

Bruno Troisi

**ABUSO DEL DIRITTO
E RIMEDI ESPERIBILI
IN AMBITO CONTRATTUALE**

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. - 2. Il problema del corretto esercizio dei diritti soggettivi. - 3. Abuso del diritto e rimedi esperibili in ambito contrattuale. - 4. Segue. Il paradosso del “contratto a danno di terzi”. - 5. Considerazioni conclusive.

1. - Considerazioni introduttive.

Tradizionalmente si afferma che i diritti soggettivi sono quelle situazioni giuridiche caratterizzate dal maggior grado di libertà dell’agire (*agere licere*) e di tendenziale insindacabilità da parte di estranei (terzi, autorità amministrativa, autorità giudiziaria), secondo il principio romanistico «*qui suo iure utitur neminem laedit*».

Sempre secondo l’opinione tradizionale, l’idea sarebbe confermata dalla disposizione dell’art. 51, comma 1 c.p., secondo cui “*L’esercizio di un diritto o l’adempimento di un dovere, imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità, esclude la punibilità*”.

Ma, come vedremo, tale argomento è del tutto privo di fondamento perché si basa su una visione statica e astratta di diritto soggettivo, ormai largamente superata.

A tal riguardo, ci si deve chiedere cosa debba intendersi per “esercizio di un diritto” in una prospettiva moderna, “dinamica” e “funzionale”.

Ebbene, è ormai acquisito dalla moderna dottrina e dalla più attenta giurisprudenza che il limite della tutela dei diritti soggettivi è rappresentato dall'*interesse concreto* del soggetto titolare - valutato alla luce del principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. - nel senso che il potere è attribuito a questo *non* per la tutela di un interesse astratto, *ma* fin dove con l'interesse astratto coincide l'*interesse concreto* del soggetto titolare, interesse che deve essere meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico (es., art. 840, secondo comma, c.c.)¹.

¹ Come spiega la Rel. al c.c., n. 409, «È l'interesse la misura del limite entro il quale il titolare del diritto può esercitare il suo potere di esclusione...».

Il codice civile del 1942, infatti, adotta espressamente, in ogni settore oggetto di disciplina, il criterio dell'interesse.

Così, ad esempio, la stessa valutazione in termini di *meritevolezza di tutela del contenuto del contratto* ha come punto di riferimento, appunto, l'interesse: secondo il dettato dell'art. 1322, «*Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto... possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*». V. anche gli artt. 1174, 1180, 840 ecc.

L'interesse, in quanto elemento oggettivamente valutabile, rappresentava per il legislatore del '42 un docile strumento di politica legislativa e giudiziaria, teso ad assicurare la rispondenza del concreto atto di autonomia privata ai valori dell'ordinamento del tempo: l'autonomia privata «*non è più sconfinata libertà del potere di ciascuno*», non s'identifica più nel «*concetto individualistico (ottocentesco) della signoria della volontà... ma, se legittima nei soggetti un potere di regolare*

Il problema dell'abuso del diritto era ben presente al legislatore del '42, tant'è che l'art. 7 del progetto preliminare al codice civile disponeva: *«nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto dall'ordinamento»*.

Tuttavia, nella versione definitiva del codice è rimasta assente la previsione del divieto di abuso come regola di carattere generale.

È ancora la Relazione al cod. civ. a spiegarne la ragione.

Si legge, infatti, al n. 797: *«Non si è creduto di regolare espressamente l'ipotesi del danno arrecato ad altri nell'esercizio del proprio diritto mediante abuso. Infatti, che sia illecito l'esercizio di un diritto, mosso dallo scopo esclusivo di nuocere o recare molestia ad altri, si ricava dall'art. 833 (oltre che dall'art. 840, 1438 c.c. ecc.). Che sia anche illecito l'esercizio del diritto in senso antisociale e non conforme allo spirito di solidarietà corporativa, si trae anche dalla disposizione dell'art. 1175, ove è imposto al titolare di un diritto di credito di esercitare il*

il proprio interesse, nel contempo impone ad essi di operare sempre sul piano del diritto positivo, nell'orbita delle finalità che questo sanziona e secondo la logica che lo governa» (così, la Relazione al cod. civ., n. 603).

diritto stesso secondo le regole della correttezza in relazione ai principi della solidarietà corporativa: il che implica che pure nell'esercizio di un diritto, non soltanto nella sopportazione del suo esercizio da parte di altri, si devono tenere in considerazione l'interesse altrui e quelli superiori della collettività».

Dicevo che il limite della tutela dei diritti soggettivi è rappresentato dall'interesse concreto del suo titolare, valutato – oggi, in forza di un'interpretazione adeguatrice, costituzionalmente orientata - alla luce del *principio di solidarietà sociale* (art. 2 Cost.).

Il principio di solidarietà esprime l'idea che l'interesse individuale è subordinato all'interesse generale.

Su questo fondamento si giustifica, ad esempio, il limite generale posto ai diritti di libertà (si pensi all'iniziativa economica privata, che non può essere esercitata *“in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”*: art. 41, comma 2, Cost.) e, ancora, i “limiti” alla proprietà privata (o meglio la sua “conformazione”) *“allo scopo di assicurarne la funzione sociale”* (si discorre, al riguardo, di *“funzionalizzazione dei diritti”*) e così via.

Ebbene, com'è stato sottolineato sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza ormai consolidata, nei rapporti intersoggettivi - ma anche come si vedrà, nei rapporti tra soggetto privato e pubblica amministrazione - una delle espressioni del principio di solidarietà è proprio il dovere di buona fede in senso oggettivo (correttezza), che permea tutto il sistema del diritto privato e che si specifica, come meglio diremo, nei due fondamentali aspetti della lealtà e della salvaguardia.

