

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA

Scienze giuridiche
Ciclo XXXI

Settore Concorsuale: 12/A1

Settore Scientifico Disciplinare: Diritto privato IUS/01

**L'ABUSO DEL DIRITTO IN MATERIA CONTRATTUALE:
AUTONOMIA DELLE PARTI ED EFFETTI CIVILISTICI DEI CONTRATTI
FISCALMENTE ABUSATI**

Presentata da Caterina del Federico

Coordinatore del Dottorato

Chiarissimo Professor
Andrea Morrone

Supervisore

Chiarissima Professoressa
Giusella Finocchiaro

Esame finale anno 2019

Abstract

Il lavoro di ricerca dà risposta ai seguenti quesiti. Ci si chiede se l'abuso del diritto esista e quali siano le sue radici; se si tratti di una figura autonoma; come possa essere categorizzato; quali siano, ad oggi, le sue positivizzazioni; se vi siano interconnessioni tra abuso del diritto tributario e civile e, soprattutto, quali siano gli effetti di un contratto fiscalmente abusato.

Nel capitolo I ci si sofferma sulla conformazione dell'abuso del diritto. Se ne ripercorre l'*iter* ricostruttivo partendo dalla figura romanistica dell'*aemulatio*, fino ad arrivare al divieto di abuso del diritto nel Code Napoleon e nel progetto preliminare al codice civile italiano del 1942. Viene analizzato il *leading case* in materia, il noto caso *Renault* del 2009, con cui la Suprema Corte ne individua gli elementi sintomatici, accostando l'abuso del diritto alla buona fede oggettiva. Emerge, negli ultimi anni, una tendenza: il giudice effettua un vero controllo sul contratto per valutare se le parti abbiano operato nel rispetto dei principi di buona fede, lealtà e correttezza. Si procede a individuarne gli aspetti critici. A questo punto è indagato il fenomeno che ha generato l'idea 'costituente' del lavoro di ricerca: lo sviluppo dell'abuso del diritto in campo tributario. Dall'analisi della Giurisprudenza, specialmente tributaria, emerge che l'abuso è confuso con: simulazione, frode alla legge ed evasione. Si cerca, quindi, di fare chiarezza ripercorrendo i tratti salienti dell'*iter* che ha condotto alla positivizzazione dell'abuso del diritto nel 10 *bis* dello Statuto dei diritti del contribuente.

Nel capitolo II ci si domanda in che modo sia catalogabile l'abuso del diritto. La difficoltà di inquadramento è mostrata con l'analisi delle più emblematiche pronunce della S. C., sia in ambito civile che tributario.

Si passano in rassegna le differenze tra abuso del diritto e buona fede oggettiva e, altresì, i punti cardine del novellato art. 10 *bis*, evidenziando come, nonostante la positivizzazione dell'istituto, permangono diverse incertezze.

Il capitolo III è dedicato al "panorama europeo", in cui l'istituto ha avuto grande sviluppo. Si cerca di comprendere se, al livello comunitario, il divieto di abuso del diritto possa essere considerato un principio. Segue un parallelismo tra l'art. 54 della Carta di Nizza, il generale principio di divieto di abuso del diritto elaborato dalla giurisprudenza della

Corte di Giustizia e l'art. 17 della Carta Europea dei Diritti dell'Uomo. Si indaga il rapporto tra la "codificazione" europea e la giurisprudenza europea sull'abuso del diritto. Ci si sofferma quindi sull'ordinamento tedesco. Allo stesso modo che nel codice civile italiano, infatti, anche nel *BGB* non vi è un'espressa codificazione dell'istituto ma, piuttosto, vi è stata un'ampia interpretazione di alcune norme in particolare. Inoltre, la Germania ha costituzionalizzato il divieto di abuso del diritto: ciò rappresenta una peculiarità assoluta tra gli Stati membri. Perciò, un'analisi comparata con l'ordinamento tedesco, che da sempre costituisce un esempio per gli ordinamenti continentali, ha suscitato interesse. Il capitolo IV riporta come oggetto di analisi i rimedi utilizzati nel tributario, per contrastare l'abusivo e mette in luce le interconnessioni tra l'abuso tributario e quello civile. Viene analizzato l'art. 10 *bis*, soffermandosi sui presupposti al ricorrere dei quali si concretizza l'abuso. Si torna, poi, all'analisi degli orientamenti giurisprudenziali che avevano utilizzato strumenti di diritto civile per contrastare l'abuso tributario. Lo scopo è dimostrare che quegli istituti del diritto civile, utilizzati dalla giurisprudenza tributaria in passato, vanno oggi riletti per comprendere se i loro ambiti sono ricompresi nel 10 *bis*. In conclusione, è stato elaborato un esempio concreto per mettere in luce che come emerge da un'attenta lettura della clausola, gli strumenti civili risultano "sussunti"; per questo, in alcuni casi, l'abuso tributario può essere sintomatico di un abuso civilistico e i rimedi, settoriali, propri del diritto tributario, non sono sempre sufficienti.

INDICE

INTRODUZIONE – Oggetto e scopo dell'indagine

1. L'abuso del diritto in materia contrattuale	1
2. L'interdisciplinarietà del fenomeno	18
2.1. L'abuso nel diritto tributario	21
3. Lo svolgimento della ricerca	25

CAPITOLO I – Dall'*aemulatio* all'abuso del diritto contrattuale

Sezione I – Il definitivo superamento del principio *qui suo iure*

utitur neminem laedit

<i>Premessa introduttiva</i>	27
1. Le radici dell'abuso del diritto: l' <i>aemulatio</i>	28
2. Il divieto nel <i>Code Napoleon</i> del 1804 e nel codice civile italiano del 1865	35
3. L'abuso del diritto nel progetto di codice italo francese, nel progetto preliminare al codice del 1942 e nei lavori dell'Assemblea costituente	43
4. Gli orientamenti della dottrina italiana	46

Sezione II – L'abuso come limite all'autonomia contrattuale delle parti

<i>Premessa introduttiva</i>	55
1. Abuso del diritto e buona fede oggettiva	56
2. Il “governo giudiziario dell'autonomia contrattuale”	61

Sezione III – Abuso del diritto e figure collaterali nell'interpretazione del diritto tributario

<i>Premessa introduttiva</i>	74
1. Dal diritto civile al diritto tributario: il caso <i>Halifax</i>	75
2. L'abuso del diritto a confronto con frode alla legge e simulazione	79

3. L'abuso del diritto e l'interposizione fittizia di persona	87
3.1. Ancora confusione su: evasione, abuso e interposizione soggettiva	88

CAPITOLO II – Le incertezze sull'abuso del diritto, tra il diritto civile e il diritto tributario

Sezione I – Gli orientamenti della giurisprudenza tributaria: tra il diritto civile e il diritto tributario

<i>Premessa introduttiva</i>	97
1. L' <i>iter</i> che ha condotto all'introduzione di una clausola generale antiabuso	98
2. L'esigenza di utilizzare strumenti propri del diritto civile: il <i>leading case</i> del <i>dividend washing</i>	104
2.1. La Corte di Cassazione: di nuovo sull'utilizzo di strumenti del diritto civile	112
2.2. Le ordinanze di rimessione del 2008	115

Sezione II – L'abuso e la codificazione di una clausola generale

<i>Premessa introduttiva</i>	119
1. I principi, le clausole generali e l'abuso del diritto	120
2. La mancanza di chiarezza della giurisprudenza	128
3. La clausola antiabuso nel diritto tributario e i consueti e persistenti rischi di incertezza	134
3.1. Le applicazioni della giurisprudenza dopo l'introduzione della clausola antiabuso	136
3.2. Il profilo di maggiore "divaricazione" tra il civile e il tributario: quello rimediale	143

Sezione III – L'abuso del diritto, un diverso principio rispetto alla buona fede

<i>Premessa introduttiva</i>	146
1. L'incertezza permane anche – soprattutto – in ambito civilistico	146
2. L'abuso del diritto e la buona fede	150

3. L'abuso come dato caratterizzante l'esperienza giuridica odierna	159
---	-----

CAPITOLO III – Il panorama europeo

Sezione I – Il divieto di abuso del diritto come fonte del diritto europeo

<i>Premessa introduttiva</i>	161
1. L'abuso del diritto, argomento centrale del XIX colloquio del Consiglio europeo	162
2. I principi generali dell'Unione europea	169
3. Sulla terminologia della Corte di Giustizia: alcune critiche e riflessioni	173
4. Le applicazioni del divieto di abuso del diritto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia	175
5. Il “ <i>test</i> ” sull'abuso del diritto	178
6. Il divieto di abuso del diritto: principio generale dell'Unione europea	184

Sezione II – Le positivizzazioni dell'abuso del diritto

<i>Premessa introduttiva</i>	189
1. L'art. 54 della Carta di Nizza e l'art. 18 della Costituzione tedesca	190
2. L'art. 54 della Carta di Nizza	194
2.1. L'art. 54 e l'art. 17 CEDU: analogie e differenze	195
2.2. L'art. 54 e la giurisprudenza europea sull'abuso del diritto	199

Sezione III – L'emblematica esperienza tedesca

<i>Premessa introduttiva</i>	205
1. Brevi note preliminari sul <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>	206
2. Il divieto di abuso nei lavori preparatori al codice civile tedesco	207
3. Lo sviluppo del principio, le riflessioni di Siebert	210
4. I <i>Fallgruppen</i>	212
4.1. Il divieto di venire <i>contra factum proprium</i> e la <i>Verwirkung</i>	213
5. L'abbandono del § 826 <i>BGB</i>	217
6. Il ruolo centrale del § 242 <i>BGB</i>	219

CAPITOLO IV– Gli effetti civilistici dei contratti fiscalmente abusati

Sezione I – L’indagine sul *remedium* utilizzato nel diritto tributario

<i>Premessa introduttiva</i>	222
1. L’art. 10 <i>bis</i> dello Statuto dei diritti del contribuente	222
2. I rimedi civilistici utilizzati prima del 10 <i>bis</i> : la nullità per mancanza di causa concreta	229
2.1. Violazione della buona fede oggettiva, violazione di norme imperative, contratto concluso in frode alla legge ed <i>exceptio doli</i>	233

Sezione II – L’esigenza di un confronto

<i>Premessa introduttiva</i>	236
1. Le interconnessioni tra l’abuso del diritto civile e l’abuso del diritto tributario	237
3. La rilevanza settoriale dell’art. 10 <i>bis</i> e la necessità di analizzare autonomamente i profili civilistici dei contratti fiscalmente abusati	240

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	251
----------------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	260
---------------------	-----

SITOGRAFIA	288
-------------------	-----

INTRODUZIONE

OGGETTO E SCOPO DELL'INDAGINE

SOMMARIO: 1. L'abuso del diritto in materia contrattuale. 2. L'interdisciplinarietà del fenomeno. 2.1. L'abuso nel diritto tributario. 3. Lo svolgimento della ricerca.

1. *L'abuso del diritto in materia contrattuale*

Il fenomeno dell'abuso del diritto è stato definito, autorevolmente, come un vero e proprio "universo in espansione"¹. Si tratta di una figura che tende ad essere eterogenea e trasversale rispetto ai vari settori del diritto e ai diversi ordinamenti giuridici nazionali, tanto sfuggente da essere stata anche suggestivamente definita "un'araba fenice"².

Nel nostro codice civile non esiste una norma specifica ed esplicitamente repressiva dell'abuso, né una norma che lo definisca. L'art. 7 del progetto preliminare al codice civile italiano del 1942 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.

La norma così formulata non superò il vaglio finale. I codificatori decisero di non inserire l'art. 7 per timore di creare un *vulnus* al principio della certezza del diritto. Secondo quest'ottica sarebbe stato introdotto nel nostro sistema uno strumento in grado di rimettere alla discrezionalità degli interpreti la valutazione relativa alla legittimità sostanziale dell'esercizio di qualsiasi tipo di diritto, al di là della sua formale spettanza al titolare.

Si potrebbe, quindi, affermare che nell'ordinamento italiano l'abuso del diritto sia una figura perlopiù di matrice pretoria e dottrinale, nata dall'elaborazione delle corti, di merito e di legittimità, e dagli autori che l'hanno analizzata.

¹ GALGANO F., *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e impresa*, 1/1985: 1 e ss.

² ALPA G., *I principi generali*, in IUDICA-ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1993.

Ci si chiede dunque se, pur in assenza di una previsione normativa espressa, possa dirsi vigente nel nostro ordinamento un principio generale secondo il quale un diritto non può essere esercitato per finalità che eccedono i limiti stabiliti dalla legge.

D'altro canto, il legislatore preferì inserire nel codice vigente, e in talune leggi speciali, riferimenti linguistici o concettuali facenti evidente riferimento all'istituto dell'abuso (anche se implicitamente) e disposizioni specifiche con cui punire i comportamenti abusivi in relazione a determinate categorie di diritti.

Il principale problema relativo all'abuso del diritto è nel darne una definizione univoca. Infatti, tale tematica assume sul piano definitorio e formale, caratteristiche specifiche a seconda del contesto nel quale si inserisce, essendo molto spesso applicato e valorizzato in ambiti diversi ed eterogenei, con significati e risultati teorici anch'essi particolarmente differenti tra loro³.

Basti pensare all'abuso della personalità giuridica in ambito commerciale, all'abuso di posizione dominante nel diritto della concorrenza, all'abuso del processo⁴, piuttosto che alla terminologia utilizzata in settori del tutto peculiari quali il diritto penale⁵.

Fin dall'Ottocento la figura dell'abuso del diritto è stata connotata dalla sua difficile categorizzazione, ammesso che abbia effettivamente una qualche utilità darne una definizione sul piano formale⁶.

³ Sulle problematiche linguistiche legate all'abuso si v. GALGANO F., *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggi sulle metafore nel diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010; GENTILI A., *Il diritto come discorso*, in Iudica-Zatti (diretto da), *Trattato di Diritto Privato*, Giuffrè, Milano, 2013.

⁴ Sul tema si v. gli autorevoli contributi di TARUFFO M., *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in AA.VV., *L'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 1998: 435 e ss.; *Id.*, di recente, *L'abuso del processo. Aspetti critici*: 251 e ss., in FURGIUELE (a cura di), *Abuso del diritto: significato e valore di una tecnica argomentativa in diversi settori dell'ordinamento*, Esi, Napoli, 2017; SCARSELLI G., *Sul c.d. abuso del processo*, in AA.VV., *L'abuso del processo, Atti del XXVIII Convegno Nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Bologna, 2012: 157 e ss.; *Id.*, *Sul c.d. Abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 6/2012: 148 e ss. Il tema si è particolarmente sviluppato a seguito di Cass., S.U. civ., n. 23726/2007, in tema di frazionamento del credito, nella quale è definita come abusiva la pratica di frazionamento di un credito, nella fase giudiziale dell'adempimento, al fine essenzialmente, di scelta del giudice competente. La decisione è stata annotata da RESCIGNO P., *L'abuso del diritto (Una significativa rimeditazione delle Sezioni Unite)*, in *Corr. giur.*, 6/2008: 745 e ss.; si v., inoltre, la nota di PALMIERI A. e PARDOLESI R., *Frazionabilità del credito e buona fede flessibile*, in *Foro.it*, 1/2008: 514 e ss.

⁵ Si pensi, ad esempio, all'abuso del minore.

⁶ A corroborare tale affermazione si richiamano: la figura dell'araba fenice utilizzata da Alpa per descrivere l'abuso del diritto e l'altresì suggestiva definizione fornitaci da Galgano secondo cui l'abuso del diritto costituisce un vero e proprio universo in espansione, alle quali si è fatto riferimento *supra* (si v. *retro*, nota 1 e 2).

Probabilmente, questa difficoltà è stata ravvisata, *in primis*, nella natura contraddittoria della formula stessa “abuso del diritto”: la parola ‘abuso’ deriva dal latino *abūti* che significa *utilizzo eccessivo* del diritto di cui si è titolari.

Per questo, da alcuni l’espressione è stata considerata come un vero e proprio ossimoro⁷, in cui con ‘diritto’ ci si riferisce ad un diritto soggettivo da intendere come libertà garantita a un individuo da parte di una norma giuridica, cui corrisponde il potere di volontà e di azione riconosciuto dalla norma stessa al titolare nei confronti di uno, alcuni o tutti gli altri soggetti dell’ordinamento. Contrariamente, quando si parla di “abuso” del diritto si afferma che l’esercizio della libertà garantita in capo ad un soggetto dalla norma stessa, di esercitare il potere accordatogli dalla legge, possa dar luogo a responsabilità.

In tal modo, un atto di per sé lecito – l’esercizio di un diritto – diviene fonte di responsabilità per colui che lo esercita, pur essendone formalmente il titolare.

