale del convenuto, che veniva concesso dal *praetor* verso la fine del periodo repubblicano. Differenziandosi dall'*exceptio doli specialis seu praesentis* presuppone il dolo inteso in senso molto più ampio " quale esistenza di una circostanza, anche sopravvenuta, che faccia apparire contraria alla bona fides l'insistenza dell'attore nel riconoscimento della pretesa da lui fatta valere in giudizio": così BURDESE, A.: "Exceptio doli (diritto romano)", *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1960, p. 1074.

senza peraltro mettere in discussione l'applicazione della disciplina legale<sup>99</sup>. Sono invece tipizzate dalla legge le ipotesi in cui una determinata regola non può essere invocata dal soggetto che abbia tenuto un comportamento scorretto. Il sistema vigente non ammette quindi un ricorso generalizzato a criteri etici per adeguare alle esigenze del singolo caso le previsioni astratte del diritto scritto. Tali istanze di giustizia, infatti, non potendo operare nel loro "stato naturale", assumono rilevanza giuridica solo in forza di una previa formalizzazione e positivizzazione all'interno di fattispecie, più o meno ampie ed elastiche, che introducono eccezioni a norme, che non sono individuate dall'interprete, ma dallo stesso legislatore.

In questo senso non è dato riscontrare quel contrasto tra regole rispettivamente riconducibili alla *naturalis aequitas* e *allo strictum ius*, che si configura invece nel sistema di duplicità delle fonti del diritto romano, nel quale gli *edicta* del *praetor* potevano introdurre deroghe alle norme dello *ius civile*. L'*exceptio doli generalis* risulta invece integrata nel diritto positivo come deroga preventivamente stabilita a una disciplina determinata con riguardo a situazioni particolari che, a seconda dei casi, sono in tutto o in parte tipizzate dalla legge<sup>100</sup>.

A tal fine, peraltro, non è sufficiente la contrarietà della regola scritta alla *naturalis aequitas*, occorre altresì che la pretesa del comportamento imposto dalla prima sia scorretta. In altre parole non rileva solo che il sacrificio richiesto sia oggettivamente iniquo, ma anche che sia sleale pretenderlo, in base a una valutazione che si estende alla condotta soggettiva di entrambe le parti nel caso concreto. Questa limitazione del controllo di eticità sull'esercizio dei diritti alle ipotesi testualmente previste, lungi dall'essere intrinsecamente contraddittorio<sup>101</sup>, risulta coerente con l'essenza stessa di un ordinamento scritto, come il nostro, che non può consentire al giudice di censurare le scelte compiute dalla legge in base ad elementi di giudizio tratti direttamente dalla coscienza sociale.

La necessità di circoscrivere e specificare le ipotesi in cui il principio generale di buona fede, codificato nel § 242 BGB, consente di escludere l'applicazione di norme legali sembra peraltro avvertita anche dalla dottrina tedesca che, spinta da evidenti ragioni di certezza del diritto, limita — a suo modo — i possibili ulteriori sviluppi dell'*exceptio doli*, riconducendo all'interno di vere e proprie fattispecie tipiche (*Fallgruppen*) l'ampia casistica giurisprudenziale.

99 La contraria opinione di DOLMETTA, A.: "Exceptio doli generalis", *Enc. giur.*, Roma, 1997, pp. 11-12, secondo cui dalle disposizioni in questione non si potrebbero dedurre i limiti operativi della buona fede è smentita dal testo normativo, che per un verso rinvia ad essa per determinare il comportamento che le parti devono rispettivamente osservare nell'adempimento dell'obbligazione e nell'esecuzione del contratto, per altro verso non fa alcun riferimento a poteri del giudice di introdurre regole destinate a prevalere su quelle stabilite dalla legge.

100 In tal senso si configurano eccezioni che concorrono a determinare il campo di applicazione della regola, solo in apparenza contraddicendo quanto essa stabilisce: cfr. MENGONI, L.: *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 129.

101 Cfr. considerazioni simili in PELLIZZI, G. L.: "Exceptio doli (dir. civ.)", *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1968, p. 1075.