2. – *Il problema del corretto esercizio dei diritti soggettivi.*

Orbene, è proprio il principio di buona fede a governare e ad assicurare il corretto esercizio dei diritti soggettivi; e uno degli indici rivelatori della violazione di tale principio è costituito proprio dall'abuso del diritto.

Il punto di partenza del discorso su questa figura di abuso è il seguente: il fatto che la norma riconosca un diritto, di cui segni i limiti formali, non esclude che il suo atto di esercizio possa porsi, *in concreto*, in contrasto con i fini sostanziali che la norma stessa si prefigge, ovvero con una norma diversa o, addirittura, con i principi generali dell'ordinamento.

In altre parole, si ha abuso del diritto tutte le volte in cui il suo esercizio è contrario o, comunque, estraneo alla *funzione* del diritto stesso,

cioè tutte le volte in cui un comportamento in apparenza si presenta come corrispondente al *contenuto formale* del diritto, ma *in sostanza* non coincide con i fini che ne giustificano il riconoscimento e la tutela².

Insomma, si ha abuso tutte le volte in cui, a un'attività che apparentemente si presenti come corrispondente al contenuto formale di un diritto, non si accompagni la congruità sostanziale dell'atto con i fini dello stesso diritto vale a dire, tutte le volte in cui si copre dell'apparenza di un diritto un atto che si avrebbe il dovere di non compiere.

Il contrasto al fenomeno dell'abuso del diritto ha ricevuto riconoscimento nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, e in particolare nella norma di chiusura dell'art. 54, rubricato proprio *“Divieto dell'abuso del diritto”*: «*Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciuti nella presente Carta o a imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta*».

Particolarmente importanti sono, poi, le norme dell'U.E. di contrasto a una serie di frequenti

² Perché, se mancasse quella corrispondenza “formale”, si avrebbe non un *abuso* ma un *eccesso dal diritto*: es., comportamenti non contemplati dalla norma o addirittura espressamente vietati (art. 1015 c.c. in tema di usufrutto; artt. 1065 e 1067 in tema di servitù, ecc.).

comportamenti abusivi: si pensi, ad esempio, *all'abuso di posizione dominante* (a tutela della concorrenza); *alle clausole abusive nei contratti dei consumatori*; *al trattamento sleale dei dati personali*; *ai cc.dd. "abusi di mercato" e così via.*

La stessa Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è, più volte, pronunciata in argomento e ha affermato il principio secondo cui gli interessati non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto dell'U.E. (v., tra le tante, la famosissima Grande Sez., 4 luglio 2023, sul trattamento dei dati personali).

In Italia, la casistica giurisprudenziale sull'abuso del diritto è estremamente vasta e variegata: si tratta di una vera e propria *tecnica di controllo giudiziale dell'autonomia privata e dei suoi atti di esercizio*, strutturata secondo la modalità della *clausola generale* (di divieto dell'abuso del diritto, appunto).

Ai nostri fini conviene partire da una decisione particolarmente importante, sia perché fornisce utili indicazioni riguardanti la questione dei rimedi volti a contrastare il fenomeno dell'abuso del diritto in materia contrattuale, sia perché enuncia un principio di diritto ormai saldamente consolidato: si tratta di Cass., 18 settembre 2009, n. 20106 (nota come "caso Renault")³, che prende posizione

³ La casa automobilistica Renault recede dal contratto che aveva stipulato con diverse concessionarie di automobili. La motivazione del recesso (consentita ai sensi dell'articolo 12 del contratto) è costituita dal rifiuto delle concessionarie di modificare le condizioni contrattuali così come imposte - unilateralmente - dalla

sull'argomento, riconoscendo al divieto di abuso del diritto il ruolo di principio generale, con una sentenza esemplare per chiarezza e completezza: *«L'abuso del diritto, lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal*

casa madre, in senso sfavorevole alle concessionarie stesse. I concessionari cui viene revocata la licenza si costituiscono in un'associazione denominata "Associazione concessionari revocati" e la questione finisce in giudizio. In primo e in secondo grado i concessionari sono soccombenti e le loro richieste vengono rigettate. Riteneva, in particolare, la Corte di merito che la previsione del recesso *ad nutum* in favore della R. Italia rendesse superfluo ogni controllo causale sull'esercizio di tale potere. In altre parole, la casa automobilistica aveva semplicemente esercitato un suo diritto previsto dal contratto. Alla base delle contestazioni degli ex concessionari la circostanza che Renault, prima di procedere con lo scioglimento dei contratti, aveva loro imposto minimi di vendita e nuovi investimenti (in show rooms, pubblicità, ampliamento/ristrutturazione dei locali di vendita, apertura di sub-concessionarie, aumento del magazzino ricambi, assunzione di nuovo personale, ecc); tale condotta, argomentavano i distributori, aveva ingenerato loro una legittima aspettativa nella continuazione del rapporto poi frustrata da un recesso improvviso e inaspettato, incompatibile con gli sforzi economici sostenuti. Inoltre, essi sostenevano come in realtà lo scopo del recesso non fosse quello dichiarato di riorganizzare la rete vendita, bensì quello di sostituire i concessionari esistenti con alcuni ex dirigenti Renault, indotti a dimissioni spontanee in cambio di una fuoriuscita morbida dalla struttura, al fine di evitare gravosi impegni economici legati allo scioglimento del rapporto di lavoro; secondo i distributori, il perseguimento di tale scopo occulto dietro l'esercizio del recesso integrava un'ipotesi di abuso del diritto.

Il giudice di legittimità, pur ribadendo la discrezionalità ed insindacabilità delle scelte strategiche degli imprenditori, statuiva che nel momento in cui si instaurano delle relazioni commerciali, specie se di lunga durata, i giudici hanno il potere di controllare e interpretare i rapporti contrattuali nella loro globalità, tenendo conto del contratto e dei comportamenti ad esso successivi, in un ottica di equilibrio e proporzione tra interessi contrapposti. E tale controllo, argomentava la Suprema Corte, che precisava vertere non sull'opportunità delle scelte aziendali degli imprenditori, ma sulle modalità di esercizio legittimo di tali scelte, va esercitato attraverso i canoni generali della buona fede.