Si può certamente affermare che il divieto di abuso del diritto è un tema saliente⁸, da sempre al centro di un vivacissimo dibattito dottrinale e giurisprudenziale e ancora oggi di grande attualità.

Nella cultura giuridica degli anni Trenta la figura dell’abuso del diritto non rappresentava uno strumento giuridico, quanto piuttosto un concetto di natura etico-morale, con la conseguenza che l’autore dell’abuso veniva considerato meritevole di biasimo e di rimprovero sociale, ma non vi era alcun rilievo giuridico dal momento che il fenomeno dell’abuso del diritto non aveva alcuna rilevanza al livello di categoria giuridica⁹. In tal modo si voleva rivendicare l’impossibilità logica di concepire l’abuso del diritto. Affermava autorevole dottrina: «quel giorno che il diritto intervenga a disciplinare un caso concreto di abuso, l’abuso sfuma, sguscia come Proteo alle mani degli inseguitori e non resta che la sanzione giuridica positiva, l’atto lecito o illecito»¹⁰.

⁷ RESCIGNO P., *L’abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1/1965: 205 e ss., ora in *L’abuso del diritto*, Bologna, il Mulino, 1998: 13.

⁸ Sul punto si v. anche NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958: 18 ss.

⁹ Sul punto si v. l’autorevole contributo di ROTONDI M., *L’abuso del diritto*, Tesi di laurea presentata all’Università di Pavia nel 1922 e pubblicata in *Riv. dir. civ.*, 1923: 105 e ss.

¹⁰ ROTONDI M., *L’abuso del diritto, “aemulatio”*, Cedam, Padova, 1979: 24. Secondo l’A. l’abuso del diritto «è un fenomeno sociale, non un concetto giuridico, anzi uno di quei fenomeni che il diritto non potrà mai disciplinare in tutte le sue applicazioni che sono imprevedibili: è uno stato d’animo, è la valutazione etica di un periodo di transizione, è quel che si vuole, ma non una categoria giuridica, è ciò per la contraddizione che nol consente».

Successivamente furono sollevate ulteriori perplessità. La dottrina si focalizzò sul legame funzionale stabilito tra la nozione di abuso del diritto e gli *standard* valutativi tratti dall'etica sociale, che porterebbero ad accostarlo, o a sovrapporlo, a concetti come quello di buona fede, della quale, infatti, anche voce assai autorevole ha ritenuto rappresenti un doppione¹¹ e niente più che «un mezzo sicuro ed originale per ottenere un criterio di giudizio più appagante, per la nostra coscienza, di quanto non sia il criterio della legittimità formale degli atti umani»¹².

Molti hanno inoltre evidenziato la rilevanza dell'istituto quale strumento che va incontro alla necessità di entrare all'interno del programma contrattuale, andando oltre la formalizzazione dell'accordo. Secondo autorevole dottrina, infatti, l'esercizio del potere negoziale deve essere ricondotto dalla prospettiva di un'analisi del contenuto del programma e degli aspetti interni della contrattazione alla spiegazione di relazioni oggettive che si formano come conseguenza degli sviluppi dell'iniziativa economica¹³. In analoga prospettiva, è stato altresì osservato che la teorizzazione dell'abuso del diritto sarebbe un'occasione per mettere in risalto le anomalie nei rapporti di distribuzione¹⁴.

Parte della dottrina lo considera una tecnica argomentativa¹⁵ che consente di valutare se e come lo svolgimento concreto di un diritto, di per sé lecito o legittimo, abbia avuto l'esito di perseguire interessi non meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico.

Ad oggi non risulta chiaro se il divieto di abuso del diritto sia un principio generale, una tecnica argomentativa, una clausola. Ma, al di là delle incertezze su una sua categorizzazione, è difficile sostenere che non costituisca un valore¹⁶ da salvaguardare.

¹¹ SACCO R., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in G. ALPA, GRAZIADEI M., GUARNIERI A., MATTEI U., MONATERI P.G., SACCO R., *La parte generale del diritto. 2. Il diritto soggettivo, Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Utet, Torino, 2001: 319, 373; *Id.*, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Dir. priv.*, 1997, III, *L'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 1998: 217 e ss. (si v., nello specifico, 234).

¹² RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998: 11.

¹³ MESSINETTI D., *Abuso del diritto*, voce dell'*Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1998: aggiornamento II, 1, 13.

¹⁴ VETTORI A., *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Giuffrè, Milano, 1983: 147.

¹⁵ RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, *op. cit.*

¹⁶ Sulle diverse accezioni di "principio" e "valore" si v. VERONESI P., *Valori, Principi e regole: tra dimensione positiva e metapositiva della Costituzione in Ars interpretandi*, 1/2014: 37 ss.

L'abuso del diritto sembra volto a salvaguardare valori come l'uguaglianza sostanziale, la solidarietà, la correttezza. Risulta, quindi, quasi paradossale che questo sia fonte di tante instabilità e incertezze¹⁷.

Si tratta, effettivamente, di comprendere come un diritto esercitato abbia interagito con altre sfere di diritti e interessi e se un atto di per sé lecito possa divenire fonte di responsabilità per colui che esercita il diritto.

Dalla disamina delle norme civilistiche e dalla loro interpretazione risulta chiaro il superamento dell'antico brocardo *qui iure suo utitur neminem laedit*, nonostante sul tema ci sia un risalente e acceso dibattito dottrinale, che verrà approfondito nel corso del presente lavoro.

Non è sempre agevole capire quando ci si trova di fronte ad una situazione di abuso. Tale verifica dovrebbe essere effettuata tramite il confronto e il bilanciamento di interessi contrapposti, in astratto parimenti meritevoli di protezione ma, concretamente, suscettibili di essere sindacati nel loro esercizio secondo i parametri della ragionevolezza, della meritevolezza e della buona fede oggettiva, intesa come correttezza e lealtà.

Attraverso il concetto di abuso, il diritto viene analizzato in relazione all'interesse perseguito e alle sue modalità di esercizio, così da ottenere un'analisi dinamica delle diverse situazioni soggettive, viste sotto il profilo dell'effettività del loro esercizio e in una prospettiva relazionale.

Certo è che la comparazione degli interessi rappresenta un passaggio indefettibile per l'individuazione del fenomeno abusivo: il cuore dell'abuso del diritto consiste, infatti, nel raggiungimento di un vantaggio non meritevole di tutela, che non sarebbe possibile identificare senza lo strumento della comparazione.

Il diritto viene posto in essere in contrapposizione ad una determinata situazione che il sistema giuridico non intende sacrificare *in toto* o che considera in concreto prevalente.

L'analisi del fenomeno imporrebbe, quindi, di svincolarsi da una rigida visione positivista e formalistica e di interrogarsi su un duplice ordine di questioni: da un lato

¹⁷ Parte della dottrina civilistica identifica nel contrasto all'abuso del diritto un'espressione del principio di solidarietà, ex art. 2 della Costituzione. Sul punto si v. PINO G., *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 5/2004: 25 e ss.; NIGRO C., *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione della buona fede)*, in *Giust. civ.*, 1/2010: 2547 e ss.; DI MARZIO F., *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 4/2011: 494.

come il fenomeno viene percepito da parte dei diversi operatori del diritto, dall'altro come in concreto viene applicato dalla giurisprudenza il principio stesso sul piano argomentativo¹⁸ ed in termini di bilanciamento tra valori diversi.

È chiaro che applicazione concreta e percezione sono profili che, se pur apprezzabili autonomamente, appaiono strettamente correlati tra loro; infatti, nel momento in cui i principi venissero applicati dalla Giurisprudenza secondo criteri uniformi, equilibrati e razionali, gli operatori del diritto tenderebbero a percepire il contrasto all'abuso in termini positivi e non con la diffidenza che, invece, caratterizza da sempre l'istituto. Ciò che sembra emergere, in effetti, è un palpabile senso di instabilità ed incertezza derivante proprio dalla casistica giurisprudenziale e occorre, al riguardo, domandarsi se una clausola generale antiabuso possa costituire "il rimedio" di tutte queste incertezze o se, l'unica strada percorribile sia, invece, quella di un sostanziale *selfrestraint* della giurisprudenza stessa, la quale tende sempre più ad attribuirsi un ruolo assai vicino a quello del legislatore e ad esplicitare criteri applicativi, valori e principi da essa ritenuti insiti nell'ordinamento.

In questa sede risulta opportuno, *in primis*, delimitare lo studio della figura dell'abuso del diritto all'ambito contrattuale, in cui il concetto si afferma dal momento in cui l'ordinamento comincia a riconoscere l'autonomia delle parti anche in campi che sono normalmente disciplinati dal legislatore, ma, allo stesso tempo, viene riservato al giudice un potere di controllo flessibile ed effettivo sulle modalità con cui le parti fanno uso di tale autonomia, non essendo quest'ultima sconfinata.

Questo controllo ha comportato un cambio di tendenza nella metodologia giuridica che sembra essere divenuta sempre più incline ad effettuare un'analisi dinamica degli istituti e delle situazioni soggettive. Il cambio metodologico citato ha focalizzato l'attenzione su concetti nel passato sottovalutati, come quelli di meritevolezza, di concretezza della causa e di abuso del diritto.

Nel corso degli anni, dottrina e giurisprudenza hanno progressivamente individuato un limite generale all'esercizio di ogni diritto soggettivo, integrato dal dovere di non abusare della situazione giuridica di cui si è titolari.

Tornando al discorso sull'esistenza di una codificazione dell'abuso, se da un lato è vero che il divieto di abuso del diritto non è previsto espressamente nel sistema vigente,

¹⁸ Sul problema dei rapporti tra argomentazione e certezza si v. PINO G., *Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica. Alcune riflessioni*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1/1998: 84 e ss.

facendo salve le recenti innovazioni in materia di elusione fiscale (ci si riferisce al D. lgs. 128/2015), dall'altro sono numerose le norme del codice civile¹⁹ che lo richiamano indirettamente, attribuendo conseguenze non irrilevanti a chi abbia agito in mala fede²⁰. Come si anticipava, la disciplina codicistica delle obbligazioni e dei contratti contiene numerose norme che si riferiscono, seppur in maniera implicita, al divieto di abuso del diritto.

Nel *corpus* del codice civile possono rinvenirsi: l'espressa indicazione di fattispecie abusive²¹, disposizioni sanzionatorie di alcuni atti la cui *ratio* è ravvisabile nell'esigenza di repressione di un abuso del diritto²² nonché disposizioni di maggiore ampiezza, considerate valide per intere categorie di diritti²³. Si tratta di specifiche disposizioni che sanzionano l'abuso con riferimento all'esercizio di determinate posizioni soggettive. Se ne segnalano, di seguito, alcune tra le più significative.

La principale di queste fattispecie è sicuramente quella degli atti emulativi di cui all'art. 833 c.c., che si trova nell'ambito del libro III – della proprietà – il quale dispone che «il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere

¹⁹ Ed anche del codice di procedura civile e del codice del consumo.

²⁰ Tale affermazione purché si decida di accogliere l'orientamento, consolidato, secondo cui la stessa è riconducibile all'abuso. La dottrina, infatti, identifica, ormai da tempo, l'abuso del diritto con l'esercizio scorretto, o di mala fede, del diritto. In particolare, a seguito del noto caso *Renault* del 2009, è stato riconosciuto che: se da un lato è vero che l'esercizio di un diritto di recesso *ad nutum* sfugge ad un controllo di tipo teleologico, non si sottrae, invece, ad un controllo inerente le modalità con cui il recesso risulti esercitato. Andrebbe, allora, effettuata una valutazione basata sul canone della buona fede, la quale costituisce fondamentale criterio di valutazione del comportamento delle parti in esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.). In dottrina si v., in tal senso, BIANCA C., *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000: 740 e ss.; SANTORO F., *L'abuso del diritto di recesso ad nutum*, in *Contratto e impresa*, 1986: 766 e ss.; SCOGNAMIGLIO C., *Il nuovo diritto dei contratti: buona fede e recesso dal contratto*, in AA.VV., *Il diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, in DI MARZIO (a cura di), Giuffrè, Milano, 2001: e 357 ss. Lo stesso dicasi per la giurisprudenza. Sul punto va menzionata quella in materia di esercizio abusivo (ovvero di mala fede) del diritto di recesso della banca dal contratto di apertura di credito a tempo indeterminato. Il riferimento è, tra le tante, a Cass., sez. civ., n. 9321/2000, annotata da DI MAJO A., *La buona fede correttiva di regole contrattuali* in *Corr. giur.*, 11/2000: 1486 ss., nonché Cass., n. 2642/2003, in *Giust. civ. mass.* 2003: 375 e ss. Sul tema si v. il noto contributo di GALGANO F. *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contratto e impresa*, 14/1998: 18 e ss.

²¹ L'art. 330 del c.c., relativo all'abuso della potestà genitoriale; l'art. 1015, relativo all'abuso del diritto di usufrutto; l'art. 2793, relativo all'abuso della cosa da parte del creditore pignoratizio.

²² Per citare alcuni esempi: l'art. 1993, comma 2, che dispone che «il debitore può opporre al possessore del titolo le eccezioni fondate sui rapporti personali con i precedenti possessori, soltanto se, nell'acquistare il titolo, il possessore ha agito intenzionalmente a danno del debitore medesimo»; l'art. 1059, comma 2, c.c., impone al comproprietario, che – agendo *ex se* – ha concesso una servitù, di non impedire l'esercizio del diritto concesso.

²³ L'art. 833 c.c., pur relativo al diritto di proprietà, è stato utilizzato come norma di repressione dell'abuso dei diritti reali in genere; artt. 1175 e 1375 c.c. che attraverso la clausola di buona fede hanno consentito in tempi recenti alla giurisprudenza, su suggerimento della dottrina più avvertita, di sanzionare, in termini di illecito contrattuale, l'abuso di diritti relativi o di credito.

o recare molestia ad altri». La norma va annoverata tra le numerose fonti normative contenenti divieti espressi per il proprietario di esercitare alcune facoltà che sono connesse al suo diritto al fine di non arrecare danni o pregiudizio ad altri interessi, generali o privati.

In origine l'abuso del diritto veniva ricondotto esclusivamente al divieto di atti emulativi e l'art. 833 c.c. era considerato il suo unico e possibile fondamento normativo, un vero e proprio paradigma dell'abuso del diritto, venendo a specificare, in ambito civilistico, la vigenza di un divieto generale ormai divenuto immanente al sistema, sebbene non esplicitato²⁴.

La sua formulazione è frutto di una lunga tradizione storica, interrotta per motivi ideologici dalle codificazioni ottocentesche di ispirazione napoleonica che consideravano la proprietà come un diritto soggettivo assoluto, di natura quasi personale.

All'epoca l'esercizio del diritto di proprietà non tollerava ostacoli per la salvaguardia di altri interessi privati, ma soltanto alcuni limiti di natura pubblicistica.

Nel codice civile del 1865 non vi è infatti traccia del divieto di atti emulativi. Tuttavia, l'attenzione verso tale divieto riaffiora nei molteplici dibattiti dottrinali della prima metà del 1900, ad opera di giuristi francesi. Questi ultimi sostengono che le facoltà di godimento del proprietario possono essere esercitate liberamente e non determinano l'insorgere di alcuna responsabilità se perseguono un interesse legittimo. Dall'altro lato, però, il proprietario ha il dovere di esercitare il proprio diritto in modo conforme alla funzione per cui gli è stato riconosciuto dall'ordinamento, altrimenti, se viene meno la buona fede, si sfocia nell'abuso del diritto, almeno secondo le ricostruzioni della dottrina francese del 1900²⁵.

Fu proprio questo tema a suscitare il dibattito dottrinale avente ad oggetto l'introduzione, nel libro I, di una norma specifica che vietasse l'abuso del diritto. Ma, gli estensori del codice civile del '42 preferirono aderire alla tradizione storica e inserire il divieto di atti emulativi nel libro III, mentre l'art. 1175 c.c. disciplina il corretto esercizio del diritto in materia di obbligazioni²⁶.

La ricomparsa degli atti emulativi, in tal modo, avrebbe dovuto supplire al mancato riferimento, da un lato, all'abuso del diritto e, dall'altro, alla funzione sociale della

²⁴ Sull'atto emulativo si v. GAMBARO A., *Emulazione*, in *Dig. disc. priv.*, VII, Torino, 1991: 442 e ss. e LOSURDO F., *Il divieto di abuso del diritto nell'ordinamento europeo*, Torino, 2001: 70 e ss.

²⁵ JOSSERAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Parigi, 1927: 282.

²⁶ RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1/1965: 205 e ss.

proprietà, mettendo contemporaneamente in evidenza il disfavore del legislatore del tempo per concezioni egoistiche e individualistiche del diritto di proprietà, ovvero quelle basate sull'antico principio secondo cui chi si avvale del suo diritto non fa, giuridicamente, danno a nessuno²⁷.