Non sembra del resto sottrarsi a tali obiezioni neppure l'opinione secondo cui il ricorso all'*exceptio doli generalis* potrebbe essere esteso " all'intero campo del diritto civile ", anche fuori delle ipotesi in cui trova espresso riconoscimento, ove si ritenga che la funzione correttiva della buona fede, di cui è espressione, trovi un "aggancio" nella solidarietà costituzionale<sup>102</sup>.

L'*exceptio doli generalis* diverrebbe, infatti, lo strumento cardine attraverso il quale il giudice ordinario potrebbe surrettiziamente sindacare le scelte della legge, esercitando di fatto un potere che il nostro ordinamento riserva alla competenza esclusiva della Corte costituzionale. Non si tratterebbe infatti semplicemente di scegliere tra le diverse interpretazioni possibili dello *strictum ius* quella compatibile con il dettato della Costituzione<sup>103</sup>, ma di escluderne l'applicazione proprio in ragione del contrasto con il dovere di solidarietà sociale, dal quale l'opinione qui criticata pretende di desumere il contenuto della contrapposta regola di *naturalis aequitas* e, al tempo stesso, la ragione della sua prevalenza.

Per altro verso, considerato che ogni norma è comunque destinata a risolvere un conflitto tra interessi contrapposti, direttamente o indirettamente riconducibili a valori costituzionalmente garantiti, anche diversi dalla solidarietà, quali ad esempio la libertà personale, la proprietà e l'iniziativa economica privata, attribuire all'interprete il potere di negare, sia pure con riferimento a singole fattispecie concrete, l'efficacia della norma significherebbe di fatto consentirgli un bilanciamento che spetta al legislatore compiere.

Per di più l'elaborazione giudiziale della regola di *naturalis aequitas*, essendo svincolata dall'interpretazione di una precisa disposizione di legge scritta, finirebbe per essere sottratta a quella valutazione di ragionevolezza e proporzionalità da parte della Corte Costituzionale, alla quale soggiacciono invece gli atti del potere legislativo.

Tale inammissibile sovvertimento delle regole che disciplinano i rapporti tra poteri dello Stato conferma del resto l'incompatibilità con il nostro sistema delle fonti della proposta di concretizzare la clausola generale di buona fede<sup>104</sup>, cui

102 Vedi in tal senso la ricostruzione ipotizzata da DOLMETTA, A.: *Exceptio doli*, 2010, pp. 14 s. spec. p. 16, che così sviluppa la tesi proposta da Natoli, L'attuazione del rapporto obbligatorio cit., 36 e BIGLIAZZI GERI, L.: "Buona fede nel diritto civile", *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, pp. 154 ss., "per fondare sulla buona fede l'attuale validità dell'*exceptio doli generalis*". Diversamente, secondo MENGONI, L.: "Autonomia privata e costituzione", *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, p. 111, il dovere di solidarietà sociale previsto all'art. 2 Cost. ha piuttosto sollecitato la dottrina del diritto privato a una progressiva rivalutazione di questa clausola generale.

103 Sul concetto e i limiti della c.d. 'interpretazione adeguatrice' al dettato costituzionale cfr. MENGONI, L.: *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996 pp. 154 ss.

104 È sufficiente al riguardo rinviare alle considerazioni critiche rivolte da CASTRONOVO, C.: *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, pp. 237 ss. alla tesi di Rodotà, Le fonti di integrazione del contratto cit., 171 s., che già aveva proposto di utilizzare il principio costituzionale di solidarietà per determinare il contenuto della regola di correttezza, sia pure in funzione integrativa e non correttiva del diritto cogente.

rinvia la legge, attraverso un principio generale che trova riconoscimento nella Costituzione<sup>105</sup>, mentre in realtà è quest'ultimo che attraverso la prima dovrebbe trovare attuazione, per potersi tradurre in regole concrete di comportamento.

Non si tratta (sol)tanto della impossibilità di 'spiegare il contenuto di una clausola generale per mezzo di un'altra clausola generale', quanto e soprattutto della ripartizione di ruoli e competenze tra chi è chiamato a interpretare la legge e chi invece a controllarne la conformità alla Costituzione. Agli ostacoli sopra descritti si aggiunga che la solidarietà rinvia a criteri deontologici che non coincidono esattamente con quelli che, in base alla coscienza sociale e alla valutazione tipica della legge, danno contenuto concreto alla regola di buona fede<sup>106</sup>. In questo senso l'*exceptio doli generalis*, tanto nelle fattispecie normativamente previste (cfr. ad esempio gli artt. 1460, co. 2, 1993, co. 2, 2384 co. 2, 2941 n. 8, c.c.) quanto nelle concretizzazioni ulteriormente proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza che ne ammettono la generale operatività, si configura come rimedio rispetto a comportamenti che, in considerazione dell'intenzione del soggetto agente o dell'affidamento suscitato nell'altra parte, possono ritenersi scorretti e sleali e non soltanto egoistici o non solidali.