Legislatore. E' ravvisabile, in sostanza, quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede. Come conseguenza di tale, eventuale abuso, l'ordinamento pone una regola generale, nel senso di rifiutare la tutela ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva. E nella formula della mancanza di tutela, sta la finalità di impedire che possano essere conseguiti o conservati i vantaggi ottenuti – e i diritti connessi – attraverso atti di per sé strutturalmente idonei, ma esercitati in modo da alterarne la funzione, violando la normativa di correttezza, che è regola cui l'ordinamento fa espresso richiamo nella disciplina dei rapporti di autonomia privata».

Ciò significa che *l'atto abusivo*, segnatamente in materia contrattuale, *non è necessariamente un atto illecito* (vedremo, poi, di che tipo di illecito, eventualmente, si tratta), produttivo dell'insorgere dell'obbligazione risarcitoria a carico di chi l'abbia posto in essere, ma ben può configurarsi come un atto invalido⁴ e,

⁴ O quanto meno inefficace, come, ad esempio, nel caso di un atto giuridico in senso stretto (per il quale non è predicabile la qualificazione in termini di invalidità: si pensi al caso, di cui si dirà più avanti, del pagamento con monetine) o di un atto di autonomia privata non meritevole di tutela *ex art. 1322 c.c.*: così, ad esempio, secondo la ricostruzione della Corte di legittimità, *l'atto fiscalmente abusivo o elusivo* - a

come tale, destinato ad essere privato di effetti, con la conseguenza di impedire che possano essere conseguiti o conservati i vantaggi abusivamente conseguiti (*c.d. tutela reale*).

3. – *Abuso del diritto e rimedi esperibili in ambito contrattuale.*

E veniamo, appunto, alla questione dei rimedi individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza in caso di comportamento abusivo in ambito contrattuale, comportamento abusivo, estremamente diffuso in tale materia, in considerazione del fatto che la buona fede è richiamata più volte nella disciplina del contratto: le parti devono comportarsi secondo buona fede (intesa come lealtà) già *nella formazione del contratto* (segnatamente, nella fase delle trattative: art. 1337 c.c.): si pensi al divieto di ingenerare falsi affidamenti, di speculare su affidamenti erronei o di contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nell'altra parte. Le parti devono comportarsi secondo buona fede anche in pendenza della condizione (art. 1358 c.c.). La buona fede è

differenza di un contratto in frode alla legge *ex art. 1344*, che è un atto nullo in quanto avente causa illecita - è *di per sé* un atto con causa lecita, ma non meritevole di tutela in quanto non idoneo alla realizzazione dell'interesse per il quale è previsto dalla legge, e perciò è un atto meramente *inefficace*: infatti, l'Amministrazione Finanziaria reagisce solo disapplicando la norma più vantaggiosa e applicando all'operazione la norma più adeguata alla sua sostanza (Cass., n.3281/2023 e n.10411/2024).

poi richiamata come *criterio d'interpretazione del contratto* (art. 1366 c.c.), nel senso che il comportamento delle parti dev'essere rispettoso - di nuovo - dell'altrui affidamento, e dunque non cavillatorio, non capzioso (si pensi, ad esempio, alla figura della *presupposizione*).

La buona fede, intesa invece quale *canone di salvaguardia*, trova la sua precipua rilevanza *nell'esecuzione del contratto* (art. 1375 c.c.) e *nell'attuazione del rapporto obbligatorio* (art. 1175 c.c.). Secondo l'ormai pacifica interpretazione di dottrina e giurisprudenza, la buona fede qui impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio, personale o patrimoniale, *anche a prescindere da specifici obblighi contrattuali*. In tale lettura delle due norme, emerge, per un verso, il delicato problema dell'*inesigibilità della prestazione*⁵; per altro verso, emerge il ruolo della *buona fede quale fonte d'integrazione del contratto*: il principio della solidarietà contrattuale trascende il regolamento posto dalle parti, imponendo a ciascuna di esse di salvaguardare l'interesse dell'altra parte, fino al

⁵ In tale prospettiva, è considerata contraria al principio di buona fede la pretesa del creditore che esiga la prestazione, nonostante che questa, pur essendo oggettivamente possibile, sia ostacolata da difficoltà non superabili dal debitore con lo sforzo diligente cui è tenuto (c.d. *inesigibilità della prestazione*). Così, ad esempio, non può considerarsi esigibile dal creditore la condotta del debitore (es., attore teatrale), impedito perché accorso al capezzale del figlio coinvolto in un grave incidente stradale.

limite di un apprezzabile sacrificio, a prescindere dalle determinazioni contrattuali. La buona fede, insomma, costituisce una *fonte di obblighi ulteriori rispetto all'obbligo di prestazione* che concorre a individuare il comportamento dovuto, imponendo una condotta non prestabilita, diversa in relazione alle circostanze concrete di attuazione del rapporto, sì da assicurare la realizzazione dell'assetto d'interessi programmato dalle parti.

A tal riguardo, la Cassazione ha affermato che *«Il principio di buona fede – che opera secondo criteri di reciprocità e che nel nuovo quadro di valori introdotto dalla Costituzione rappresenta specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale tutelati dall'art. 2 della stessa carta – può portare ad ampliare o a restringere gli obblighi letteralmente assunti con il contratto, imponendo a ciascuna delle parti l'obbligo di comportarsi in modo da preservare, per quanto possibile, anche gli interessi dell'altra»* (Cass., Sez. I, 9 luglio 2004, n. 12685; Cass., Sez. Un., n.13246/2019; e Sez. Un., n.615/2021).