La dottrina più recente è giunta a valutare la portata dell'art. 833 c.c. in base ad un'interpretazione sistematica che, tenendo conto della gerarchia delle fonti, considera il divieto di atti emulativi alla luce dei principi costituzionali e li qualifica come limiti interni all'esercizio del diritto, propri di tutti i diritti soggettivi a contenuto patrimoniale e non solo quindi della proprietà²⁸.

A parere di molti²⁹, questo limite, costituito dal divieto di abuso del diritto, corrisponde ad un principio rintracciabile nella Costituzione ed applicabile per analogia a tutte le situazioni soggettive reali, aventi ad oggetto beni mobili o immobili ed anche a tutte le situazioni soggettive patrimoniali.

Dottrina e giurisprudenza hanno individuato, negli anni successivi, e specialmente a partire dagli anni Novanta, nuovi punti di riferimento da cui poter ravvisare altre fattispecie abusive³⁰. Ad oggi, secondo l'opinione comune, anche se non mancano voci in contrario, il divieto di abuso del diritto e il divieto di atti emulativi si sostanziano in un rapporto di *genus a species*; l'*aemulatio* è considerata come un'espressione particolare e una specifica ipotesi applicativa dell'abuso del diritto³¹.

Pur essendo la principale, l'ipotesi degli atti di emulazione non è l'unica fattispecie inquadrabile nella, o riferibile alla, categoria dell'abuso del diritto.

²⁷ BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI F.D., NATOLI U., *Diritto civile*, vol. II, Utet, Torino, 1988: 63.

²⁸ NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958: 18 e ss.

²⁹ PERLINGIERI P., *Introduzione alla problematica della proprietà*, Esi, Camerino-Napoli, 1971: 277; GAMBARO A., *Emulazione*, in *Dig. disc. priv.*, vol. VII, Utet, Torino: 439.

³⁰ Come rilevato da attenta dottrina, gli anni Novanta hanno segnato un vero e proprio "spartiacque" per quanto attiene il terreno dell'abuso del diritto, con i tanti tentativi dottrinali e gli svariati interventi normativi. Sul punto si v. le riflessioni svolte da DEL PRATO E., *Qualificazione degli interessi e criteri di valutazione dell'attività privata funzionale tra libertà e discrezionalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2/2012: 403 e ss., (nello specifico 405). L'A., se da un lato riconosce il rinnovato interesse per l'abuso del diritto (alimentato, peraltro, anche da alcune prescrizioni europee) da parte di dottrina e giurisprudenza, dall'altro dubita rispetto alla sua possibilità di assurgere a categoria ordinante del diritto civile che vada al di là dell'aspetto meramente descrittivo.

³¹ Sul punto si v. MONTANERI P.G., *Abuso del diritto e simmetria della proprietà*, in *Dir. priv.*, 3/1997: 89 e ss.; BESSONE M., *Proprietà egoistica ed abuso del diritto e poteri del giudice*, in *Foro it.*, 4/1974: 141 e ss.; RUFFOLO U., *Atti emulativi, abuso del diritto e «interesse» nel diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2/1973: 73 e ss.; MAZZONI C.M., *Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2/1969: 601 e ss.

Nell'ambito del libro IV, il referente normativo dell'abuso viene generalmente identificato con la clausola generale di buona fede e correttezza³², precisamente negli artt. 1175 – comportamento secondo correttezza – e 1375 c.c. - esecuzione di buona fede³³.

Una delle funzioni principali da sempre riconosciute alla clausola generale della correttezza è quella di limite, controllo, all'esercizio di pretese da parte del creditore o all'adempimento degli obblighi da parte del debitore. Tale funzione si manifesta tramite il diniego di effetti al comportamento ritenuto scorretto o tramite eccezioni o poteri di autotutela riconosciuti alla parte che ha agito lealmente. Specialmente con riferimento alla posizione del creditore, la correttezza è alla base della figura dell'abuso del diritto, volgendo a fissare i limiti al legittimo esercizio della facoltà di pretendere o di rifiutare l'adempimento³⁴.

Come verrà evidenziato nel prosieguo del lavoro, non di rado la clausola generale di buona fede e correttezza è stata identificata come il modo attraverso il quale si palesa l'abuso del diritto e viceversa³⁵.

Uno dei classici esempi è quello del comportamento del creditore che, potendo chiedere l'adempimento coattivo dell'intera obbligazione, frazioni, senza alcuna evidente ragione, la richiama di adempimento in tutta una pluralità di giudizi di cognizione davanti a giudici competenti per le singole parti.

In tale ipotesi si prefigurerebbe esclusivamente un pregiudizio per il debitore, non giustificato da un corrispettivo vantaggio – meritevole di tutela – per il creditore³⁶.

La giurisprudenza ha ribadito, piuttosto di frequente, che non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, di frazionare il credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, siano esse contestuali o scaglionate nel tempo, in quanto ciò comporterebbe utilità unilaterale a favore del creditore, con un peggioramento della posizione del debitore. Ciò si rivelerebbe

³² Ci si riferisce alla buona fede oggettiva, ovvero alla violazione di un obbligo di condotta.

³³ Cfr. BENATTI F., *La clausola generale di buona fede*, in *Banca borsa tit. cred.*, 3/2009: 241 e ss., secondo cui dagli artt. 1175 e 1375 c.c. «traggono origine le regole che controllano il corretto esercizio dei diritti e dei poteri privati».

³⁴ BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, Milano, 1990: 232.

³⁵ Sulla correlazione tra buona fede oggettiva e abuso del diritto e sugli orientamenti prevalenti si v. *infra*, cap. I, sez. II, par. 1, *Abuso del diritto e buona fede oggettiva*.

³⁶ Si v., *ex multis*, Cass., sez. civ., n. 11271/1997 in *Mass. Giur. It.*, 1997; Cass., S.U. civ., n. 23726/2007, annotata da MELONI CABRAS A., *Domanda di adempimento frazionata e violazione dei canoni di correttezza e buona fede*, in *Obbl. e Contr.*, 10/2008: 784 e ss.; Cass. S.U. civ., n. 26961/2009, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass., sez. civ., n.1706/2010, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

in palese contrasto sia con il dovere di correttezza che con quello di buona fede, i quali dovrebbero caratterizzare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto.

Anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale per ottenere l'adempimento, un tale comportamento risulterebbe contrastante con il principio costituzionale del giusto processo, traducendo la parcellizzazione della domanda diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria in un vero e proprio abuso di quegli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte solo nei limiti di una tutela del suo interesse sostanziale. È per queste ragioni che le domande giudiziali aventi ad oggetto una rateazione di un unico credito sono da dichiararsi improponibili³⁷.

La giurisprudenza più attenta ai doveri di buona fede e correttezza ha, per questo motivo, più volte sanzionato le condotte che rivelavano un esercizio abusivo o fraudolento di diritti.

«Il principio di 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 quella della interpretazione e dell'esecuzione³⁸, 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 preordinati³⁹ nonché il dovere di agire, anche nella fase della patologia del rapporto, in modo da preservare, per quanto possibile, gli interessi della controparte, e quindi, primo tra tutti, l'interesse della conservazione del vincolo»⁴⁰.

È stato precisato da autorevole dottrina⁴¹ che il principio di buona fede nella figura sintomatica dell'abuso del diritto serve a fissare i limiti al legittimo esercizio della facoltà di pretendere o di rifiutare l'adempimento. Così, il principio assolve ad una funzione di "chiusura" del sistema, poiché evita di dover considerare permesso ogni comportamento

³⁷ Si v., *ex multis*, Cass., sez. civ., n. 4702/2015, in *CED Cassazione*.

³⁸ Si v., *ex multis*, Cass. sez. civ., n. 15476/2008, in *Obbl. contr.*, 10/2009, con nota di VERONESE B., *L'improponibilità della domanda frazionata: rigetto in rito o nel merito?*: 813 e ss.; Cass. sez. civ., n. 20106/2009, in *Riv. dir. civ.*, 6/2010, con nota di PANETTI F., *Buona fede, recesso ad nutum e investimenti non recuperabili dell'affiliato nella disciplina dei contratti di distribuzione*: 20653 e ss.

³⁹ Si v., *ex multis*, Cass., sez. civ., 15482/2003, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1/2004: 305 e ss., con nota di GRONDONA M., *Disdetta del contratto, abuso del diritto e clausola di buona fede, in margine alla questione del precedente giudiziale*: 309 e ss.

⁴⁰ Cass., sez. civ., n. 13208/2010, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

⁴¹ GALGANO F., *Diritto commerciale*, vol. II, *Le obbligazioni e i contratti*, (2a ed.), Zanichelli, Bologna, 1993: 488.

che nessuna norma vieta e facoltativo ogni comportamento che nessuna norma rende obbligatorio e può anche imporre alle parti di operare diversamente da quanto stabilito dal contratto. Il divieto di abuso del diritto diverrebbe, in questi termini, uno dei criteri di selezione con cui esaminare e valutare sia i rapporti che nascono da atti di autonomia privata, operando come criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva nella fase di esecuzione del contratto⁴², sia le condotte che i soggetti adottano nelle relazioni di diritto privato in generale.

Come afferma la Suprema Corte: «Oggi i principi della buona fede oggettiva e dell'abuso del diritto debbono essere selezionati e rivistati alla luce dei principi costituzionali – funzione sociale *ex art. 42 Cost.* – e della stessa qualificazione dei diritti soggettivi assoluti. In questa prospettiva i due principi si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancora la condotta delle parti, anche di un rapporto privatistico e l'interpretazione dell'atto giuridico di autonomia privata e, prospettando l'abuso, la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti»⁴³. Sul punto risulta opportuno precisare che trattasi di buona fede oggettiva intesa come obbligo, per le parti, di comportarsi secondo correttezza e lealtà, concetto ben diverso dalla buona fede in senso soggettivo, ovvero “ignoranza di ledere l'altrui diritto”⁴⁴.

Quando si parla di abuso del diritto in correlazione con buona fede e correttezza va fatto implicito riferimento anche ad altri articoli del codice civile: all'art. 1337 – trattative e responsabilità precontrattuale – all'art. 1366 – interpretazione di buona fede –, all'art. 1358 – comportamento delle parti nello stato di pendenza – e all'art. 1359 – avveramento della condizione⁴⁵.

Nella fase di pendenza, l'art. 1358 c.c. richiede ai titolari dei diritti condizionati un comportamento secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte. Dunque, anche in pendenza della condizione, le parti dovranno esercitare il loro diritto rispettando dei limiti interni. Il mancato rispetto di tali limiti determinerebbe una lesione

⁴² Cass., sez. civ., n. 20106/2009, *cit.*

⁴³ Cass., sez. civ., n. 20106, *cit.*

⁴⁴ Per un approfondimento sul tema si v. GALGANO F., *Il dovere di buona fede e l'abuso del diritto*, Relazione svolta all'incontro di studio tenutosi a Tivoli dal 6 al 10 giugno 1994.

⁴⁵ Cfr. RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1/1965: 258, 268; GRANDI M., *Condizione mista o potestativa, finzione di avveramento e risoluzione del contratto*, in *Contratti*, 2/2011: 44 e ss.

delle situazioni giuridiche altrui attraverso un esercizio abusivo del diritto pur rimanendo, formalmente, nell'ambito del diritto esercitato.

A difesa degli interessi della parte che subisce, il legislatore ha previsto una tutela reale, riconoscendo la finzione di avveramento della condizione non verificatasi per causa imputabile alla controparte *ex art. 1359 c.c.* La clausola di buona fede sembra avere un ruolo decisivo, quale fondamento del divieto di abuso del diritto; una clausola protesa ad evitare che il soggetto titolare di un diritto lo eserciti per fini differenti ed ulteriori rispetto agli scopi per cui questo è ammesso dall'ordinamento.

Riconoscimento implicito dell'abuso del diritto lo si ritrova in tutti quegli istituti che fanno riferimento all'abuso della libertà contrattuale, riguardanti la formazione del consenso e i vizi della volontà. Ci si riferisce: all'ipotesi di cui all'art. 1438 c.c., «minaccia di far valere un diritto»; all'ipotesi di cui all'art. 1447 c.c., «contratto concluso in stato di pericolo»; all'ipotesi di cui all'art. 1448 c.c., «azione generale di rescissione per lesione»; e all'ipotesi di cui all'art. 428 c.c., «atti compiuti da persona incapace di intendere e di volere». Quando l'autore della minaccia se ne serve per conseguire non già il risultato ottenibile con l'esercizio del diritto, ma vantaggi ingiusti, ossia abnormi e diversi da detto risultato, obiettivamente iniqui ed esorbitanti rispetto al dovuto, sembra pacifico poter affermare di essere di fronte ad un'ipotesi di esercizio abusivo del diritto⁴⁶.

Con riguardo agli artt. 1447 e 1448 c.c.: nella prima fattispecie si osserva come la conclusione del contratto avviene a condizioni inique e il pericolo in cui versa la controparte è noto a quella che se ne giova. Nella seconda rileva, prima di tutto l'assonanza tra il termine profittare e il termine abusare ma, soprattutto, la sproporzione tra le prestazioni, in quanto dallo stato di bisogno deriva un ingiusto vantaggio e dunque un'utilità ulteriore e diversa rispetto a quella fisiologica.

Ai contraenti viene offerta la possibilità di modificare il contratto e di ricondurlo ad equità. Implicito richiamo all'abuso del diritto potrebbe forse ritrovarsi anche nella disciplina della rappresentanza, ovvero con riferimento all'ipotesi di abuso di esercizio dei poteri di rappresentanza nello svolgimento dell'attività negoziale⁴⁷.

Un approfondimento particolare merita il citato art. 1438 c.c., rubricato «minaccia di far valere un diritto». La norma prevede che: «la minaccia di far valere un diritto può

⁴⁶ Si v., *ex multis*, Cass., sez. civ., n. 28260/2005, in *Mass. Giur. It.*, 2005.

⁴⁷ LEVI G., *L'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 1993: 55 e ss. Le norme di riferimento richiamate sono, solitamente, gli artt. 1391, 1394 e 1395 c.c.

essere causa di annullamento del contratto solo quando è diretta a conseguire vantaggi ingiusti». Si tratta della tipica situazione in cui il titolare del diritto esercita il potere attribuitogli per conseguire utilità diverse da quelle conferitegli. Infatti, l'atto di autonomia contrattuale risulta annullabile nel momento in cui la minaccia di esercitare il diritto è posta in essere per esercitare un'indebita "pressione" sull'altra parte, costringendola a concludere un contratto da cui scaturiranno utilità che non sono certamente quelle inerenti al diritto di cui si prospetta l'esercizio. È chiaro che un simile comportamento non possa essere accettato dall'ordinamento, e merita di essere qualificato come abusivo: l'esercizio del diritto è stato posto in essere essenzialmente per conseguire un risultato diverso da quello che costituisce l'utilità garantita dall'ordinamento attraverso quel diritto, utilizzato in modo distorto⁴⁸.

L'ingiustizia del vantaggio si ha quando, attraverso la minaccia di esercitare un diritto, venga realizzato un risultato che, oltre ad essere abnorme, sia anche esorbitante ed iniquo rispetto all'oggetto del diritto stesso, per questo alcuni autori ritengono che ci si trovi nell'ambito della teoria dell'abuso del diritto⁴⁹.

Parte della dottrina, infatti, ha ritenuto che pur non trattandosi propriamente di un'ipotesi di divieto di abuso, poiché la fattispecie riguarda la minaccia, e non l'esercizio di un diritto in senso stretto, tale disposizione ha "notevole valore sintomatico" della prospettiva cui è ispirato l'ordinamento nei riguardi di condotte formalmente legittime, ma sostanzialmente dirette "a conseguire vantaggi ingiusti"⁵⁰.

Altri ancora⁵¹ ritengono invece che la minaccia concretizzi già un esercizio del diritto e che l'art. 1438 c.c. costituisca un peculiare apporto all'ampia e composita categoria dell'abuso.

⁴⁸ A sostegno del collegamento che intercorre tra l'art. 1438 c.c. e l'abuso del diritto si v.: NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ., op. cit.*: 34 e ss.; SACCO R., *Il diritto soggettivo. L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da Sacco R., Utet, Torino, 2011: 355 e ss.; D'AMICO G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010: 20. Gli Autori desumono dalla norma citata il principio del divieto di abuso del diritto come un principio per cui è vietato l'esercizio del diritto se finalizzato al conseguimento di utilità ulteriori, diverse, che non ineriscono la situazione di vantaggio di cui il soggetto è titolare.

⁴⁹ GIORDANO A., *La minaccia di far valere un diritto come causa di annullamento del contratto per violenza*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 2/1944: 509 e ss. (nello specifico si v.: 512).