Ciò è particolarmente evidente con riguardo alla c.d. *Verwirkung* elaborata dalla giurisprudenza tedesca, là dove l'estinzione del diritto in seguito al mancato esercizio per un tempo non sufficiente a determinarne la prescrizione, ma comunque tale da suscitare nella controparte il ragionevole affidamento che non sarebbe stato più fatto valere, non può trovare un adeguato fondamento nel dovere di solidarietà. Questa richiederebbe, infatti, di accertare la sussistenza di disparità economiche e di potere contrattuale tra le parti<sup>107</sup>, in considerazione delle quali potrebbe al contrario imporre al debitore un sacrificio del proprio interesse a favore del creditore.

Peraltro, una anticipazione dell'effetto estintivo dell'obbligo in ragione del comportamento del creditore e del significato che ad esso abbia attribuito il debitore è contraddetto dalla stessa disciplina della prescrizione nel nostro ordinamento<sup>108</sup>, che invero sembra ispirarsi a un principio opposto là dove, per

105 Al riguardo SACCO, R. - DE NOVA, G.: *Il contratto*, Milano, 2016, p. 1396 sottolineano come il richiamo ai valori costituzionali risponda al preciso intento di parte della dottrina di "fornire alle regole di opinione un aumento di vigore".

106 Questa, secondo MENGONI, L.: "Autonomia privata e costituzione", *Banca, Borsa e titoli di credito*, 1997, I, p. p. 110, 1998, esprime un "dovere di ciascuna parte di assicurare l'utilità dell'altra nella misura in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a proprio carico", con un autonomo contenuto etico, distinto dal dovere sociale di solidarietà previsto dalla Costituzione quale criterio di "responsabilizzazione dei singoli individui privati per l'esistenza sociale e anzi per il benessere degli altri".

107 Al riguardo vedi RANIERI, F.: "Il principio di buona fede", *Riv. dir. civ.*, 2006, III, p. 426., pp. 500 ss., ripercorrendo l'evoluzione dell'istituto, rileva che questo ha trovato un fondamento stabile al § 242 BGB, come manifestazione del principio di buona fede e al tempo stesso del divieto di abuso del diritto.

108 Sulla scarsa praticabilità di tale accertamento cfr. FESTI, F.: "Effetti sui rapporti contrattuali pendenti della legislazione anticontagio", *Giur. It.*, 2020, p. 2358.

un verso, non ammette la pattuizione di un termine più breve di quello legale (art. 2936 c.c.), per altro verso, attribuisce rilevanza giuridica persino al debito già prescritto, escludendo la ripetizione del suo adempimento spontaneo (art. 2940 c.c.).

Ma, al di là di ciò, la figura in esame, stando alla prospettazione fatta da chi ne ammette l'operatività, conferma che la clausola generale di buona fede ha un suo referente assiologico autonomo e distinto rispetto alla solidarietà costituzionale<sup>109</sup> e pertanto neppure sotto tale profilo potrebbe da questa trarre la forza per correggere il diritto positivo.

Tale inadeguatezza della solidarietà come fondamento della regola di correttezza emerge inoltre da alcune pronunce della nostra giurisprudenza, come ad esempio quella che proprio in base al dovere di solidarietà ha escluso che l'investitore, pur essendo il contraente debole protetto dalla nullità, potesse utilizzarla in modo selettivo per trarre un vantaggio ingiustificato nei confronti dell'intermediario finanziario.

In realtà l'eventuale contrasto con il principio consacrato nell'art. 2 Cost. potrà eventualmente dar luogo a una pronuncia di incostituzionalità, che sarà totale o parziale a seconda che l'illegittimità riguardi la norma in tutta la sua portata applicativa ovvero sia apprezzabile soltanto con riferimento a singole fattispecie concrete<sup>110</sup>, rendendo così irrilevante la ricerca da parte del giudice ordinario di una gerarchia tra valori di cui siano espressione le diverse regole in contrasto, per stabilire quale tra esse applicare, indipendentemente dal fatto che sia compiutamente prevista dalla legge o sia in parte ricavata dalla clausola di buona fede.