Estremamente interessante è, poi, l'altra decisione che *coniuga il principio del divieto di abuso del diritto con quello che, sempre in attuazione del principio di buona fede, sotto il profilo della salvaguardia, sancisce gli obblighi di protezione: «Il principio della buona fede oggettiva, intesa come reciproca lealtà di condotta*

delle parti, deve accompagnare il contratto in tutte le sue fasi, da quella della formazione a quelle della interpretazione e della esecuzione, comportando, quale ineludibile corollario, il divieto, per ciascun contraente, di esercitare verso l'altro i diritti che gli derivano dalla legge o dal contratto per realizzare uno scopo diverso da quello cui questi diritti sono preordinati nonché, il dovere di agire, anche nella fase della patologia del rapporto, in modo da preservare, per quanto possibile, gli interessi della controparte». (Cass., 31 maggio 2010, n. 13208).

I cc.dd. *obblighi di protezione* - che aggiungono alla dimensione meramente “mercantile” dell’obbligazione, tipica del codice civile del 1942, una dimensione “solidaristica” (si discorre, in proposito, di “depatrimonializzazione” del diritto privato) – sono caratterizzati dalla *reciprocità* (in quanto sono a carico sia del debitore sia del creditore *ex art. 1175 c.c.*) e dal *contenuto di salvaguardia*, in quanto diretti al soddisfacimento dell’interesse di ciascuna parte a preservare la propria sfera giuridica (personale e patrimoniale) da fatti lesivi.

Si tratta di obblighi accessori, diretti alla *protezione degli interessi che potrebbero essere pregiudicati in occasione dell’attuazione di un rapporto obbligatorio*. Tali interessi, tradizionalmente protetti in via aquiliana, in

presenza di un rapporto obbligatorio (o, anche, di un “contatto sociale” qualificato: Cass., Sez. Un., 2008/577) ⁶, aspirano a una tutela rafforzata (*prescrizione, onere della prova*), in chiave appunto di tutela contrattuale (ad esempio, nell’ambito del trasporto)⁷.

Continuando l’analisi dei rimedi individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza per contrastare i casi di abuso del diritto in materia contrattuale, oltre al già citato recesso dal contratto di concessione di vendita (c.d. caso Renault), occorre ricordare il *recesso ad nutum dal contratto di apertura di credito a tempo indeterminato*, che, benché pattiziamente consentito, assuma, *in concreto*, connotati di imprevedibilità e di arbitrarietà, tali cioè da contrastare con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai comportamenti usualmente tenuti dalla banca e all’assoluta normalità commerciale dei rapporti in

⁶ Il Cons.St., n. 7988/2021 discorre di “contatto amministrativo qualificato” tra p. a. e soggetto privato in materia di appalti, per affermare un peculiare obbligo di protezione a favore del soggetto privato. La violazione dei reciproci doveri di protezione comporta responsabilità precontrattuale, assimilabile a quella contrattuale: in tal senso, anche Cass., Sez. Un., n. 21/2021; sennonché, il Cons. St., Ad. Plenaria, n. 21/2021, pur discorrendo di “contatto sociale qualificato”, sembra concludere per la natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale.

⁷ E viceversa, i *diritti relativi* (es., il diritto di credito) aspirano anch’essi a una tutela rafforzata verso i terzi, aspirano cioè alla *tutela aquiliana*, una volta esclusiva dei “diritti assoluti”: secondo un’autorevole dottrina (Perlingieri) ci si avvia *verso* una disciplina unitaria delle situazioni giuridiche soggettive.

atto, abbia fatto *affidamento* sul fatto di poter disporre della provvista creditizia per il tempo previsto, e non potrebbe perciò pretendersi sia pronto in qualsiasi momento alla restituzione delle somme utilizzate, se non a patto di svuotare le ragioni stesse per le quali un'apertura di credito viene normalmente convenuta. Qui, ci troviamo di fronte alla violazione del divieto di *venire contra factum proprium*, che, come meglio diremo, è una delle cause di esclusione della tutela giuridica.

In tal caso il recesso, in quanto abusivo, sarà invalido e, come tale, privo di effetti, con la conseguenza che, come affermato dalla giurisprudenza della Suprema Corte, il contratto di apertura di credito deve considerarsi ancora in corso (Cass., 21.2.2003, n. 2642; Cass., 16.10.2003, n. 15482):

*c.d. tutela reale*⁸.

La tutela reale può realizzarsi attraverso strumenti volti, *in via preventiva*, a impedire l'esercizio abusivo del diritto o, *in via successiva*, a reagire in maniera specifica ad esso, ripristinando la situazione antecedente alla condotta abusiva.

In via preventiva, è sicuramente possibile chiedere al giudice di dichiarare *la nullità della*

⁸ D'altra parte, in caso di abuso del diritto, alla stessa Corte di Giustizia dell'Unione Europea non importa tanto sanzionare la condotta quanto ripristinare l'applicazione corretta della disposizione, eliminando il vantaggio realizzato attraverso l'abuso.

clausola abusiva incriminata. Secondo una parte della dottrina, sarebbe anche possibile utilizzare la *tutela inibitoria* chiedendo al giudice di disapplicare la clausola abusiva.

Ma lo strumento fondamentale e di frequentissimo impiego con cui è possibile realizzare una tutela reale è sicuramente *l'eccezione di dolo* (o *eccezione di buona fede*, secondo la terminologia giurisprudenziale: v., per tutte, Cass., n. 24294/2019), che attribuisce al titolare la possibilità di opporsi a un'altrui pretesa (o a un'altrui eccezione), astrattamente fondata ma che, in concreto, costituisce espressione di uno scorretto esercizio di un diritto, volto al soddisfacimento di interessi non meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Si tratta di un rimedio di carattere generale, volto a precludere l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti attribuiti da una clausola contrattuale o dallo stesso ordinamento, paralizzando l'efficacia dell'atto che ne rappresenta la fonte o giustificando il rigetto della domanda giudiziale basata sullo stesso⁹.