⁵⁰ NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ., op. cit.*

⁵¹ Sulla specifica rilevanza dell'art. 1438 c.c. in relazione all'abuso del diritto, si v. il contributo di DEL PRATO E., *La minaccia di far valere un diritto*, Cedam, Padova, 1990: 121-131. L'analisi dell'A. è volta a verificare le potenzialità del disposto codicistico rispetto al terreno dell'abuso del diritto e alla sua idoneità a porre rimedio contro gli atti dell'autonomia privata nelle ipotesi in cui ad essa non corrisponda l'esercizio

Da richiamare è anche l'istituto dell'usura, all'art. 1815, comma 2, c.c.

Parte della dottrina lo utilizza come base normativa per fare un discorso generale sul divieto di abuso dell'autonomia contrattuale, specialmente in relazione ai rapporti che si innestano sul mercato e che soffrono di asimmetrie. La misura degli interessi in tutti i contratti con causa di finanziamento dovrebbe essere quella legale, a meno che le parti non abbiano disposto diversamente. Tuttavia, se si tratta di interessi usurari, che oltrepassano i limiti del concesso, l'art. 1815, comma 2, c.c., commina la nullità della clausola e non sono dovuti interessi. Si vuole evitare, in tal modo, che una facoltà concessa alla parte (quella, appunto, di determinare interessi) si risolva in abuso, gravando così sul contraente più debole.

Altri riferimenti normativi al divieto di abuso nell'esercizio dell'autonomia negoziale emergono dagli artt. 1341 e 1342 c.c., rispettivamente intitolati «regole sulle condizioni generali di contratto» (inclusivo, al comma 2, della disciplina sulle clausole vessatorie) e «contratto concluso mediante moduli o formulari»⁵².

Anche nell'istituto della risoluzione del contratto si possono scorgere diversi profili che richiamano l'abuso del diritto. In questa sede risulta opportuno il riferimento all'art. 1460, «eccezione di inadempimento», il quale, al comma 2, c.c., nella regola che condiziona l'eccezione di inadempimento, fa espresso richiamo alla “buona fede”, “avuto riguardo delle circostanze”⁵³. Il riferimento alle circostanze, come ha più volte messo in luce la giurisprudenza, introduce un limite ulteriore alla proponibilità dell'eccezione in esame, nel senso che «nella valutazione della contrarietà alla buona fede, si deve tener

di un diritto. L'A. afferma che «l'idea di abuso del diritto non arricchisce di valore precettivo la norma; e quest'ultima, a sua volta [...] non sembra assumere in tale contesto un significato che oltrepassi un valore descrittivo». Allo stesso tempo, la lettura dell'art. 1438 c.c. secondo l'impostazione dell'abuso del diritto può essere, oltre che suggestiva, utile per una migliore comprensione della teoria dell'abuso stesso. L'A. individua un punto di contatto tra l'abuso e l'art. 1438 nel fatto che entrambe le figure vanno ad incidere sulla formazione della volontà «sottesa all'esternazione» (nello specifico si v. 126).

⁵² Sul collegamento esistente tra l'abuso del diritto e gli artt. 1341 e 1342 c.c. si è espresso BRECCIA U., *L'abuso del diritto*, in *Dir. priv.*, 3/1997, Cedam, Padova: 35, 41; ora in BRECCIA U. *Immagini del diritto privato*, vol. I, *Teoria generale, fonti, diritti*, Giappichelli, Torino, 2013. L'A. afferma che con riguardo alle applicazioni del divieto di abuso del diritto in relazione all'autonomia privata, ci si è spesso basati su disposizioni che si confrontavano con gli abusi del contraente «il quale sfruttasse in linea di fatto una palese condizione di supremazia» (nello specifico si v. 252).

⁵³ ASTONE F., *L'abuso del diritto in materia contrattuale. Limiti e controlli all'esercizio dell'attività contrattuale*, in *Giur. Mer.*, 2/2007: 8 e ss.

conto della regola generale che vieta l'abuso del diritto, cioè l'uso del diritto per motivi non corrispondenti alle finalità per le quali il diritto stesso è concesso dalla legge»⁵⁴.

Spesso, in ambito di risoluzione giudiziale per inadempimento è decisivo, per dirimere la controversia, stabilire se vi sia stato o meno un esercizio abusivo del diritto⁵⁵.

La giurisprudenza ha fatto applicazione dell'abuso del diritto anche in tema di clausola risolutiva espressa⁵⁶.

In dottrina si è parlato di abuso della clausola *solve et repete* prevista dall'art. 1462 c.c., intitolato «clausola limitativa della proponibilità di eccezioni», a tenore del quale, il giudice, pur in presenza di una tale clausola valida, ovvero non *prima facie* nulla o annullabile, può sospendere la condanna della parte al pagamento nel caso in cui riconosca la sussistenza di gravi motivi. Trattasi, infatti, di una norma interpretativa dettata in riferimento all'intenzione delle parti, da valutarsi nel quadro delle norme di comportamento, attraverso la quale si può determinare la sussistenza di un uso (abuso) del diritto al *solve*.

Nei rapporti obbligatori, in virtù dell'art. 1175 c.c., «comportamento secondo correttezza», è doveroso il rispetto di norme di correttezza, ossia di buona fede. La violazione della buona fede «[...] intesa in senso oggettivo, dell'agire sleale o scorretto in danno di altri⁵⁷», potrebbe, in effetti, rappresentare un'ipotesi di abuso del diritto.

Altra disciplina sintomatica dell'abuso del diritto è, per comune opinione, anche quella sulla clausola penale di cui all'art. 1384 c.c., anche se la giurisprudenza fatica ad esplicitarne il riferimento⁵⁸.

Uno strumento, per reagire all'abuso del diritto, è stato individuato nel motivo illecito, *ex art. 1345 c.c.*, e una sua manifestazione nel contratto in frode alla legge, *ex art.*

⁵⁴ Si v., *ex multis*, Cass., sez. civ., 1048/1986 in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, Cass., sez. civ., n. 672/1976 in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass., sez. civ., n. 1308/1983 in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass., sez. civ., n. 5639/1984 in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>

⁵⁵ Cfr. Cass., sez. civ., n. 13208/2010, in *Giur. it.*, 4/2011: 794 e ss., con nota di RESCIGNO P., *Un nuovo caso di abuso del diritto*.

⁵⁶ Cfr. Trib. Bergamo-Grumello del Monte, 7 luglio 2008, in *Obbl. contr.*, 8/9/2009: 708 e ss., con nota di I.M. GONNELLI, *La clausola risolutiva espressa tra principio di buona fede e importanza dell'inadempimento*.

⁵⁷ Così CARRARO L., *Il valore attuale della massima «fraus omnia corrumpit»*, in *Studi Carnelutti*, vol. III, Cedam, Padova, 1950: 436.

⁵⁸ Cfr. Cass., sez. civ., n. 10511/1999, in *Contratto e Impresa*, 1/2000: 95 e ss., con nota di RICCIO A., *È, dunque, venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva*; Cass., sez. civ., n. 1183/2007, in *Il Foro It.*, 5/2007: 1459 e ss., con nota di PONZANELLI G., *Danni punitivi: no grazie*; Cass., S.U. civ., n. 18128 del 2005, in *Foro it.*, 11/2005: 2985 e ss., con nota di PALMIERI A., *Il potere di diminuire equamente la penale può essere esercitato dal giudice anche d'ufficio*; Cass., sez. civ., n. 16207/2008, in *Foro it.*, 9/2008: 2451 e ss.

1344 c.c. Le parti, in questo caso, raggiungono, mediante accordi contrattuali di per sé leciti, un risultato illecito: si hanno, quindi, l'abuso del mezzo negoziale e la distorsione della sua ordinaria funzione⁵⁹.

In quest'ipotesi viene realizzato un congegno negoziale di per sé lecito, e spesso anche tipico, ma funzionale ad eludere una norma imperativa, spesso di natura fiscale, come evidenziato dall'abbondante giurisprudenza in materia.

C'è da chiedersi se dalla disamina di tali disposizioni possa enuclearsi un principio generale di divieto di esercizio abusivo del diritto; se possano essere colpiti quei comportamenti che, pur integrando formalmente gli estremi dell'esercizio di un diritto, sulla base di criteri non formali e alla luce di circostanze concrete, debbano ritenersi privi di tutela o, addirittura, non leciti.

L'utilizzo dello strumento dell'abuso del diritto ha certamente il fine di porre dei limiti esterni all'autonomia contrattuale, la quale finisce, a volte, per sconfinare oltre ciò che è concesso dal legislatore e dall'ordinamento stesso.

Il principio dell'autonomia contrattuale trova fondamento all'art. 1322 c.c., «autonomia contrattuale» che, al comma 1, riconosce la possibilità, per le parti, di decidere liberamente il contenuto del contratto, nel rispetto dei limiti imposti dalla legge.

Al comma 1 è prevista la facoltà, per le parti, di concludere anche contratti atipici, ovvero che non appartengono ai tipi aventi una disciplina prevista *ex lege*. Tali contratti, però, devono essere volti a realizzare interessi che l'ordinamento ritiene meritevoli di tutela; questo controllo è affidato al giudice che effettuerà un giudizio di meritevolezza sull'interesse perseguito.

In tale ambito assurge a ruolo primario la causa: anche questa può essere sia tipica che atipica, purché sia meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Nel caso di causa atipica si assisterà ad un controllo di meritevolezza da parte del giudice, da effettuarsi tramite i principi dell'ordinamento giuridico, mentre, nel caso di causa tipica bisognerà appurare la concretezza della causa scelta (da intendere come “concreta realizzabilità” della funzione economico sociale – individuale del contratto utilizzato).

⁵⁹ Cfr. Cass., sez. civ., n. 1523/2010, in *Foro it.*, 10/2010: 2825 e ss.

Affermava, già negli anni Sessanta, uno dei più grandi studiosi dell'abuso del diritto: «la dottrina dell'abuso di diritto avverte i legami che corrono tra l'abuso e la mancanza di giusta causa; essa sottolinea come la giusta causa, il motivo legittimo siano la “pietra di paragone” o l’“antidoto” dell'abuso»⁶⁰. Sembra opportuno chiedersi, allora, quale sia, effettivamente, il rapporto tra causa, con particolare riguardo alla teoria della mancanza di causa concreta, e abuso del diritto, se questi viaggino su binari paralleli e si sovrappongano o se, semplicemente, la mancanza di una causa concreta sia un modo attraverso il quale si palesa l'abuso del diritto.

Il fenomeno dell'abuso del diritto può essere visto sotto una triplice angolazione: l'*an*, ovvero la sua esistenza, il *quomodo*, come ‘modo’ attraverso il quale viene individuato l'abuso, il *remedium*, cioè la conseguenza giuridica che l'abuso genera. Dando per assodato che l'abuso del diritto esista, è proprio il *quomodo*, ovvero il criterio, il paradigma, il metro attraverso il quale questo si palesa, uno dei problemi fondamentali.

Ci si domanda, quindi, se la mancanza di correttezza o di causa concreta possano essere due dei modi attraverso i quali l'abuso del diritto si manifesta.

Quelli cui si è accennato rappresentano certamente degli indici normativi che dimostrano la sensibilità del diritto positivo al problema dell'abuso. Ed è proprio da tali disposizioni che prendono ispirazione le elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza, le quali, nel corso del tempo, hanno di volta in volta contribuito a chiarire cosa fosse l'abuso del diritto e, soprattutto, in presenza di quali elementi e di quali condizioni la fattispecie venisse in concreto a configurarsi.

2. *L'interdisciplinarietà del fenomeno*

Il tema dell'abuso del diritto coinvolge tutte le branche del diritto, dal diritto civile al diritto commerciale, a quelli del lavoro, penale, processuale e, in particolare, al diritto tributario il quale forse, ad oggi, ne rappresenta il terreno di studio più fertile.

La difficoltà di giungere ad una categorizzazione dell'abuso del diritto è da individuare proprio nel fatto che proliferi in settori tanto eterogenei. Risulta perciò molto difficile trovare un nucleo essenziale per descrivere l'abuso del diritto che faccia da filo

⁶⁰ RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, op. cit.: 86.

conduttore nei diversi ambiti, come si avverte anche dalla stessa casistica giurisprudenziale sul tema⁶¹.

La nozione di abuso è di norma utilizzata per risolvere situazioni in cui il comportamento di una parte, dietro lo schermo formale del diritto attribuitogli dall'ordinamento stesso, è contrassegnato, nella sostanza, da modalità diverse da quelle previste dal legislatore e preordinato alla realizzazione di obiettivi ulteriori e differenti da quelli collegati tipicamente alla situazione giuridica tutelata.

Altre ipotesi si ritrovano nello specifico settore del diritto societario, ad esempio nelle ipotesi in cui la Suprema Corte ha considerato la deliberazione assembleare di una società di capitali viziata da eccesso di potere, nel momento in cui risultava essere stata adottata dalla maggioranza dei soci a proprio vantaggio esclusivo e a danno dei soci di minoranza, in applicazione dell'art. 1375 c.c., «esecuzione di buona fede», che prevede il dovere di agire in buona fede nell'esecuzione del contratto.

Tale obbligo si riflette anche sull'esercizio del diritto di voto⁶². Perciò, nel caso in cui la delibera adottata sia palesemente in contrasto con l'interesse della società e funzionale agli obiettivi esclusivi e personali dei soci di maggioranza, e sia allo stesso tempo volta a ledere, intenzionalmente, la posizione dei soci di minoranza, si avrà un'ipotesi di abuso del diritto e la deliberazione sarà annullabile⁶³.

⁶¹ Sulle incertezze della giurisprudenza nella ricerca di una definizione univoca di abuso del diritto si v. le riflessioni svolte *infra*, cap. II, sez. I par. 2, e par. 1, sez. II. L'incertezza permea altresì l'ambito comunitario, come emerge dalle decisioni della Corte di Giustizia. Su quest'ultimo punto si v. *infra*, cap. III, sez. I., par. 3.

⁶² Si v. Cass., sez. civ., n. 29776/2008, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, in cui si afferma che «L'assunzione della qualità di socio e dell'obbligo di buona fede nell'adempimento delle obbligazioni, che discendono dal contratto di società, non comportano la preventiva rinuncia del socio ad avvalersi dei propri diritti e facoltà, anche derivanti da rapporti estranei al contratto sociale, ogni qualvolta essi possano in ipotesi rilevarsi lesivi dell'interesse della società; pertanto, l'esercizio di tali facoltà e diritti, ove non sia allegato l'abuso del diritto, non può fondare l'azione di esclusione del socio stesso dalla società». Nel caso di specie si trattava di un socio di s.n.c., locatore di un bene utilizzato dalla società, il quale aveva intimato ad essa lo sfratto per morosità, nonché mancato di approvare il bilancio sociale, richiesto la restituzione di somme mutate alla stessa, esercitato le azioni di messa in liquidazione della società e di revoca dell'amministratore. Sul tema dell'abuso del voto si v. l'interessante contributo di DEL PRATO E., *Voto contro compenso*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4/2015: 167 e ss. Qui l'A. esprime un parere sul seguente quesito: se sia lecita una clausola che prevede un compenso (c.d. *consent fee*) per gli obbligazionisti che votino a favore della modifica proposta. L'A. afferma che tale clausola sarebbe contraria a buona fede ex art. 1375 c.c. e, quindi, invalida (nello specifico si v. 170).

⁶³ Si v. Cass., sez. civ., n. 27387/2005, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, nella quale si afferma: «In applicazione del principio di buona fede in senso oggettivo alla quale deve essere improntata l'esecuzione del contratto di società, la cosiddetta regola di maggioranza consente al socio di esercitare liberamente e legittimamente il diritto di voto per il perseguimento di un proprio interesse fino al limite dell'altrui potenziale danno. L'abuso della regola di maggioranza (altrimenti detto abuso o eccesso di potere) è, quindi,

Anche in ambito lavoristico si fa spesso riferimento al concetto di abuso del diritto. Basti pensare al problema dell'abuso dei diritti del datore di lavoro, noto con il termine "mobbing".

In tali ipotesi il datore di lavoro pone in essere una condotta sistematica e protratta nel tempo, nei confronti del lavoratore e nell'ambiente di lavoro, che finisce per assumere forme di prevaricazione e di mortificazione psicologica, da cui può conseguire la mortificazione morale del dipendente o, addirittura, la sua emarginazione⁶⁴.

La giurisprudenza è concorde nel ritenere che la condotta "mobbizzante" possa estrinsecarsi sia in comportamenti che costituiscono manifestazioni di atti di esercizio di poteri materiali pacificamente illeciti, sia in comportamenti che sono all'apparenza – e quindi formalmente – corretti, ma che in realtà sono sostanzialmente abusivi, poiché esercitati per raggiungere uno scopo diverso da quello tecnico-organizzativo che ne costituisce la causa.