Non sarà invece possibile derogare allo *strictum ius*, invocando la regola generale enunciata negli artt. 1175 e 1375 c.c., la quale, se vale sempre ad integrare il diritto positivo mediante l'introduzione di obblighi non espressamente previsti,

109 Così PERLINGIERI, G.: *Profili istituzionali del diritto civile*, Camerino-Napoli, 1979, 84 s. Fa invece riferimento alla 'solidarietà contrattuale' BIANCA, C. M.: "La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale", *Riv. dir. civ.*, 1983, pp. 209-201, il quale declina il canone di buona fede negli obblighi di lealtà e salvaguardia dell'interesse altrui.

110 In tal caso, la Corte si limita a negare la validità della norma nei casi in cui la sua applicazione risulterebbe in contrasto con i principi costituzionali. Il suo intervento, quindi, non genera lacune né crea nuovo diritto e pertanto non costituisce una indebita ingerenza nelle funzioni legislative. L'ammissibilità di siffatte sentenze di accoglimento parziale, come rileva ZAGREBELSKY, G.: *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, pp. 299 ss. e spec. p. 301, è del resto pacificamente riconosciuta, diversamente da altre figure di decisioni manipolative. Non sembra, invece, tenere conto della possibilità di questo tipo di decisioni BIGLIAZZI GERI, L.: "Buona fede nel diritto civile", *Dig. disc. Priv.*, sez. civ., II, Torino, 1988, p. 169., p. 173, la quale ritiene ultronea la caducazione di "norme inderogabili, la cui idoneità a provocare concrete situazioni di sostanziale ingiustizia non le pone in una luce di costante e generalizzato conflitto con "divergenti valutazioni di principio" ". Alla medesima conclusione sembra giungere, al di là delle differenze terminologiche, DOLMETTA, A. A.: "Exceptio doli generalis", *Banca borsa tit. cred.*, 1998, I, p. 190, allorché distingue a seconda che il contrasto tra la regola di solidarietà costituzionale e quella ordinaria si configuri come 'istituzionale' ovvero si ponga 'a livello di singole fattispecie concrete'.

non è di per sé in grado di impedirne le applicazioni che risultino in concreto inique.

Diversamente, ove il rinvio alla buona fede sia disposto da una previsione legislativa che consenta un intervento correttivo del giudice, la regola da essa desumibile potrà prevalere sulla diversa disciplina dettata per una serie più ampia di casi, in quanto *lex specialis* suscettibile di imporsi indipendente mente da valutazioni di conformità ai principi costituzionali della contrapposta disciplina legale.

In conclusione, I repentini mutamenti dell'ordinamento, la rilevanza sempre maggiore del diritto comunitario e l'influenza del mercato sulle relazioni giuridiche comportano la necessità di ripensare ad alcuni istituti civilistici, tra cui quello dell'integrazione contrattuale. Il contratto sta cambiando volto, non essendo più disciplinato soltanto dalla volontà delle parti, ma anche da fonti eteronome, il cui intervento necessita di una rivalutazione. In particolare, equità e buona fede non possono essere più considerate soltanto come fonti suppletive di integrazione, anche secondo le indicazioni che si desumono dall'ordinamento comunitario e dai progetti di redazione del diritto europeo dei contratti.

L'autonomia privata non è più forza inespugnabile della signoria delle parti nella regolamentazione dei loro rapporti e, in un mercato sempre più globalizzato, in cui si è assistito a un incremento degli scambi e a una standardizzazione degli strumenti utilizzati rispetto ai primi anni di vigenza del codice civile, risulta importante cercare di tutelare le parti, soprattutto in presenza di una disparità di forza contrattuale.

È certamente comprensibile il timore di un potere del Giudice troppo invasivo sul contratto, ma si ritiene sia necessario ripensare al rapporto in generale tra cogenza e autonomia privata. L'integrazione correttiva, infatti, non deve essere sempre ritenuta negativa e restrittiva dell'autonomia, in quanto l'intervento eteronomo può essere un positivo ausilio per le parti.