C'è da dire che non si rinviene nell'ordinamento una norma che preveda e disciplini l'eccezione di dolo

⁹ Si pensi, tra i casi più frequenti in giurisprudenza, al già ricordato *recesso abusivo dal contratto di concessione di vendita o di fornitura o di apertura di credito*, dove il giudice opera un controllo della *causa in concreto* del recesso.

come strumento di applicazione generale, ma è possibile individuare nell'ambito del Codice civile svariati istituti aventi la medesima *ratio*: es. artt. 1260 comma 2 e 1264 (in tema di *cessione del credito*); 1359 (in tema di *avveramento della condizione*); 1426 (in caso di *raggiri usati dal minore*); 1438 (la giurisprudenza richiama la *minaccia di far valere un diritto* come causa di annullamento del contratto, qualora sia *volta a conseguire vantaggi ingiusti*); 1460, comma 2 (*eccezione d'inadempimento*); 1490, comma 2 (*garanzia per i vizi della cosa venduta*); ecc.

L'eccezione di dolo attribuisce al giudice il sindacato sull'esercizio discrezionale dei diritti attribuiti dall'ordinamento, per accertarne la congruità con le finalità insite nel loro esercizio.

L'eccezione di dolo assume rilievo in una duplice ottica:

come esclusione di tutela giuridica:

a) per colui che ha violato il divieto di *venire contra factum proprium* (es., sfratto per morosità chiesto in mala fede: è il caso del pagamento con assegno – rifiutato, ma a lungo consentito - invece che per contanti come da contratto);

b) per colui che vuole *trarre vantaggio da un proprio "maleficio"*, cioè da una sua precedente condotta scorretta: ad es., in tema di *contratto autonomo di garanzia* (Cass. 17 marzo 2006, n. 5997; Cass, SU,

2010, n. 3947)^[1]; o in tema di *sfratto per morosità e mancata possibile compensazione* («il creditore, omettendo di trattenere sulle somme pagate al debitore (a sua volta creditore) quanto da questi dovuto a titolo di canoni di locazione, aveva violato l'obbligo di comportarsi secondo correttezza e buona fede» (Cass., 31 maggio 2010, n. 13208: è il caso, insomma, del «contraente che, pur disponendo di un mezzo per soddisfare il proprio interesse, senza aggravare al tempo stesso la posizione dell'altro contraente» (nel caso di specie, portare in detrazione dal proprio credito, il controcredito del partner contrattuale), scelga invece di dare ingresso, in termini verosimilmente strumentali al raggiungimento di altri obiettivi (liberare l'appartamento), al rimedio dello sfratto per morosità.

Nella stessa ottica, si pensi alla fattispecie della *pretesa esecutiva del creditore e frazionamento del credito*, (Cass. Civ., Sez. II, 17 settembre 2021, n. 25174; Cass., Sezioni Unite n. 4090/2017, secondo cui il frazionamento del credito è abusivo quando «le pretese creditorie, oltre a far capo ad un medesimo rapporto tra le stesse parti, siano anche, in proiezione, inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o, comunque, fondate sullo stesso fatto costitutivo»). La violazione del divieto comporta l'improcedibilità della domanda. La parcellizzazione della domanda giudiziale rappresenta, infatti, un inutile aggravio della posizione del debitore, che

sarebbe costretto a costituirsi in una pluralità di procedimenti giudiziari (oltre che a sostenerne le spese processuali), sebbene relativi al medesimo rapporto in contestazione. Abuso del diritto, insomma, *sub specie di abuso del processo*, che contrasta anche con il *superiore principio costituzionale del giusto processo*.

Inoltre, la giurisprudenza ritiene possibile domandare la *risoluzione del contratto per inadempimento* qualora la violazione dell'obbligo di buona fede sia particolarmente grave.

Nella stessa prospettiva, la Corte di cassazione (Cass., 31.5.2010, n. 13208) ha ritenuto che *«l'apprezzamento della slealtà del comportamento della parte che invochi la risoluzione del contratto per inadempimento pur avendo altre vie per tutelare i propri interessi, non possa non ripercuotersi sulla valutazione della gravità dell'inadempimento stesso, che dell'abuso della prestazione del creditore costituisce l'interfaccia. Non par dubbio infatti che il giudizio di pretestuosità della condotta dell'attore in risoluzione si risolve nel riconoscimento della scarsa importanza dell'inadempimento, avuto riguardo all'interesse dell'altra, a un interesse, cioè, che poteva essere preservato senza ricorrere al mezzo estremo dell'ablazione del vincolo»*

Si pensi, ancora, all'atto emulativo consistente nel *pagamento del salario o di sanzioni tributarie o di contravvenzioni ecc. con monete metalliche* (e,

dunque, con moneta avente corso legale *ex art. 1277 c.c.)* per beffare e danneggiare il creditore¹⁰. Si tenga conto che in Italia il rifiuto di monete aventi corso legale nello Stato è punito con una sanzione amministrativa fino a 30 euro. Fino al 1981, questo comportamento era reato, poi è stato depenalizzato. Il problema si è posto di frequente, tant'è che il legislatore europeo ha dovuto emanare una norma in forza della quale «*Ad eccezione dell'autorità emittente, ovvero BCE e Banche Centrali degli stati membri, nessuno è obbligato ad accettare più di 50 monete metalliche in un singolo pagamento, a prescindere dal taglio*» (art. 11 del Regolamento U.E., n. 974-98).