Con il tempo la Giurisprudenza di legittimità ha espanso e dilatato la nozione di ingiustizia del comportamento datoriale, ravvisandone l'antigiuridicità anche in ipotesi di comportamenti materiali o di provvedimenti contraddistinti da finalità di persecuzione e di discriminazione con connotazione emulativa, indipendentemente dalla violazione di precisi e specifici obblighi contrattuali⁶⁵. Anche ad avviso di attenta dottrina si tratterebbe di ipotesi di abuso del diritto nel caso in cui venga posta in essere una condotta pretestuosa e persecutoria, seppur formalmente legittima⁶⁶.

Se l'abuso del diritto consiste nell'esercizio della propria posizione giuridica per un fine diverso da quello riconosciuto dall'ordinamento e si realizza quando l'atto che ne costituisce l'esercizio è dotato di una causa concreta difforme dalla causa astratta tipica,

causa di annullamento delle deliberazioni assembleari allorché la delibera non trovi alcuna giustificazione nell'interesse della società – per essere il voto ispirato al perseguimento da parte dei soci di maggioranza di un interesse personale antitetico a quello sociale – oppure sia il risultato di una intenzionale attività fraudolenta dei soci maggioritari diretta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza *uti singoli*. L'onere di provare che il socio di maggioranza abbia abusato del proprio diritto di voto grava sul socio di minoranza che assume l'illegittimità della deliberazione; nel concreto suo atteggiarsi, detta prova non deve ritenersi limitata ai "sintomi" dell'abuso della regola di maggioranza manifestatasi prima dell'adozione della delibera impugnata, potendo, viceversa, farsi leva su comportamenti o indizi cronologicamente successivi, in grado di rilevarne *ex post* la sussistenza».

⁶⁴ Per un approfondimento sul tema si rinvia a MARINELLI F., *Il mobbing nella giurisprudenza*, in *QDLRI*, 29/2006: 109 e ss. Si v., *ex multis*, Cass., sez. lav., n. 22858/2008, in *Resp. civ. prev.*, 2/2009: 285.

⁶⁵ Così, Cass., sez. lav., n. 4774/2006, in *Foro.it*, 1/2006: 1344, che però, nella specie, esclude la condotta di *mobbing* per mancanza di prova del disegno persecutorio.

⁶⁶ Sul punto si v., in senso conforme, il contributo di PERRINO A.M., *L'ineluttabile agonia del danno da mobbing*, in *Foro.it*, 1/2009: 1377 e ss.

si assiste ad una utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, con il fine di perseguire scopi diversi e ulteriori da quelli indicati dal legislatore. Ovviamente non solo la causa del contratto, ma anche quella dell'atto unilaterale, deve essere conforme a quella attribuitagli dall'ordinamento.

Per quanto concerne i poteri datoriali, la causa consiste nella realizzazione dell'interesse tecnico-organizzativo, quindi ogni atto di esercizio dei poteri del datore di lavoro, diretto a un fine diverso da quello tecnico-organizzativo, può dirsi privo della sua causa tipica e per ciò stesso abusivo⁶⁷.

L'abuso del diritto viene inteso in senso funzionale, perché ricondotto ad una disfunzione della causa, divenendo un vero e proprio limite per tutti quegli atti di esercizio di posizioni giuridiche attive, radicate nel contratto e negli atti di esercizio del potere datoriale, prescindendo dall'appiglio ad una norma specifica.

Parte della giurisprudenza di merito ha espressamente ricondotto il fondamento del divieto di *mobbing* al dovere generale di buona fede nell'esecuzione del contratto di lavoro e al divieto di abuso del diritto nell'esercizio dei poteri datoriali⁶⁸.

In particolare, la Cassazione si è pronunciata di recente sul divieto di abuso del processo, cioè sull'esercizio abusivo e distorto di un proprio diritto all'interno di un giudizio, applicando tali principi ad un rapporto di lavoro⁶⁹.

Questi rappresentano solo alcuni tra i settori più "caldi" in cui si riscontra l'applicazione giurisprudenziale, ma anche dottrinale, dell'abuso del diritto.

2.1. L'abuso nel diritto tributario

Considerata la matrice civilistica del tema ma, al tempo stesso, la dimensione interdisciplinare in cui esso si concretizza, non ci si può esimere dall'effettuare un approfondito confronto tra l'abuso del contratto nel sistema privatistico e l'abuso in materia tributaria. Per inciso, è appena il caso di precisare che si tratta di due "dimensioni di-

⁶⁷ Per approfondimenti sul tema si v. CARINCI M.T., *Il Bossing fra inadempimento dell'obbligo di sicurezza, divieti di discriminazione e abuso del diritto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2/2007: 133 e ss.

⁶⁸ Tribunale di Lecce, sez. lav., 9 giugno 2005, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>

⁶⁹ Cass., sez. lav., n. 4016/2016, in *CED Cassazione*, con riferimento all'impossibilità di frazionamento in diversi giudizi di una pretesa creditoria unica.

verse”, che sottendono due sfere distinte di interessi: nel civile l’interesse che maggiormente viene protetto con l’applicazione del principio del divieto di abuso del diritto è l’equilibrio contrattuale delle parti, mentre, nel tributario viene tutelato l’interesse pubblico, su cui il sistema tributario è improntato.

Ad oggi il tributario è tra i settori di maggiore interesse, sia in ragione del frequente impiego strumentale e improprio del contratto, sia per la vitalità dimostrata dalla giurisprudenza in materia ma, soprattutto, alla luce dei nuovi interventi normativi (ci si riferisce al D.Lgs. n. 128/2015⁷⁰).

L’abuso del diritto nel tributario ha conosciuto, negli ultimi anni, una diffusione particolarmente rilevante.

In tale campo, il lavoro di ricerca affronterà l’abuso del diritto tramite l’analisi degli strumenti classici dell’ermeneutica, constatando come si arrivi ad un intreccio tra lo strumento della clausola generale antiabuso e il principio di divieto d’abuso del diritto sviluppatosi a livello europeo, concretizzazione del più ampio principio dell’effettività del diritto dell’Unione europea⁷¹.

Il tema dell’abuso del diritto risulta ancora di grande attualità, sia in materia civile che in materia tributaria. Originariamente era riconducibile perlopiù alle risalenti teorie civilistiche⁷² ma, negli ultimi anni, si è diffuso ampiamente anche in altri settori del diritto fra cui, segnatamente, quello del diritto tributario.

Peraltro si consideri che, per sua natura, la norma tributaria si presenta come cosiddetta norma di secondo grado che, per poter configurare un presupposto impositivo, necessita a monte di istituti civilistici quali i contratti e i diritti reali.

Affinché vi sia un prelievo tributario è necessario che preesistano elementi rilevanti in termini di patrimonio, reddito o consumo i quali, per loro natura, non possono prescindere da relazioni civilistiche o commerciali.

Pertanto, ogni qualvolta la giurisprudenza tributaria si è trovata a dover affrontare tematiche non riconducibili alle specifiche e analitiche norme antielusive (antiabusive) tributarie (in primo luogo l’articolo 37 *bis* del dpr. 600/1973, oggi abrogato), ha trovato

⁷⁰ D.Lgs. 5 agosto 2015, n. 128, *Disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente, in attuazione degli articoli 5, 6, 7 e 8, comma 2, della Legge 11 marzo 2014, n. 23* (GU Serie Generale n. 190 del 18 agosto 2015).

⁷¹ I riferimenti sono, nello specifico, alle sentenze *Halifax* e *Cadbury Schweppes*.

⁷² ROTONDI M., *L’abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ., op. cit.*; NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ., op. cit.*; RESCIGNO P., *L’abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1/1965: 258 e ss.

agevole disconoscere gli “indebiti” vantaggi fiscali del contribuente, rilevanti sul piano della norma tributaria come norma di secondo grado, utilizzando istituti civilistici, rilevanti nel diritto civile, di per sé presupposto primario rispetto alla norma tributaria.

A cavallo del 2000, la Cassazione ha, di volta in volta, disconosciuto gli indebiti vantaggi fiscali colpendo alla radice i contratti mediante i quali essi venivano perseguiti e realizzati: a volte si è privato di effetti fiscali il contratto ritenendolo al tempo stesso privo di effetti civilistici per nullità da illiceità della causa *ex art. 1343 c.c.*, giungendo a configurare le norme tributarie come norme imperative⁷³; altre volte, valorizzando il profilo patologico del contratto come mezzo, se non di diretta violazione, di aggiramento, ovvero, come mezzo per eludere l’applicazione di norme imperative *ex art. 1344 c.c.* Ancora, una tale improduttività di effetti si è fatta derivare dalla nullità per motivo illecito *ex art. 1345 c.c.*

Molto acutamente, in talune sentenze, l’improduttività degli effetti è stata fatta emergere dalla nullità per mancanza di causa in concreto, configurandola come mancanza di uno dei requisiti essenziali del contratto *ex art. 1325 n. 2 e 1418, comma 2.* Spesso, ma in modo quanto mai confuso, sono stati utilizzati gli istituti della simulazione assoluta e relativa e dell’interposizione fittizia di persona⁷⁴.

Talvolta, infine, si è fatto uso del principio di prevalenza della sostanza sulla forma, ovvero del principio di divieto di abuso del diritto desumibile dal diritto dell’Unione Europea⁷⁵.

Questi importanti orientamenti giurisprudenziali, basati sulla centralità degli istituti civilistici, sono stati poi clamorosamente spiazzati dalle note sentenze gemelle delle Sezioni Unite⁷⁶ che sono giunte a qualificare il principio di capacità contributiva, ovvero il dovere di concorrere alle pubbliche spese *ex art. 53* della Costituzione, come norma precettiva direttamente operante nel sistema normativo e tale da consentire il disconosci-

⁷³ Cassazione, sez. trib., nn. 20816/2005 e 20816/2005, in *Dir. prat. Soc.*, 12/2006: 83 e ss., con nota di MARSIGLIA G., “*Dividend washing*”: simulazione o nullità del contratto per frode alla legge.

⁷⁴ Si v., *ex multis*, Cass., sez. trib., n. 20398/2005, in *Corr. trib.*, 47/2005: 3729 e ss., con nota di COMMITTERI G. M., SCIFONI G., *Tassabili i proventi derivanti dal “dividend washing”*.

⁷⁵ Corte di Giustizia, 21 febbraio 2006, causa c-255/02.

⁷⁶ Cass. S.U. civ., n. 30055/2008 e Cass. S.U. civ., n. 30055/2008, in *Riv. giur. trib.*, 3/2009: 126 e ss., con nota di LOVISOLO A., *L’art. 53 cost. come fonte della clausola generale antielusiva ed il ruolo delle “valide ragioni economi-che” tra abuso del diritto, elusione fiscale ed antieconomicità delle scelte imprenditoriali*; Cass. S.U. civ. 30057/2008, in *Corr. trib.*, 6/2009: 403 e ss., con nota di LUPI R., STEVANATO D., *Tecniche interpretative e pretesa immanenza di una norma generale antielusiva*.

mento di tutti gli indebiti vantaggi fiscali ottenuti mediante contratti, atti, o comportamenti identificati come abusivi, ovvero aggiratori rispetto al dovere di contribuire. Tuttavia, in queste sentenze, il problema degli effetti civilistici degli atti è stato del tutto trascurato. Del resto, però, lo stesso articolo 37 *bis* (dpr. n. 600/1973), *medio tempore* vigente, si disinteressava totalmente degli effetti civilistici delle operazioni elusive.

Invero tale norma, laddove per limitate e tassative operazioni consentiva all'Amministrazione finanziaria il disconoscimento dei vantaggi fiscali indebitamente fruiti dai contribuenti in presenza di comportamenti aggiratori o elusivi di obblighi o divieti tributari, senza valide ragioni economiche, posti in essere proprio per ottenere vantaggi fiscali altrimenti non dovuti, trascurava del tutto il problema degli effetti civilistici di tali operazioni. L'art. 37 *bis* infatti si limitava a contemplare l'improduttività di effetti fiscali delle operazioni fiscalmente elusive⁷⁷. Conseguentemente, restava aperto il problema degli effetti, nei rapporti di diritto civile, di tali operazioni. Infatti, una delle domande che ci si pone, e alla quale si tenterà di rispondere nel prosieguo della trattazione, è la seguente: quel determinato contratto che, nei rapporti di diritto tributario, risulta abusato, e quindi inopponibile all'Amministrazione finanziaria, che sorte ha nei rapporti di diritto civile?

Dopo anni di dibattiti dottrinali e di scontri giurisprudenziali sulla configurabilità del divieto di abuso del diritto in materia tributaria come principio direttamente desumibile dal dovere di contribuzione *ex art. 53 Cost.*, un recente intervento legislativo del 2015 ha introdotto una clausola generale antiabuso.

Ad oggi, secondo il nuovo art. 10 *bis* dello Statuto dei diritti del contribuente, rubricato "Disciplina dell'abuso del diritto ed elusione fiscale": «configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. Tali operazioni non sono opponibili all'Amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi». Ancora una volta l'approccio tributario, settoriale, lascia irrisolto il problema degli effetti civilistici delle condotte abusive.

⁷⁷ Sul punto si v., in particolare, GALLO F., *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, in *Dir. prat. trib.*, 1/1992: 1765 e ss.

3. Lo svolgimento della ricerca

Il lavoro di ricerca si propone di svolgere, *in primis*, un'analisi ricognitiva dell'abuso del diritto in ambito contrattuale, partendo dalle origini del fenomeno, fino allo stato dell'arte. Ci si riserva di trattare con peculiare riguardo il profilo della trasversalità dei principi e delle clausole generali forniteci dal diritto privato con particolare attenzione alle ricostruzioni giurisprudenziali, che sono sempre più inclini a privilegiare il divieto di abuso del diritto rispetto alle fattispecie collaterali codificate quali simulazione, e interposizione. In questa prima parte ci si soffermerà sui ragionamenti e sulle tesi avanzate, nel tempo, dai principali autori che si sono occupati dell'argomento.

In seconda battuta, considerata la matrice civilistica del tema e, al tempo stesso, la dimensione interdisciplinare dell'argomento, sarà effettuato un confronto tra l'abuso del contratto nel sistema privatistico e l'abuso in materia tributaria.

Sarà poi approfondito il problema, particolare e centrale in questo lavoro, delle conseguenze civilistiche di un contratto "fiscalmente inquinato". Ciò con il fine di riaffermare la primazia e la centralità del diritto privato con riferimento all'abuso contrattuale, e di dimostrare la necessità di ricollocare il contratto, la meritevole e genuina volontà delle parti, nonché la causa, al centro della produzione degli effetti.

Si tenga presente che l'abuso del diritto deve la sua notorietà anche al quasi spropositato utilizzo che ne ha fatto la giurisprudenza comunitaria, dando luogo ad un impiego, probabilmente esagerato, dello strumento e creando una sorta di "abuso dell'abuso".

Sembra che il diritto giurisprudenziale non solo nazionale⁷⁸, ma anche europeo, si stia orientando verso soluzioni anti-formalistiche e talvolta soggettivistiche, in modo non sempre consapevole. Alla luce di ciò saranno analizzate anche le più importanti decisioni della Corte di Giustizia sul tema.

⁷⁸ Sul tema, con riguardo specialmente all'abuso nel diritto tributario si v., in particolare, ZIZZO G., *L'abuso dell'abuso del diritto*, in *Riv. giur. trib.*, 2008: 465 e ss.; MARONGIU G., *Abuso del diritto o abuso del potere?*, in *Corr. Trib.*, 13/2009: 1076 e ss.; DE CARIA R., *La nuova fortuna dell'abuso del diritto nella giurisprudenza di legittimità: la Cassazione sta abusando dell'abuso? Una riflessione sul piano costituzionale e della politica del diritto*, in *Giur. Cost.*, 2010: 3627 e ss. Per considerazioni critiche sulla giurisprudenza della Cassazione si v. anche l'approfondito contributo di CONTRINO A., *Il divieto di abuso del diritto fiscale: profili evolutivi, (asseriti) fondamenti giuridici e connotati strutturali*, in *Dir. prat. trib.*, 1/2009: 463 e ss.

Meritano altresì una specifica analisi i più recenti processi di positivizzazione della categoria dell'abuso del diritto. Si approfondiranno soprattutto gli *input* fornitici dal diritto europeo all'art. 54 della Carta di Nizza.

In quest'ottica si faranno accenni anche alle diverse applicazioni del divieto di abuso all'interno dell'Unione, specialmente ai sistemi giuridici degli Stati membri che sono giunti a consacrare il divieto di abuso del diritto in una norma positiva (ad esempio l'Austria), nonché all'ordinamento tedesco, che, similmente all'Italia, non ha mai positivizzato il divieto di abuso del diritto all'interno del codice civile ma, sia la dottrina che la giurisprudenza, ne hanno fatto ampio utilizzo, spesso riconducendolo al divieto di atti emulativi e al principio generale di buona fede. Inoltre, l'ordinamento tedesco ha costituzionalizzato l'abuso del diritto e ciò rappresenta certamente una peculiarità.