Certamente l'essenza del contratto non può essere snaturata, dovendo sempre consistere nella volontà dei contraenti, ma, come evidenziato anche nella sentenza che si annota, deve ritenersi che sia immanente al nostro ordinamento un potere di controllo del Giudice sulle statuizioni negoziali, "al fine di evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro cui appare meritevole di tutela".

## BIBLIOGRAFIA

ALPA, G.: "Prime note di raffronto tra i principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano", *Contratto e impr. Eur.*, 1996

ANCEL, M.É.: *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, Paris, 2002.

ANELLI, F.: *Caso fortuito e rischio d'impresa nella responsabilità del vettore*, Giuffrè, Milano, 1990.

ASQUINI, A.: "Del contratto di trasporto", *Commentario del codice del commercio*, Utet, Torino, 1935.

AULETTA, G.: "Limitazione di responsabilità del vettore marittimo", *Rivista di diritto della navigazione*, 1952, p. 180.

BACHELET, V.: "L'affermarsi della responsabilità precontrattuale da contratto assicurativo inadeguato (e di altri rimedi meno adeguati)", in A.A. V.V.: *Annuario del contratto* (diretto da A. D'ANGELO e V. ROPPO), Torino, 2019.

BARENGHI, A.: "I contratti dei consumatori", in A.A. V.V.: *Diritto civile* (a cura di N. LIPARI e P. RESCIGNO), III, 2, Giuffrè, Milano, 2009.

BAUDIN-MAURIN, M.P.: "Pour une approche empirique de la notion d'obligation essentielle du contrat. (À partir de l'exemple du contrat Chronopost)", *Revue de la recherche juridique*, num. 4, 2002, p. 1859.

BENATTI, F.O.: *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1971.

BENATTI, F.O.: "Le clausole di esonero della responsabilità nella prassi bancaria", in A.A. V.V.: *Le operazioni bancarie* (a cura di G.B. Portale), I, Giuffrè, Milano, 1978.

BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994.

BIANCA, C.M., "Dell'inadempimento delle obbligazioni", in *Commentario del codice civile Scialoja e Branca, sub art. 1229 c.c.*, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 1967.

BIGLIAZZI GERI, L.: "Buona fede nel diritto civile", *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1988

BIN, M.: "Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)", *Contratto, impresa e Europa*, 1996, p. 444.

BIROCCHI, I.: *Tra elaborazioni nuove e dottrine tradizionali*, Quaderni fiorentini, 1990.

BJØRKLUND, A.: "Article 25", in A.A. V.V.: *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (a cura di S. KRÖLL, L.A. MISTELIS e M.P. VISCACILLAS), C.H. Beck-Hart, München-Oxford, 2011.

BRECCIA, U.: "Il contratto in generale", III, *Trattato di diritto privato* Bessone, XIII, Giappichelli, Torino, 1999.

CARDOSO-ROULOT, N.: *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, LGDJ, Paris, 2008.

CASTRONOVO, C.: "Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza", in A.A. V.V.: *Le operazioni bancarie* (a cura di G.B. Portale), I, Giuffrè, Milano, 1978.

CHIRONI, P.: "La colpa nel diritto civile odierno", I, *Colpa contrattuale*, 1897, rist., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012.

CIAN, G.: "Lata culpa dolo aequiparatur", *Rivista di diritto civile*, 1963, p. 177.

COOTE, B.: *Exception clauses: some aspects of the law relating to exception clauses in contracts for the carriage, bailment and sale of goods*, Sweet & Maxwell, London, 1964.

CORRIAS, P.: "Le clausole claims made. Dalle sezioni unite del 2016 a quelle del 2018: più conferme che smentite", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, II, p. 147.

CURSI, M.F.: *Alle origini degli accidentalia negotii. Le premesse teoriche della categoria moderna nelle sistematiche dei giuristi roman*, Index, XXIX, 2001.

D'AMICO, G.: *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato". Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999.

DE NOVA, G.: *Le clausole vessatorie*, Ipsoa, Assago, 1996.

DELEBECQUE, P.: *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, thèse ronéotypée, Aix-Marseille, III, 1981.

DELOGU, L.: *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, Cedam, 2000.

DI GRAVIO, V.: *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, Giuffrè, Milano, 1999.