Si pensi, ancora, *all'esercizio abusivo dei diritti potestativi da parte del datore di lavoro* (promozioni del personale, scelta dei lavoratori da collocare in cassa integrazione), dove la discrezionalità non può significare arbitrio, ma le scelte devono, comunque, essere governate dal criterio della *ragionevolezza*

¹⁰ Così, ad esempio, nel 2002, l'impiegata di un'agenzia di viaggi di Ventimiglia, al culmine di una vicenda di *mobbing*, si è vista recapitare lo stipendio con oltre 14 chilogrammi di monetine, in tagli che andavano da un centesimo a due euro; nel 2005, un imprenditore di Marcon (Mestre) pagava lo stipendio a tre dipendenti utilizzando monetine da 1 euro e da 50 centesimi per un totale di mille euro, per convincerli ad aprire un conto corrente dove versare il salario; nel 2015, a l'Aquila, un datore di lavoro pagava una ex lavoratrice con un sacco pieno di monetine da 5 centesimi del peso di 15 chilogrammi.

Si pensi, infine, alle varie ipotesi di *abuso della personalità giuridica* (soprattutto in ambito commerciale), tema estremamente attuale e delicato, che ha impegnato, prima, la Giurisprudenza di merito e quella di legittimità e, poi, anche quella costituzionale, e consistente nell'utilizzazione della personalità giuridica come schermo diretto a determinare una situazione di mera apparenza, prescindente come tale dall'esistenza di un interesse superindividuale facente capo a una pluralità di consociati, per trarne vantaggio a danno dei terzi (di volta in volta, creditori, fisco, lavoratori, soci di minoranza, imprese concorrenti ecc.).

In tali casi, è *consentito superare lo schermo*, e imputare direttamente ai singoli (o al singolo) i rapporti giuridici facenti capo - formalmente - all'ente, con la conseguenza, di volta in volta, della perdita del beneficio della responsabilità limitata, dell'irrogazione di sanzioni di varia natura, con l'invalidazione di atti o la revoca di provvedimenti risultati illegittimi¹¹.

¹¹ Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di abuso mediante *costituzione di un fittizio gruppo di società o mediante utilizzazione fraudolenta della separazione soggettiva fra le società del gruppo* per eludere norme giuslavoristiche (segnatamente quelle dello Statuto dei lavoratori) o norme di natura fiscale; o al caso di "*esterovestizione*" di beni appartenenti a residenti e conferiti come quota di partecipazione in una società (nel caso di specie, si trattava di una Anstalt con sede nel Lichtenstein), poi ceduta ad altra società allo scopo di eludere la normativa valutaria e quella fiscale; o, ancora, al caso

Lo Stato, naturalmente, può usufruire di tali strumenti di tutela, in particolare potrebbe servirsi di rimedi in via preventiva o anche successiva al fine di impedire o di vanificare la condotta abusiva. Si pensi alla disposizione *dell'art. 4 del regolamento dell'Unione Europea 18 dicembre 1995 n. 2988, previsto a tutela degli interessi finanziari dell'Unione*, secondo il cui «*Gli atti per i quali si stabilisce che hanno per scopo il conseguimento di un vantaggio contrario agli obiettivi del diritto dell'U.E. applicabile nella fattispecie, creando artificialmente le condizioni necessarie per ottenere detto vantaggio, comportano, a seconda dei casi, il mancato conseguimento oppure la revoca del vantaggio stesso*».

Se, poi, il rimedio invalidatorio risultasse inidoneo alla reintegrazione dell'interesse leso - o, comunque, non configurabile o anche non sufficiente - potrà essere dato ingresso all'*azione di danni*, pur venendo in considerazione non un'ipotesi di responsabilità aquiliana, ma un'ipotesi di *responsabilità contrattuale per inadempimento dell'obbligazione di eseguire il contratto secondo buona fede*, sancita, com'è noto, dall'art. 1375 c.c., o per inadempimento del dovere di protezione in tutti i casi di contatto sociale qualificato.

di abuso di *società di capitali sottocapitalizzata* e alimentata dal finanziamento dei soci o dalle garanzie prestate dagli stessi.

4.- Segue. *Il paradosso del “contratto a danno di terzi”*.

A conclusione di queste rapide considerazioni, vorrei soffermarmi su di un caso per il quale né la dottrina né la giurisprudenza hanno ritenuto finora d'intervenire in termini di abuso del diritto.

Si tratta della *trascrizione eseguita in mala fede nella doppia vendita immobiliare*, dove, sempre in forza del principio di buona fede, non dovrebbe essere consentito al secondo acquirente, che agisca in mala fede, piegare l'istituto della trascrizione a scopi diversi da quelli che gli sono propri: l'istituto in questione, infatti, creato dalla legge allo scopo di tutelare l'affidamento, di garantire, cioè, la buona fede dei terzi, non può diventare un'arma per assicurare a costoro il frutto della loro mala fede.

Ciononostante, la giurisprudenza italiana¹² - a differenza di quella francese che, in caso di “concerto fraudolento”, discorre di *nullità* della seconda vendita per *illiceità del motivo comune* - pur considerando sia l'alienante (comune autore) sia il secondo acquirente in mala fede-primi trascrivente responsabili per fatto illecito dei danni sofferti dal primo acquirente, afferma che debba rimanere *impregiudicata la posizione acquistata - illecitamente - dal secondo acquirente in mala fede*. Di qui, un'evidente contraddizione logico-giuridica: il risarcimento dei danni deriverebbe da un fatto che sarebbe contemporaneamente lecito (e meritevole di

¹² Da ultimi, Cass., 20251/2016 e Cons. St., 3489/2023.

tutela), in quanto contratto produttivo di effetti giuridici, e illecito, in quanto, rispettivamente, inadempimento e fatto doloso produttivo di danno ingiusto *ex art. 2043 c.c.*¹³. Ci troveremmo di fronte a una nuova figura giuridica di creazione giurisprudenziale: il “*contratto a danno di terzi*”¹⁴.