CAPITOLO I

DALL'*AEMULATIO* ALL'ABUSO DEL DIRITTO CONTRATTUALE OGGI

Sezione I

Il definitivo superamento del principio *qui suo iure utitur neminem laedit*

SOMMARIO: Premessa introduttiva. 1. Le radici del divieto di abuso del diritto: l'*aemulatio*. 2. Il divieto nel *Code Napoleon* del 1804 e nel codice civile italiano del 1865. 3. L'abuso del diritto nel progetto del codice italo-francese, nel progetto preliminare del codice del 1942 e nei lavori dell'Assemblea Costituente. 4. Gli orientamenti della dottrina italiana.

Premessa introduttiva

Come anticipato nell'introduzione, il primo capitolo del presente lavoro si propone, tra gli obiettivi, quello di indagare sulla conformazione dell'abuso del diritto, a partire dalle sue radici.

A tal fine, la sezione I verrà dedicata all'*iter* ricostruttivo dell'istituto. Si partirà dall'analisi della figura dell'*aemulatio*, cercando di comprendere il suo ruolo nel diritto romano e i punti di connessione con l'abuso del diritto inteso in senso moderno.

Una volta individuate le sue radici storiche ci si soffermerà sul divieto di abuso del diritto all'interno del *Code Napoleon* in quanto, da sempre, l'ordinamento francese ha costituito un esempio per il nostro sistema civilistico e sul progetto preliminare al codice civile italiano del 1942.

In chiusura della sezione I sarà effettuata un'analisi dei primi orientamenti dottrinali, intesi a riconoscere la configurabilità giuridica dell'abuso del diritto dopo la stesura del codice civile.

Sarà messo in evidenza l'orientamento prevalente: è ormai riconosciuto all'abuso un ruolo centrale, non solo nel campo della proprietà, ma anche, e soprattutto in ambito contrattuale. Vi è, in sintesi, il superamento della concezione che ritiene l'abuso "derivante" dagli atti emulativi in senso stretto.

Si è ritenuto che una breve ricognizione dell'istituto in tal senso rappresenti il presupposto necessario, sia per poter passare a parlare dell'istituto dell'abuso del diritto "oggi", specialmente, come si vedrà, nel diritto contrattuale, sia per poter comprendere come mai nei confronti di questo istituto vi sia ancora tanta diffidenza.

1. *Le radici dell'abuso del diritto: l'aemulatio*

La figura del divieto di abuso del diritto giunge fino alla cultura giuridica moderna attraverso la rielaborazione dell'antico concetto romano di *aemulatio* da parte dei giuristi del diritto comune¹. La questione degli atti emulativi, sottospecie della più vasta categoria degli atti di abuso, è sempre stata molto dibattuta e le fonti in materia si mostrano tutt'altro che univoche.

Sembrerebbe che nel diritto romano classico il termine *aemulatio* avesse un significato non del tutto corrispondente a quello moderno di 'atto emulativo'.

Si ritiene che in antichità l'espressione volesse indicare l'imitazione, motivata da invidia e atta a suscitare risentimento, presentando, in comune con l'odierna nozione di abuso, soltanto la rilevanza dell'intenzione malevola, quale criterio per affermare la non meritevolezza di un qualsiasi tipo di tutela, o l'illiceità di un atto altrimenti lecito.

Tra l'altro, sembrerebbe che la regola dell'*aemulatio* riguardasse, in origine, il diritto pubblico più che i rapporti tra i privati, e che essa fosse volta essenzialmente a proibire al privato cittadino l'edificazione di una nuova opera (*opus novum*), normalmente consentita quando l'opera stessa fosse volta *ad aemulationem alterius civitatis*, ovvero idonea a suscitare rivalità tra città². Infatti, nella legge del Digesto si vietava ai privati di erigere nuove opere in una città, senza l'approvazione del sovrano, quando, essendo fatte per gareggiare con altre città, avrebbero potuto creare gelosie e pubblici disordini³.

¹ Per un'approfondita ricostruzione storica sul tema si v.: SCIALOJA V., voce '*Aemulatio*', in *Studi Giuridici*, vol. III, *Diritto privato*, Roma, 1932: 216-259; ROTONDI M., *L'abuso del diritto. Aemulatio*, Cedam, Padova, 1979: 36 e ss.; GUALAZZINI U., *Abuso del diritto (diritto intermedio)*, in *Enc. Dir.*, I, Giuffrè, Milano, 1958: 38 e ss.

² GROSSO G., *Atti emulativi (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959: 27 e ss.; ROTONDI M., *L'abuso del diritto. Aemulatio*, Cedam, Padova, 1979: 38 e ss.

³ SCIALOJA V., *op. cit.*: 217.

Da altre fonti, tuttavia, si ricavano indicazioni in merito all'esistenza di un divieto per il proprietario di compiere atti che, seppur formalmente rientranti nell'ambito delle sue prerogative, fossero idonei a cagionare danni ad altri proprietari, come nel caso dello *ius tollendi*⁴ e degli atti che comportassero la recisione di sorgenti d'acqua con pregiudizio di altri proprietari⁵.

Non di rado il diritto di proprietà dei Romani fu rappresentato, dalla dottrina, come tendenzialmente assoluto e tale da non incontrare alcun limite nelle modalità intenzionalmente dannose del suo esercizio⁶. Ciò, sulla scorta di quelle fonti che sembrano negare la possibilità di sindacarne l'esercizio sulla base della eventuale intenzione 'malevola' del proprietario.

Tuttavia, parte della dottrina romanistica ha rilevato che, pur in assenza di un divieto generale di abuso del diritto di proprietà attraverso regole specifiche, determinati comportamenti del proprietario, ispirati dal solo scopo di cagionare un danno, venissero sanzionati come illeciti, estromettendo in questo modo la rilevanza giustificativa del principio, che pure emerge dalle fonti, «*qui suo iure utitur neminem laedit*⁷».

Il brocardo starebbe a sottolineare l'assoluta insindacabilità di qualsivoglia forma di esercizio di un diritto rispettoso dei limiti legalmente stabiliti.

Alla massima si sono "ancorati" coloro che negano il divieto degli atti di emulazione. Essi si sono basati su alcuni principi romani – oltre al già nominato «*neminem laedit qui suo iure utitur*»⁸, ci si riferisce ai brocardi «*non videtur vim facere, qui iure suo utitur et ordinaria actione expeditur*»⁹, «*nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod tacere*

⁴ Lo *ius tollendi* è il diritto di "separare". Consiste nel diritto del proprietario dei materiali con i quali il proprietario del suolo ha fatto costruzioni, a chiederne la separazione, se essa può farsi senza recare grave danno all'opera costruita.

⁵ RICCOBONO S., *La teoria dell'abuso del diritto nella dottrina romana*, in *Bollettino dell'istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"*, 5/939: 1 ss.

⁶ SCIALOJA V., voce '*Aemulatio*', *op. cit.*: 236 e ss. L'A. riprende a dimostrazione dell'inesistenza del divieto di atti di emulazione diversi frammenti della dottrina romanistica, mettendoli a confronto con le tesi di chi sosteneva, all'epoca, l'esistenza del divieto.

⁷ BARTOSEK M., *Sul concetto di atto emulativo specialmente nel diritto romano*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano e storia del diritto. Verona 27-28-29-IX-1948*, vol. III, Giuffrè, Milano 1951: 189-237. Per una trattazione generale di queste questioni si v. anche LONGCHAMPS DE BÉRIER F., *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Utet, Torino 2013.

⁸ «Colui che esercita un proprio diritto non nuoce a nessuno». Ci si è spesso serviti della massima per contrastare l'esistenza del divieto di atti emulativi nonché, più in generale, come argomento contro l'esistenza nel diritto romano del divieto di abusare del diritto, ossia della possibilità di esprimere opposizione contro l'abuso delle facoltà. Il brocardo fu formulato probabilmente nel Medioevo.

⁹ «Colui che esercita un proprio diritto e intenta una causa ordinaria non sembra compiere un atto di "forza"», D. 50.17.155.1 (Paul. 65 ed.).

ius non habet»¹⁰ – e, generalizzandoli oltre il loro significato, hanno portato avanti l’idea che se l’atto, ovvero l’esercizio di un diritto, è di per sé lecito, non può trasformarsi in illecito a causa dell’intenzione di chi lo compie. Questa parte della dottrina ritiene che sostenere l’esistenza del divieto di atti emulativi significa confondere le idee di diritto con quelle di etica, cosa che sarebbe avvenuta nel Medioevo.

Nell’età del diritto intermedio, infatti, la materia dell’*aemulatio* viene approfondita in relazione ai rapporti di vicinato. Per giustificare il divieto, il carattere emulativo dell’atto del proprietario viene collegato alla presenza dell’*animus nocendi*, che assume particolare rilievo anche sulla scorta dell’influsso della morale cristiana¹¹.

Attraverso la dottrina intermedia era passata come *opinio communis*, sia nella dottrina che nella giurisprudenza italiana e francese, l’esistenza di un divieto generale di atti emulativi. Considerato che le fonti medievali facevano derivare le loro costruzioni dalle fonti romane, si ripeteva che anche per il diritto romano vigesse un divieto assoluto e generale di atti emulativi, corroborando l’affermazione con gli aforismi conservatici nel *Corpus Iuris Civilis*, specialmente in materia di acque.

I giureconsulti medievali costruirono una complessa teoria nella quale compresero i casi più eterogenei. Essi consideravano vietata ogni opera che fosse grave nocimento al vicino, senza utilità di chi edifica, o con un’utilità sproporzionata rispetto al danno dell’altro.

Il fine malizioso dell’atto emulativo veniva correlato con il profilo utilitaristico, affermandosi l’idea che la ragione del divieto degli atti di emulazione potesse essere trovata nella inutilità dell’atto per il titolare del diritto, unita alla sua nocività per i terzi¹².

¹⁰ Letteralmente “Nessuno arreca danno, se non chi compie un’azione che egli non ha il diritto di compiere”, D.50.17.151 (Paul. 64 ed.).

¹¹ La morale cristiana esaltò al massimo i doveri dei singoli nella comunità, la fratellanza tra gli uomini, e vietò quelle azioni che arrecassero danno ad altri. Si vedano sul tema: GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, Giuffrè, Milano, 1995: 474 e ss.; ASTUTI G., *Atti emulativi (dir. intermedio)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959: 30 e ss.; GUALAZZINI U., *Abuso del diritto (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, vol IV, Giuffrè, Milano: 164 e ss. L’ideologia cattolica avrà in epoca contemporanea un certo rilievo nell’elaborazione della dottrina dell’abuso soprattutto in ambiente francese; cfr. RESCIGNO P., *Abuso del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998: 33 e ss. L’altra tradizione ideale alla quale il medesimo Autore attribuisce un ruolo rispetto alla costruzione dell’idea dell’abuso del diritto (in particolare entro quei sistemi, come quello italiano e francese, caratterizzati dall’assenza di espresse previsioni legislative) è, come noto, quella “socialista” (termine da intendersi secondo le precisazioni dell’Autore).

¹² Si può menzionare ad esempio il divieto di aprire vedute al fine di rendere possibili sguardi indiscreti sul fondo del vicino.

Ciò conduceva ad eludere la prova positiva dell'*animus*, impiegando nella prassi, a dispetto dell'assunto secondo il quale *aemulatio non praesumitur*¹³, l'assenza di utilità dell'atto per il suo autore come criterio da cui presumere l'intenzione di nuocere e, quindi, l'abusività dell'atto¹⁴.

Si creò una tendenza che portò all'elaborazione di un sistema di presunzioni in base alle quali determinati tipi di atti, dannosi per i terzi e connotati dall'inutilità per l'autore, venivano giudicati *ipso facto* "emulativi"¹⁵.

La tecnica delle presunzioni faceva operare il divieto di atti emulativi a prescindere dalla prova del dolo specifico dell'autore dell'atto, prendendo la forma di un sistema di regole e limiti obbiettivi all'esercizio del diritto di proprietà che davano luogo ad una responsabilità sostanzialmente oggettiva¹⁶.

Le più estese applicazioni del divieto di atti emulativi sono sorte nel diritto giustiniano; dopo il lavoro preparatorio della Glossa, i glossatori ne fecero ampio utilizzo. Essi applicarono il divieto a fattispecie non previste dalle fonti romane e, approfittando dell'elasticità cui si prestava il divieto per l'esistenza del suo elemento subbiettivo, ne ampliarono il fondamento testuale proveniente dalle fonti romane e costruirono una dottrina autonoma e generale sul divieto stesso.

Le presunzioni, basate in gran parte su elementi puramente materiali, riescono a cristallizzare il principio del divieto entro un gran numero di casi nei quali a poco a poco, offuscandosi la vera *ratio* giuridica del divieto, non si avvertono più che delle limitazioni obiettive all'esercizio del diritto che vanno a collocarsi accanto a tutta la vasta serie delle limitazioni al diritto di proprietà.

Tutti questi casi assumono vita autonoma e indipendente, il principio generale ed astratto si perde e si assiste alla scomparsa del divieto, probabilmente provocata dal prevalere delle dottrine giusnaturalistiche che formarono l'ambiente spirituale e filosofico delle prime codificazioni.

¹³ Il riferimento è ad Alciato, «*Opus in suo facies, non praesumitur nocendi animo tacere*».

¹⁴ V. diffusamente SCIALOJA V., voce '*Aemulatio*', *op. cit.*: 217 e ss.; ROTONDI M., *L'abuso del diritto. Aemulatio*, *op. cit.*: 95 e ss.

¹⁵ Ci si riferisce, ad esempio, all'apertura di una veduta secondo modalità tali da danneggiare il vicino, quando sarebbe stato possibile aprirla senza danni, all'erigere una costruzione inutile sul confine del fondo vicino; al costruire mulini danneggiando mulini sottostanti.

¹⁶ GAMBARO A., voce *Abuso del diritto - II) diritto comparato e straniero*, in *Encic. giur.*, vol. I, Roma, 1988: 3; M. ROTONDI, *L'abuso del diritto. Aemulatio*, *op. cit.*: 107 e ss.

A provocare questo cambiamento di tendenza è anche la separazione, che va sempre più accentuandosi, tra: diritto, morale, religione. Queste tre diverse norme etiche, che nell'età di mezzo erano state spesso confuse, vengono ora a distinguersi in maniera netta.

Nella teorica dell'*aemulatio* l'elemento morale costituisce una parte importante, per cui si comprende che, con il prevalere delle nuove idee dettate dal giusnaturalismo, il divieto non possa più trovare la stessa approvazione.

A ciò si aggiunga che alla nuova concezione filosofica il sistema giuridico appare come un sistema di logiche deduzioni formate da pochi principi fondamentali ben definiti, tra i quali spicca il principio individualista.

Ulteriore elemento da non trascurare è la rinascita del diritto romano. Più che il diritto giustiniano, però, risorge il diritto classico, maggiormente caratterizzato da idee rigidamente individualistiche¹⁷. In esso la scuola del diritto naturale vede una sorta di *ratio scripta*, in cui si applicano tutti i postulati della sua concezione giuridica e del diritto romano classico, che forma la base per le future codificazioni del diritto privato.

Allora, se si considerano le scarse ed eccezionali applicazioni del divieto degli atti compiuti *animo nocendi* nel diritto giustiniano, se si tiene presente che tale divieto è assolutamente estraneo al diritto classico e che è appunto questo che risorge come il più affine alle rinate tendenze individualistiche, si comprende come fosse naturale che le nuove codificazioni segnassero per la teorica dell'*aemulatio* un vero e proprio declino.

Tra i tanti sostenitori dell'inesistenza del divieto di atti emulativi non ci si può esimere dal nominare il Rotondi e lo Scialoja.

Rotondi sostiene che nel diritto romano i casi di abuso del diritto, e nella specie gli atti di emulazione, non abbiano rilevanza giuridica, ma esclusivamente sociale.

Negli anni dell'elaborazione della teoria del divieto di atti emulativi era diffuso il convincimento che tale figura rappresentasse un concetto di natura etico-morale e non una nozione giuridica, con la conseguenza che colui che abusava di un diritto veniva considerato meritevole di biasimo, ma non di sanzione da parte dell'ordinamento¹⁸.

¹⁷ Sul tema della dottrina giusnaturalistica e la sua influenza sulle prime codificazioni, si v. G. SOLARI, *La scuola del diritto naturale nelle dottrine etico-giuridiche dei secoli XVII e XVIII*, Bocca, Torino, 1904, specialmente: *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, vol. I, *L'idea individuale*, Bocca, Torino, 1911.