DI MAJO, A.: "Delle obbligazioni in generale (artt. 1173-1176)", *Commentario del codice civile* Scialoja e Branca, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 1994.

DOLMETTA, A.: "Exceptio doli generalis", *Enc. giur.*, Roma, 1997

FAUVARQUE-COSSON, B. e MAZEAUD, D.: "L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et de la prescription", *Revue de droit uniforme*, 2006, p. 114.

FERRI, G.B.: "Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse", *Rivista di diritto commerciale*, 1979, I, p. 1.

FERRI, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966.

FERRI, G.B.: "Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale", *Rivista di diritto commerciale*, 1971, II, p. 81.

GALGANO, F.: *Trattato di diritto civile*, II, Cedam, Padova, 2010.

GALLO, P.: *Trattato sul contratto*, I. *La formazione*, Giappichelli, Torino, 2010.

GENTILI, A.: *Trattato dei contratti*, Utet, Torino, 2006.

GENTILI, A.: "Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto atipico", *Rivista di diritto commerciale*, 1989, I, p. 221.

GIORGI, G.: *Teoria delle obbligazioni*, II, Cammelli, Firenze, 1907.

GROSSI, P.: *Sulla natura del contratto*, Quaderni fiorentini, XV, 1986.

JESTAZ, P.: "L'obligation et la sanction. À la recherche de l'obligation fondamentale", *Mélanges idique de droit des affaires*, 1997, p. 291.

MAZZAMUTO, S.: *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2012.

MENGONI, L.: "Responsabilità contrattuale", *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Giuffrè, Milano.

MEYER, A.W.: "Contracts of Adhesion and the Doctrine of Fundamental Breach", *Virginia Law Review*, 1964, vol. 50, p. 1178.

MINERVINI, E.: *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999.

MINERVINI, E., "I contratti dei consumatori", *Trattato del contratto*, IV, Giuffrè, Milano, 2006.

MINERVINI, E.: *Dei contratti del consumatore in generale*, Giappichelli, Torino, 2010.

MONTICELLI, S.: "Nullità della claims made e conformazione della clausola nel teorema delle Sezioni Unite", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, p. 155.

PATTI, S.: "Abuso del diritto", *Dig. Disc. Priv.*, I, Torino, 1987

PIRAINO, F.: "Critica della causa al servizio dell'adeguatezza in concreto del contratto. Il caso della responsabilità civile con copertura claims made", *Europa diritto privato*, 2019, p. 1045.

PIRAINO, F.: "Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale", *Europa diritto privato*, 2011, p. 1019.

RESCIGNO, P.: *L'abuso del diritto*, Bologna, 1988, p. 13

RISK, R.C.B.: "Recent Developments in Contracts", *Law Society of Upper Canada Special Lectures*, 1966.

RIVA, I.: "L'ultima parola delle sezioni unite della Cassazione in materia di clausole claims made", *Contratto e impresa*, 2019, p. 9.

ROCHFELD, J.: *Cause et type de contrat*, LGDJ, Paris, 1999.

ROPPO, V.: "Clausole vessatorie (nuova normativa)", *Enciclopedia giuridica Treccani*, VI, Il Veltro, Roma, 1996.

SANOGO, A.: *L'obligation essentielle dans le contrat, mémoire de maîtrise*, master I, Dijon, Université de Bourgogne, 2005.

SCHROETER, U.G.: "Article 25", in A.A. V.V.: *Schwenzer&Schlechtriem Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* (a cura di I. Schwenzer), 3rd ed., OUP, Oxford, 2010.

SCIANCELEPORE, G.: "Art. 33", *Commentario del codice del consumo*, Ipsoa, Milano, 2006.

SCOGNAMIGLIO, C.: "L'abuso del diritto", *Contratti*, 2012.

SEFTON-GREEN, R.: *La notion d'obligation fondamentale: comparaison francoanglaise*, Persée, Paris, 2000.

WADDAMS, S.M.: "Contracts - Exemption Clauses - Fundamental Breach - Unconscionability", *University of Western Ontario Law Review*, 1978-1979, vol. 17, p. 295.

WILL, M.: "Article 25", in A.A.V.V.: *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention* (a cura di C.M. BIANCA e M.J. BONELL), Giuffrè, Milano, 1987.