Come se ciò non bastasse, la stessa giurisprudenza ha ribadito, ponendosi in continuità con la giurisprudenza precedente, *la solidarietà dal lato passivo dell'obbligazione risarcitoria* che lega venditore e secondo acquirente in mala fede; in buona sostanza, entrambi sono tenuti in solido a risarcire il danno in favore del primo acquirente¹⁵, oltre che a restituirgli la somma pagata; e ciò, *nonostante la diversa natura - e quindi la diversa disciplina, segnatamente in materia di prescrizione e di onere della prova - delle due responsabilità, contrattuale l'una ed extracontrattuale l'altra.*

Ma se ciò ancora non bastasse, occorre considerare la circostanza che il codice del '42, pur

¹³ Si è tentato di spiegare questa contraddizione nel sistema con il principio di separazione tra regole di validità e regole di responsabilità; ma di là dalla contestata rigidità di siffatto principio, occorre considerare che il nuovo diritto dei contratti di derivazione unionale – dove il giudizio di meritevolezza di tutela degli interessi è affidato sempre più alla clausola generale di buona fede - opera una costante commistione tra le due regole, con l'esito invalidante della violazione della regola della correttezza.

¹⁴ Per la critica a questa fantomatica figura, v. B. TROISI, *Note critiche in tema di contratto a danno di terzi*, in *Riv. not.*, 2010, 881 ss.

¹⁵ Risarcimento che andrà commisurato alla differenza tra il prezzo pattuito ed il valore di mercato dell'immobile oggetto del contratto a cui il venditore si è reso inadempiente.

essendo ispirato al mito dell'efficienza produttiva, garantisce sempre un minimo di moralità nei traffici commerciali e non arriva mai a premiare la mala fede e il comportamento fraudolento, ma al contrario è costantemente governato dal principio di tutela dell'affidamento: basterebbe pensare al fenomeno dei cc.dd. *negozi astratti* (segnatamente, all'art. 21 L. cambiaria), alla disciplina delle *eccezioni opponibili al possessore di un titolo di credito* (art. 1993 c.c.), *all'acquisto dall'erede apparente* (art. 534 c.c.), *all'acquisto dal simulato acquirente* (art. 1415 c.c.) e così via.

E', allora, corretto affermare che la regola sulla trascrizione sia da intendere non già come rivolta a favorire l'acquirente di mala fede che abbia trascritto per primo, bensì come rivolta a favorire l'ulteriore, eventuale circolazione del bene. Il sacrificio del primo acquirente che non ha trascritto è motivato, cioè, dall'esigenza di tutelare le successive "catene" di acquisti che si collegano, nel rispetto del principio della continuità delle trascrizioni, a quello effettuato dal secondo acquirente di mala fede-primò trascrivente. In altre parole, l'investitura formale in ordine al bene (collegata alle risultanze positive dei registri immobiliari), in capo all'alienante prima e al secondo acquirente dopo, vale soltanto ai fini dell'ulteriore circolazione dello stesso¹⁶. Ed è entro

¹⁶ Di semplice "indice di circolazione", cioè di meccanismo in base al quale si dà "concretezza" a situazioni che altrimenti potrebbero restare sconosciute,

questi limiti (funzionali) che deve operare: la stessa Corte di cassazione, tempo fa, fu costretta ad affermare che «*non è corretto inferire dall'esistenza di questo meccanismo legale il diritto per i singoli di servirsene a proprio piacimento*» (Cass., 8.1.1982, n. 76), ma non ne trasse le logiche conseguenze, e cioè che non può essere consentito al secondo acquirente, che agisca in mala fede, piegare *abusivamente* l'istituto della trascrizione a scopi diversi da quelli che gli sono propri.

Sì che, il giudice - se richiesto - potrebbe ordinare, puramente e semplicemente, la cancellazione della trascrizione della seconda alienazione - sì da rendere quest'ultima inopponibile al primo acquirente non trascrivente - e, contemporaneamente, ordinare la trascrizione della prima (previa verifica della scrittura privata). Invero, la trascrizione della seconda alienazione è l'unico atto realmente pregiudizievole alle ragioni del primo acquirente: senza di essa, infatti, il secondo avente causa non acquista nulla, essendo la vendita inefficace in quanto tale (senza la trascrizione, infatti, vale il principio della priorità dell'acquisto), producendo tutt'al più effetti meramente obbligatori *ex art. 1478 c.c.*, trattandosi di vendita di cosa altrui.

Ciò premesso, è forse possibile, sempre al fine di assicurare al primo acquirente una tutela restitutoria, seguire anche una strada diversa da quelle che

discorreva acutamente F. CARNELUTTI, *La teoria generale della circolazione*, Padova, 1950, 211.

conducono alla nullità (come accade in Francia) e alla *tutela reale* col meccanismo delle trascrizioni appena delineato.

Punto di partenza è la considerazione secondo cui, con la seconda vendita, alienante e (secondo) acquirente di mala fede creano un'apparenza dolosa, attraverso la conclusione fraudolenta (idonea a frodare le ragioni del primo acquirente non trascrivente) di un contratto (apparente, appunto) di compravendita con effetti reali, approfittando dell'investitura formale in ordine al bene risultante dai registri immobiliari. Ma il contratto "reale", quello cioè rispondente alla realtà - l'unico che il venditore (non più proprietario *ex art.* 1376 c.c.) e secondo acquirente avrebbero potuto *legittimamente* concludere - è rappresentato da una vendita con effetti obbligatori *ex art.* 1478 c.c., vendita obbligatoria la quale non sarebbe potuta essere trascritta come vendita *tout court* (cioè come vendita con effetti reali) ma sarebbe potuta esserlo solo in quanto tale (e non come vendita *tout court*), senza, perciò, alcun pregiudizio per le ragioni del primo acquirente¹⁷.