¹⁸ Come detto in precedenza, intransigente nei confronti della figura dell'abuso del diritto è ROTONDI M., *L'abuso del diritto. Aemulatio*, op. cit.: 105 e ss.; secondo l'A. l'abuso del diritto «è un fenomeno sociale, non un concetto giuridico, anzi uno di quei fenomeni che il diritto non potrà mai disciplinare in tutte le sue

Da un'analisi delle fonti si dovrebbe propendere per l'inesistenza, sia nel diritto classico, che nel diritto giustiniano, di un divieto generale¹⁹.

Sostenere tale tesi elimina l'antinomia cui incappava la soluzione tradizionale davanti alle affermazioni, spesso trasformate in brocardi correnti, come il «*nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*»²⁰, il «*nemo damnum facit nisi qui id fecit quod facere jus non habet*»²¹, il «*qui iure suo utitur neminem laedit*», accordandosi perfettamente con essi.

Scialoja, che fu tra i primi a reagire a coloro che sostenevano l'esistenza di un generale divieto di atti emulativi, arrivava a tali conclusioni: «Gli atti di emulazione non sono proibiti. Il proprietario può fare tutto ciò che sia compreso nei limiti oggettivi del suo diritto, senza che sia ammessa l'indagine circa la sua intenzione»²² e ancora, «riassumendo, dunque, diremo che non vi è divieto degli atti di emulazione, come tali; che il proprietario è libero nelle sue azioni quando non ne derivi un conflitto di diritti; che finalmente nel caso di conflitti di diritti, dei quali uno abbia il suo fondamento e la sua sostanza nell'utilità di chi lo esercita, quest'ultimo diritto, mancando la utilità, deve venir meno»²³.

applicazioni che dono imprevedibili: è uno stato d'animo, è la valutazione etica di un periodo di transizione, è quel che si vuole, ma non una categoria giuridica, è ciò per la contraddizione che sol consente».

¹⁹ Si v. sul tema BRASIELLO T., *Il cosiddetto abuso del diritto e gli atti di emulazione*, in *Problemi di diritto romano esegeticamente valutati*, Il Mulino, Bologna, 1954. Tale problema è collegato a quello dei rapporti tra diritto e morale, in quanto una certa attività potrebbe essere conforme al diritto, ma condannata dall'etica. L'A. sostiene che d'altronde non è possibile non tenere distinti il diritto e la morale, perché le due norme hanno caratteristiche diverse, poiché il diritto trasfonde in qualcosa di tecnico, quasi di strumentale, quelli che possono dirsi precetti morali. L'esigenza di dare sempre un carattere di giuridicità al divieto di un atto da parte del diritto ha dato luogo a vari tentativi e a varie posizioni. Da un lato alcuni studiosi hanno creduto di dovere assolutamente escludere la possibilità del divieto di un esercizio, che appaia conforme al diritto, anche se non conforme alla morale. Altri autori sono invece convinti che tali atti devono essere vietati dal diritto, e hanno tentato di dare al divieto una base giuridica. L'A. evidenzia che il piano più vasto è quello dei cosiddetti atti di emulazione. Gli atti di emulazione, detti anche di *chicane*, sono quelli appunto compiuti dal proprietario di una cosa, in particolare di un fondo, nell'esercizio di un'attività che sarebbe lecita, ma che viene esercitata proprio per molestia o dispetto al vicino. Si è andati però anche oltre e fuori del campo della proprietà. Per ciò che riguarda il divieto degli atti di emulazione, certo questa espressione è una creazione dei giuristi dell'età di mezzo. Infatti il testo da cui è sorta non aveva una portata così generale. Non esiste nemmeno una vera e propria categoria. Le ipotesi in cui effettivamente si riscontra sono ben poche rispetto alle tante introdotte dai giureconsulti medievali.

²⁰ «Colui che esercita il proprio diritto non si ritiene rechi alcun danno».

²¹ «Nessuno arreca danno se non colui che ha compiuto un'azione che non ha il diritto di compiere».

²² SCIALOJA V., voce *'Aemulatio'*, *op. cit.*: 439.

²³ *Ibidem*. Sul tema si v. anche ATZERI-VACCA F., *Sulla dottrina degli atti ad emulazione: appunti*, Cagliari, 1886. In senso contrario al precedente A. si v. ANCONA E., *Degli atti ad emulazione nell'esercizio del diritto di proprietà* in *Archivio Giuridico*, 52/1893: 315 ss. Dall'esame dei frammenti romani l'A. trae la conclusione che anziché essere una costruzione medievale come vorrebbe lo Scialoja, «a teoria degli atti emulativi traesse le sue basi dallo spirito del diritto romano: nel medioevo le speciali condizioni politiche,

Tra i tanti autori che si espressero sul tema va menzionato anche il Perozzi, che affermò: «Dogmaticamente così Giustiniano crea semplicemente delle nuove limitazioni legali della proprietà immobiliare». Si tratta di norme che non riguardano neppure in generale i rapporti di vicinanza, ma semplicemente fanno parte di una vasta riforma giustiniana in materia di acque, ispirata al principio dell'utilità sociale. L'Autore conclude affermando che anche le interpolazioni di quei testi tanto dibattuti non applicano il divieto degli atti emulativi, ma pongono limitazioni obiettive all'esercizio di un diritto, le quali trovano fondamento in ragioni di utilità sociale²⁴.

Stando al brocardo «*qui iure suo utitur neminem laedit*», chi è titolare di un diritto non può incorrere in responsabilità soltanto perché decide di esercitare legittimamente tale diritto violando un principio implicito, insito nell'ordinamento.

Contrariamente, si qualificerebbe 'danneggiante' colui che ha agito *in iure*, nell'esercizio del proprio diritto, ma che ne avrebbe anche abusato.

Già la radice etimologica del termine "abuso", ovvero "*ab-uti*", allude ad un uso anormale o non usuale di un potere, tale da rendere il comportamento tenuto dal soggetto 'eccedente' la sfera delle prerogative esercitabili, ovvero in contrasto con gli scopi etici e sociali per cui il potere stesso viene riconosciuto e protetto dall'ordinamento giuridico positivo.

In latino il verbo 'abusare' viene utilizzato nell'accezione, non solo di giovare e usufruire, ma anche di "fare cattivo uso di qualcosa", nonché consumare del tutto qualcosa o dilapidare²⁵.

il predominio dell'elemento religioso, le esorbitanti prepotenze dei signori feudali hanno certamente favorito a dare maggiore sviluppo alla nostra teoria ed anche certe volte a falsarne il concetto, applicandola a casi cui essa non avrebbe dovuto certamente riferirsi, ma ciò non toglie che il principio sia esclusivamente romano». Ancora si v. sul tema PEROZZI S., *Il divieto di atti d'emulazione e il regime giustiniano delle acque private*, in *Archivio Giuridico*, vol. 53, 1984: 350 e ss.

²⁴ L'A. afferma che il pensiero giustiniano «si riduce a un principio di utilità sociale, che prende la forma di un'equità naturale, secondo la quale vanno regolati i conflitti d'interesse rispetto alle acque quando questi conflitti esistano, e che senz'altro fa stabile norme, per le quali sia assicurato il più pieno godimento delle acque a favore di più fondi, che non sia possibile».

²⁵ Per un ulteriore approfondimento, si rimanda a BIGLIAZZI GERI L., *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Utet, Torino, 1988, secondo cui «l'abuso attiene non all'estensione del contenuto del diritto, ma alle sue modalità di esercizio: l'atto abusivo pertanto non è un'ipotesi di eccesso dal diritto (perché non fuoriesce dal suo contenuto), ma di cattivo esercizio dello stesso». Per una migliore disamina dei concetti di eccesso del diritto, abuso del diritto e abuso di potere, si richiamano inoltre BUSNELLI F. E NAVARRETTA E., *Abuso del diritto e responsabilità civile, Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1998:181, i quali ritengono che «l'eccesso dal diritto implica un superamento di limiti determinati in astratto e a priori, mentre l'abuso del diritto coinvolge, viceversa, una tipologia di regole che permettono una valutazione giudiziale a posteriori».

Per quanto detto, si dovrebbe riconoscere la mancanza nel linguaggio giuridico romano di una parola o di una locuzione che corrisponda univocamente al nostro concetto di abuso del diritto.

Neppure si troverebbe nel latino classico un equivalente di quell'altro concetto che non si identifica esattamente con l'abuso, ma che dell'abuso rappresenta una *species*, ovvero il concetto di emulazione in senso giuridico. Il corrispondente vocabolo latino "aemulatio" sembra avere un significato ben differente, che comprende, oltre al significato nostro volgare di emulazione, quello di invidia.

A suffragare quanto detto si potrebbe richiamare la spiegazione di Cicerone sull'*aemulatio*: «*Aemulatio autem dupliciter illa quidem dicitur ut et in laude et in vitio nomen hoc sit. Nam et imitatio virtutis aemulatio dicitur [...] et est aemulatio aegritudo, si eo, quod concupierit, alias potiatur, ipse careat*»²⁶.

2. Il divieto nel Code Napoleon del 1804 e nel codice civile italiano del 1865

Prima di poter parlare di abuso del diritto come principio generale che governa, in particolare, nell'ambito del diritto privato, l'ambito contrattuale, non ci si può esimere, in questo breve *excursus* storico, dal richiamare l'influenza che la teoria degli atti emulativi ebbe in Francia nell'epoca della codificazione. La teorica si presentava come un limite alla libertà del proprietario, contrastante con il carattere assoluto ed esclusivo del diritto di proprietà che si voleva affermare con il *Code Napoleon*.

Altro motivo che portava a negare la teoria del divieto di atti emulativi era che la sua applicazione veniva affidata, almeno per quanto riguarda la sua giustificazione ideale, al criterio soggettivo dell'*animus*, che si prestava a incerte manipolazioni da parte del giudice, compromettendo gli ideali della certezza del diritto e del monopolio del legislatore nella creazione delle regole.

²⁶ CICERONE. *Tuscolanae Disputationes*, 4.8.17: «L'emulazione ha un senso doppio, dato che il termine ha un significato buono e uno cattivo: infatti emulazione è considerata l'imitazione della virtù, ma in relazione a questa non vi è qui da discorrere, essendo lodevole; ma l'emulazione (di cui si discorre) è tristezza, quando altri goda di quello che tu volevi».

Il *Code Napoleon*, infatti, non faceva menzione del divieto, né in sede di disciplina del diritto di proprietà, né rispetto all'esercizio dei diritti soggettivi in generale. Nell'ambito della disciplina della proprietà, tuttavia, parte dei problemi rispetto ai quali la dottrina dell'emulazione era stata concepita potevano trovare soluzione nelle regole che il codice dedicò, ispirandosi alla *Coutume de Paris*, alle distanze legali e alle prescrizioni di carattere amministrativo relative allo sviluppo urbanistico²⁷.

Nonostante la mancata menzione del principio nel *Code Napoleon*, si sviluppò la teorica dell'abuso del diritto, che divenne oggetto di approfondite riflessioni della dottrina e di alcune importanti pronunce della giurisprudenza francese.

L'elaborazione della dottrina dell'abuso prese le mosse dalla irrazionalità cui l'ampiezza della formulazione dell'art. 544 sulla proprietà: «La proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia un uso proibito dalle leggi e dai regolamenti». La norma, che intende il diritto del proprietario in termini assoluti ed esclusivi, veniva coniugata con l'efficacia scriminante dell'esercizio del diritto rispetto all'imputazione di responsabilità, creando una sorta di immunità generalizzata per le condotte del proprietario²⁸.

Dall'esperienza francese (come anche da quella italiana) si distinsero altre codificazioni che recepirono espressamente il divieto di abuso del diritto, formulandolo anche in termini generali²⁹. Spesso l'individuazione del divieto, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, venne ancorata a vari criteri, che vanno dall'intenzione di nuocere, al superamento dei limiti normali nell'esercizio del diritto, alla contrarietà alla buona fede³⁰.

²⁷ GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, op. cit.: 476.

²⁸ Rispetto a tali condotte, infatti, la responsabilità aquilana dell'art. 1382 del Codice Napoleonico rimaneva inoperante.

²⁹ Il riferimento è, nello specifico, al codice prussiano del 1794, che gli dedica due distinti gruppi di norme. Con riferimento all'esercizio del diritto in generale, le modalità intenzionalmente dannose della condotta conducono ad escludere l'ordinaria efficacia scrutinante dell'esercizio del diritto ai fini della responsabilità per danni extracontrattuali (paragrafo I. 6. §36, in cui si stabiliva che l'esercizio del diritto esenta da responsabilità per i danni che ne derivano secondo il noto schema delle cause di giustificazione). Al successivo I. 6. §37 tale ordinaria efficacia scrutinante dell'esercizio del diritto veniva esclusa per il caso in cui tra diverse modalità possibili di esercizio del diritto l'agente ne sceglie una dannosa per il terzo, con la specifica intenzione di danneggiarlo. In tema di proprietà, i paragrafi I. 8. §27 e I. 8. §28 stabilivano che nessuno potesse abusare della proprietà al fine di arrecare molestia o danno ad altri e si definiva l'abuso come quell'uso della proprietà che per sua natura potesse avere soltanto l'intenzione di recare danno ad altri. Altro esempio è rappresentato dal codice civile tedesco (nello specifico si v. il §226, incentrato sull'intenzione di nuocere quale scopo esclusivo dell'atto di esercizio del diritto).

³⁰ Per un quadro generale dei possibili criteri di identificazione dell'abuso, non limitato al diritto italiano, v. BRECCIA U., *L'abuso del diritto*, in *Diritto Privato*, III, Cedam, Padova 1997: 18 e ss.; da ultimo SACCO R., *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. priv.*, sez. dir. civ., Utet, Torino, 2012.

La figura dell'abuso del diritto nasce tra la fine del XVIII secolo e l'inizio del XIX secolo³¹, con lo scopo di reintrodurre l'*aemulatio* del diritto *post* classico e giustiniano, poi transitata nel diritto intermedio con il senso impressogli dal Cristianesimo³², al fine di mitigare l'estremo rigore dell'individualismo riversato nella legislazione della rivoluzione francese, specie in materia di diritto di proprietà³³.

In un secondo momento, nell'ordinamento francese il principio del divieto dell'abuso del diritto si fece sentire ulteriormente, andando oltre il concetto di *aemulatio*, attingendo dall'esperienza dell'*actio de dolo* e dall'*exceptio doli generalis*, utilizzate nel diritto romano.

È opportuno aprire una breve parentesi su tale ultimo istituto³⁴. Si tratta di uno strumento di tutela, volto a fornire una tutela non risarcitoria, bensì reale, che permette di opporsi a un'altrui pretesa, o eccezione, astrattamente fondata, ma che è espressione di uno scorretto esercizio di un diritto, volto al soddisfacimento di interessi non meritevoli di tutela per l'ordinamento giuridico³⁵.

In passato lo strumento era utilizzato in ambito processuale con lo scopo di correggere lo *ius civile* e tutelare interessi e rapporti in contrasto con lo stesso.

Nel diritto moderno viene usato in relazione alla problematica dei limiti sussistenti nell'esercizio di diritti soggettivi ed è volto alla realizzazione di un adeguamento del diritto alla realtà sociale³⁶.

Non ci sono norme espressamente dedicate all'*exceptio doli* nel codice civile, ma norme aventi la medesima *ratio*. Il rimedio è stato spesso identificato con il principio di

³¹ Come è noto, la giurisprudenza francese formulò una dottrina, volta a limitare l'esercizio del diritto di proprietà nei casi in cui, per la mancanza di un interesse serio e legittimo da parte del proprietario, dovesse ritenersi che l'atto fosse ispirato dall'intenzione di nuocere ad altri, successivamente indicata con l'espressione «*abus de droit*».

³² SCIALOJA V., voce '*Aemulatio*', *op. cit.*: 216 e ss.; GUALAZZINI U., *Abuso del diritto (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958: 163 e ss.; G. ASTUTI, *Atti emulativi*, *op. cit.*: 29 e ss.

³³ Cfr. GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, *op. cit.*: 476 e ss.; ROTONDI M., *L'abuso del diritto. Aemulatio*, *op. cit.*: 297 e ss.; CAZZETTA G., *Responsabilità civile e abuso del diritto tra Otto e Novecento*, in VELLUZZI (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2012: 56 e ss.

³⁴ All'*exceptio doli* si accennerà anche nel prosieguo della trattazione (nello specifico, si v. *infra*, cap. III sez. III, par. 2, 4, 4.1; cap. IV, sez. I, par. 2.1).

³⁵ Sul punto si v. il contributo di MERUZZI G., *L'exceptio doli dal diritto civile al commerciale*, Cedam, Padova, 2005: 429.

³⁶ Su tale profilo si v. TORRENTE A., *Eccezione di dolo*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Giuffrè, Milano: 218 e ss.

buona fede, altre volte con l'abuso del diritto, in altri casi ancora alla violazione della buona fede oggettiva e del divieto di abuso del diritto congiuntamente³⁷.