¹⁷ La dottrina e la giurisprudenza prevalenti concordano sulla trascrivibilità della vendita di cosa altrui: la stessa legge, infatti, ammette che possa trasciversi l'acquisto *a non domino* (art. 1159). Inoltre, la trascrizione immediata s'impone per le esigenze tipiche di quest'istituto, e cioè poter opporre l'acquisto ai successivi terzi acquirenti. Ad esempio, Tizio il giorno 1 vende a Caio la casa appartenente a Sempronio; il giorno 2 Sempronio vende la casa a Tizio (e quindi Caio ne diventa proprietario); se il giorno 3 Sempronio vende la casa a Mevio, il quale trascrive l'atto prima della trascrizione dell'atto di vendita da Sempronio a Tizio, Mevio prevale sia su Tizio che su Caio; se invece è stato trascritto il primo atto di vendita tra Tizio e Caio, Tizio prevale su Mevio.

Le parti realizzano, insomma, un “concerto fraudolento”, segnatamente una *divergenza dolosa tra realtà e apparenza che pone in primo piano l’esigenza di tutelare i terzi*, sia quelli “che in buona fede hanno acquistato diritti dal titolare apparente” sia quelli che sono pregiudicati dalla conclusione del contratto apparente.

Orbene, la regola generale per il caso di divergenza dolosa tra realtà e apparenza è dettata dal legislatore in materia di simulazione: tra le parti, prevale la realtà sull’apparenza (art. 1414, comma 2, c.c.); i terzi possono far valere la simulazione - possono, cioè, far prevalere la realtà sull’apparenza - nei confronti delle parti, quando essa pregiudica i loro diritti (art. 1415, comma 2 c.c.); mentre nei confronti degli aventi causa *in buona fede* dal simulato acquirente né le parti né i terzi aventi causa dal simulato alienante possono far valere la simulazione: non possono, cioè, far prevalere la realtà sull’apparenza (art. 1415, comma 1, c.c.). Nei loro confronti prevale l’apparenza in forza del principio di tutela dell’affidamento.

Se questa è la regola generale in caso di divergenza dolosa tra realtà e apparenza, nel caso specifico della doppia vendita immobiliare la disciplina non potrà che porsi nei seguenti termini: tra le parti (cioè, tra l’alienante e il secondo acquirente di mala fede-primο trascrivente) il contratto non potrà che avere efficacia meramente obbligatoria *ex art. 1478 c.c.* (prevale, cioè,

la realtà sull'apparenza); da parte sua, il primo acquirente non trascrivente, in quanto terzo (rispetto alla seconda alienazione "apparente), ben può far prevalere la realtà sull'apparenza in quanto danneggiato dalla stessa seconda alienazione apparente: e ciò, sulla base del principio ricavabile dall'art. 1415, comma 1 c.c., secondo cui tutte le volte che le parti creano un'apparenza fraudolenta, il legislatore tutela sempre i terzi che ne siano pregiudicati. Conseguentemente, la dichiarazione di inefficacia della seconda vendita (quella apparente) gioverà al primo acquirente che potrà trascrivere il suo titolo di acquisto nei confronti dell'alienante (comune autore): il giudice che la dichiara, infatti, ordinerà la cancellazione della relativa trascrizione.

Naturalmente, nel conflitto con i terzi di buona fede aventi causa dal secondo acquirente-primi trascrivente, in forza del combinato disposto degli artt. 1415, comma 1 e 2644 c.c., soccomberà il primo acquirente non trascrivente (in qualità di avente causa dall'apparente alienante): in tal caso, infatti, il contratto apparente, in forza della sua integrità documentale, costituisce valido titolo di acquisto, e pertanto il diritto dei subacquirenti di buona fede - in forza della tutela dell'affidamento - sarà fatto salvo.

5. – Considerazioni conclusive.

Nella linea di tendenza delineata, crediamo sia assente qualunque pericolo di incertezza e di depotenziamento del vincolo contrattuale, come paventato da una dottrina ormai largamente minoritaria.

Anzi, seguendo l'orientamento oggi prevalente, viene in considerazione il rilievo che l'essenza del vincolo contrattuale sta nell'esigenza di rispettarlo, e non già di tradirlo assumendo comportamenti scorretti; cosicché il conferimento al giudice del potere di valutare le modalità di un esercizio corretto del diritto (si penso, ad es., al diritto di recesso) sarebbe funzionale a una più efficace tutela del vincolo contrattuale e non certo a un indebolimento del medesimo.

Al giudice si chiede un controllo, sempre più attento, della congruità causale del contratto, come articolato nelle sue singole clausole, nella prospettiva di un'indagine penetrante circa l'effettiva giustificazione dell'atto di scambio.

In altre parole, si tratta di una prospettiva, nuova e inedita, attraverso la quale riguardare il problema della giustizia del contratto¹⁸. Letta in questi termini,

¹⁸ Sul delicato problema del "contratto giusto", cfr. Volpe F., *La giustizia contrattuale fra autonomia e mercato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004; Vettori G., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000; Perlingieri P., *Il nuovo diritto dei contratti fra persona e mercato*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999; Irti N., *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998; ID., *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, *ivi*, 1998; Galgano F., *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, in *Contr. e Impr.*, 1997; ; Marini G., *Ingiustizia dello scambio e*

l'esigenza della giustizia contrattuale potrebbe senz'altro venire in considerazione come un potente fattore di sviluppo economico, essendo in grado di produrre, su questo piano, effetti favorevoli, quali lo sviluppo della propensione a contrattare e l'incremento della fiducia del mercato.

lesione contrattuale, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986; Lanzillo R., *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1985.