Questa elaborazione ha condotto ad una sorta di rivisitazione della responsabilità civile di cui agli artt. 1382 ss. del *Code Civil*, portando all'abbandono dell'idea che l'utilizzo del diritto soggettivo conferisca un sfera di immunità assoluta³⁸, ma è questa una traiettoria che in quel periodo non ha attecchito in Italia³⁹, nonostante alcuni sforzi in tal senso⁴⁰.

Nel codice civile italiano del 1865 il divieto non appare esplicitamente, né in articoli generali sull'uso dei diritti, né nella regolamentazione della proprietà, che segue il

³⁷ In relazione a tali tesi si v. CARINGELLA F., DE MARZO G., *Manuale di diritto civile*, vol. II, *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 2006: 79 e ss.

³⁸ GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, op. cit.: 478 e ss.; GAMBARO A., *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988: 4-5, il quale segnala il passaggio dalla massima *qui iure suo utitur neminem laedit* a quella opposta *sic utere tuo ut alienum non laedas*.

³⁹ BARCELLONA M., *Trattato della responsabilità civile*, Utet, Torino, 2011: 172 e ss. L'A. ricorda l'art. 74 del «Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti comune all'Italia e alla Francia» del 1936 e il dibattito che ne seguì. L'A. si sofferma sulla struttura duale della responsabilità civile che quel testo delineava: al comma 1, prevedendo il fondamento colposo del comportamento produttivo di danno e al secondo introducendo, ed equiparando al primo presupposto, il fondamento dell'esercizio «sviato» o «disfunzionale», con un implicito ma chiaro riferimento al divieto di abuso del diritto e uno esplicito invece alla buona fede. L'intento degli estensori dell'art. 74 del Progetto era quello di elaborare quella disposizione generale sulla responsabilità civile che invece manca nel *BGB*, nel quale la scelta è caduta su un impianto fondato su più disposizioni di contenuto analitico (i §§ 823, 825 e 826). Barcellona rammenta che l'art. 74 del Progetto italo-francese ha costituito un punto di riferimento per la Commissione reale per la riforma dei codici ma che ha infine prevalso la linea di scorporare dalla disposizione che sta a fondamento della responsabilità extracontrattuale il capoverso sul divieto di abuso del diritto e di farne una disposizione autonoma da inserire nelle disposizioni introduttive al codice: il celebre art. 7 del Progetto definitivo. Come è noto, l'art. 7 è poi stato espunto dal codice civile per le riserve sull'eccessivo arbitrio che avrebbe riconosciuto al giudice, specie se al divieto fosse stata riservata una posizione autonoma all'interno della codificazione piuttosto che declinarne le applicazioni nei singoli istituti. Sulla vicenda cfr. GIORGIANNI V., *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Giuffrè, Milano, 1963: 7 e ss.

⁴⁰ Cfr. l'apertura di PATTI S., *Abuso del diritto*, in *Il diritto*, *Enc. giur.*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2007: 7-8; BARCELLONA M., *Trattato della responsabilità civile*, op. cit.: 177 e ss., in part. 179 nt. 45, 182, in cui l'A. propone una lettura assai interessante secondo cui il riferimento al dolo e all'«ingiustizia del danno», infine introdotto nell'art. 2043 c.c., sia collegabile a quel capoverso dell'art. 74 del Progetto italo-francese troppo impegnativo con il suo richiamo del divieto di abuso. Ricorda infatti Barcellona che i commentatori dell'art. 1151 c.c. 1865 erano soliti trattare il tema del divieto di abuso proprio sotto le insegne del dolo e dell'ingiuria, richiamando Cesareo Consolo, in CESAREO CONSOLO G., *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, vol. II, Utet, Torino, 1914. Sul punto v. anche CHIRONI G.P., *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extra-contrattuale*, vol. II, Utet, Torino, 1906: 500 e ss., in particolare si v.: 504-505. L'A. delinea una nozione di abuso del diritto che coincide con il superamento dei limiti della situazione soggettiva, ossia in definitiva con la mancanza del diritto. Il limite valicato è fatto segnare dalla regola sociale che impone l'uso normale del diritto. Barcellona riconosce tuttavia che del collegamento tra il dolo e l'«ingiustizia del danno» non vi sia traccia nella Relazione al Ministro Guardasigilli al libro del Codice civile «Delle obbligazioni» e addebita il silenzio ad un'elaborazione del tema del divieto di abuso da parte della dottrina italiana dell'epoca non pienamente maturata e all'ipoteca ideologica del regime fascista.

paradigma del codice Napoleonico. Neppure durante le discussioni e i lavori preparatori pare che alcuno vi abbia accennato.

Certamente, il diritto di proprietà non è concepito come un diritto assoluto, lo limitano leggi di polizia, leggi amministrative, e soprattutto ne delimita i confini entro cui deve contenersi la sez. I del capitolo II del II libro dedicata alle «servitù stabilite dalla legge». Ma, al di fuori di queste disposizioni, non vi è parola di un divieto di esercizio del diritto nei casi nei quali, privo di utilità per il titolare, non abbia altro scopo di danneggiare altri.

Nonostante manchi una menzione esplicita, si delinea una tendenza quasi universale delle corti ad accogliere, in materia di proprietà, di rapporti di vicinato e di comunione, il principio del divieto di atti emulativi⁴¹.

Dunque, benché il divieto di atti emulativi non sia presente nel nostro codice civile del 1865, la giurisprudenza, fin dai primi anni, lo ammette pacificamente. Inizialmente, tale tendenza non si estende alle obbligazioni: ciò si riscontra con l'assenza di pronunce che la utilizzino in questo campo.

La ragione della limitata estensione del principio è probabilmente storica: già quando la teorica giunse al suo massimo sviluppo, per poi cristallizzarsi e cedere davanti alle concezioni che ispirano i nuovi codici, essa era ristretta al campo dei diritti reali⁴².

Quanto agli estremi dell'emulazione, la giurisprudenza accoglie pacificamente quelli tradizionali dell'assoluta mancanza di vantaggio unita all'intenzione di nuocere (l'*animus nocendi*); è sufficiente la mancanza di uno dei due elementi perché non si possa più parlare di emulazione. Se in Italia, quindi, il concetto di abuso del diritto non ebbe applicazione, viene riconosciuto, limitatamente ai diritti reali, ma in completo contrasto con la dottrina, il principio più limitato degli atti emulativi.

Passando alla teorica del divieto di abuso del diritto, gran parte della dottrina le si è dichiarata radicalmente ed irriducibilmente avversa, per due differenti ordini di considerazioni.

⁴¹ Cass. di Torino, 22 luglio 1874 (in tema di sopraelevazione di un muro comune) in *Giur. it.*, 1/1875: 42; Cass. di Firenze, 13 dicembre 1877 (in materia di muro comune), in *Foro It.*, 1/1878: 481 e ss.

⁴² Da un'analisi della giurisprudenza sul tema, i casi più numerosi sembrano ricorrere in materia di costruzioni fatte con l'unico scopo di nuocere e in materia di acque, nei casi in cui il proprietario diminuisca *animus nocendi* il deflusso delle acque sorgenti nel proprio fondo, o, recida le vene idriche del fondo vicino, o eserciti a scopo emulativo il diritto di usare delle acque della corrente che costeggia il suo fondo sancito dall'art. 543, sia nel caso in cui il proprietario aggravi per solo diletto di nuocere l'obbligo derivante dall'art. 536 di ricevere le acque che scolano dai fondi sovrastanti.

Una prima corrente, più strettamente conservatrice, si dichiara inamovibilmente sfavorevole alle varie costruzioni teoriche di questa responsabilità e non riconosce le applicazioni giurisprudenziali ai casi concreti, rispetto alle quali denuncia una pericolosa confusione tra diritto e morale.

Si tratta di verificare se quell'elemento intenzionale cui si rivolge l'indagine in molti dei casi, ricada nell'ambito della morale, nell'ambito del diritto, o rilevi in entrambi.

Da quando la scuola giusnaturalistica diede il primo impulso alla separazione tra i diversi ambiti di norme regolanti il vivere sociale, sempre più si andò creando una netta separazione fra i due campi.

Tra i problemi che sorgono vi sono quello di comprendere quale sia il ruolo della norma etica nel diritto positivo vigente, quello di determinare il rapporto ontologico tra le due norme, quello di capire quale possa o debba essere tale rapporto nel futuro.

Quanto al primo problema, si può affermare che il legislatore non pare abbia inteso lasciare una porta aperta per favorire la penetrazione delle concezioni etiche nel del diritto positivo. Con ciò però resta sempre da verificare se nel caso singolo l'attività, oltre che immorale, non sia anche antigiuridica.

Quanto al secondo problema, il fatto è che in natura la distinzione netta tra diritto e morale non è mai esistita, perché le due norme si identificano. Entrambe scaturiscono da quella comune coscienza del popolo in cui si elaborano tutte le norme del vivere sociale: entrambe vivono a lungo confuse nelle primitive consociazioni e si evolvono con indefettibile progresso.

Quanto al terzo problema, che è di politica legislativa, si può solo constatare, che non solo tutto il movimento giurisprudenziale, ma anche le tendenze delle codificazioni più moderne e i nuovi sentimenti sociali, sono senza dubbio indizi di una forte rinascita dell'idealismo giuridico nei più eterogenei campi del diritto, privato e pubblico, interno e internazionale. Ciò non sta ad indicare confusione di diritto e di morale, ma significa che il diritto, affinatosi nella sua elaborazione e nella tecnica difficile delle indagini psicologiche, muove sempre più verso una considerazione degli elementi subbiettivi delle attività umane, completamente trascurati nei diritti meno evoluti, considerazione che prima non rientrava che nel campo della morale individuale.

Meno rigida e conservatrice nella risoluzione dei casi pratici, ma altrettanto diffidente verso questa nuova teoria è quella accolta da numerosi autori tra i quali si ricordano il Planiol e il Rousseau per la Francia, il Barassi per l'Italia.

Gran parte degli autori sostengono che abuso e diritto siano due termini contraddittori e incompatibili, che se c'è diritto non c'è abuso e viceversa, che se c'è esercizio di un diritto non può esserci responsabilità, mentre se non c'è esercizio di diritto l'atto dannoso è illecito e porta come normale conseguenza la responsabilità. Quindi, non si parlerebbe di abuso, si dovrebbe verificare se nei casi singoli l'attività del convenuto sia stata lecita o illecita e decidere in conseguenza.

Non ci si può esimere dal richiamare, tra le tante⁴³, la tesi del noto Autore francese Josserand sul tema, il quale sostiene che l'atto illegittimo si distingue da quello abusivo perché da quello deriva sempre responsabilità, da questo solo ed in quanto ne derivi danno ad altri.

Parte della dottrina accolse con favore la costruzione giurisprudenziale, divergendo però nella determinazione dell'elemento caratteristico e del fondamento giuridico della responsabilità per abuso che impernia o sull'uno o sull'altro dei due elementi caratteristici, sanciti dall'art. 1151 c.c.: l'elemento subbiettivo e l'elemento obbiettivo.

Da notare come l'intenzione di nuocere diviene per alcuni movente esclusivo, per altri basterebbe fosse movente principale.

Un'altra schiera di autori tra cui, in Italia, Noto Sardegna⁴⁴, pongono a base della responsabilità per abuso l'indagine dell'elemento subbiettivo che, però, ritengono più generico dell'*animus nocendi*, e lo riducono per lo più a quella generica conoscenza degli effetti dannosi dei propri atti in cui consiste la colpa.

Questi autori affermano che anche l'esercizio di diritti può essere viziato da colpa e per ciò stesso generare responsabilità.

⁴³ Tra le dottrine avverse alla teorica dell'abuso merita un posto a parte quella di E. LEVY, il quale sostiene che la teorica dell'abuso del diritto non ha senso, rientrando in una regola più generale. Per l'A. la teorica dell'abuso rientra nel principio generale per cui si è responsabili per colpa sia essa accompagnata o scom-pagnata dall'esercizio di un diritto. Si v., in tal senso, E. LEVY, *Responsabilité et contrat* in *Rev. Critique*, 48/1899: 361 e ss.

⁴⁴ NOTO SARDEGNA G., *Abuso di diritto*, Reber, Palermo, 1907: 27 e ss. Secondo questo Autore l'abuso di diritto sarebbe caratterizzato dai seguenti elementi: a) l'atto *jure*, b) l'intenzione di nuocere o anche solamente l'aver voluto le conseguenze dannose dell'atto, c) un danno effettivamente verificatosi.

Il Rotondi critica le diverse teoriche, che si tentò di costruire, prendendo a base quel concetto di abuso che, innegabile ed interessante fenomeno sociale, è, come espressione giuridica, un vero controsenso.

Ma se la dottrina dell'abuso non trovò presso di noi grande accoglienza, ben altro è da dirsi per la teorica degli atti emulativi, perlomeno nella giurisprudenza.

Tuttavia, non mancano argomentazioni portate a favore del divieto secondo le quali la teoria, esclusa dal codice come principio generale, ha potuto, attraverso qualche altra fonte, diventare, indipendentemente dall'intervento del legislatore, norma giuridica⁴⁵.

Un primo argomento messo in campo dai fautori del divieto sarebbe la possibilità di dedurre questo principio per analogia da talune norme del codice che si riferiscono, nello specifico, alla proprietà delle acque, all'acquedotto coattivo e alla comunione⁴⁶.

La possibilità di dedurre per analogia il principio del divieto da norme esplicite del nostro codice è riconosciuta, del resto, da coloro che per giustificarlo si richiamano ai principi generali del diritto⁴⁷. Altri ancora tra i sostenitori del divieto, sembrano far richiamo, per sostenere la propria tesi, all'equità⁴⁸.

Infine, come ultimo argomento a favore della teorica sull'abuso del diritto, troviamo chi utilizza quello secondo cui gli atti emulativi, che non trovano espressione legislativa, sarebbero vietati in applicazione della teorica ricreata sulle antiche basi dalla giurisprudenza.

Il Rotondi ritiene che il divieto non si possa accogliere che mediante espressa previsione legislativa. Egli riconosce fin dal principio l'impossibilità di affrontare lo studio dell'abuso del diritto come di un concetto puramente giuridico, e lo guarda come fenomeno sociologico inquadrandolo entro i più vasti schemi della vita sociale, concependolo come un prodotto ed una conseguenza dell'impossibilità che ha il diritto, legato

⁴⁵ Così favorevole al divieto in materia di acque è il Giovanetti, autorevole come ispiratore delle disposizioni che vi si riferiscono nel codice albertino. Anche dopo la promulgazione del nuovo codice la tesi del divieto prevale, sostenuta, per quanto entro i limiti diversi dal Pacifici-Mazzoni, dal Ricci, dal Mattei, da Cattaneo e Bordar, dal Lozzi e dal Cimbali.

⁴⁶ Il riferimento è: per quanto riguarda il primo gruppo di casi agli artt. 544, 545, 578 c.c.; il secondo gruppo fa riferimento agli artt. 598, 600, 609, 610, 612, 613 c.c.; taluni fanno, invece, riferimento agli artt. 592, 675, 1723 c.c. e all'art. 36 c.p.c.

⁴⁷ Sul tema si v. BIANCHI F.S., *Principi generali sulle leggi*, Utet, Torino, 1888.

⁴⁸ Sul tema si v. PIOLA G., *Equità*, in *Digesto Italiano*, X, 1895-1898, Utet, Torino.

entro le sue forme necessariamente tradizionali, di seguire “passo passo” l’evolversi della vita sociale.

Dai germi giustiniani hanno seguito, attraverso la dottrina intermedia lo svilupparsi, il fiorire e il declinare della teorica dall’*aemulatio*. Per la sua elasticità e per le stesse condizioni sociali generali di quei tempi, essa serviva quasi a tutti quegli scopi cui doveva più tardi servire la teorica dell’abuso.

La dottrina dell’*aemulatio*, ormai irrigidita e imprigionata in una casistica derivante dal sistema delle presunzioni, non regge alle nuove dottrine giusnaturalistiche, e scompare quasi ovunque nelle redazioni dei nuovi codici.

Riconosciuta in quegli anni la mancanza, nel nostro ordinamento giuridico, di un divieto dell’abuso del diritto in generale, o dell’emulazione in specie, il Rotondi crede di avversare l’introduzione di una disposizione che possa vietare in modo generico l’abuso di diritto, ritenendo necessario, nei singoli casi in cui si riveli la necessità di reprimere un possibile abuso, l’esplicito intervento del legislatore.

3. L’abuso del diritto nel progetto di codice italo francese, nel progetto preliminare al codice del 1942 e nei lavori dell’Assemblea costituente

Campo di elezione della teorica dell’abuso del diritto fu la proprietà, ma in epoca industriale (primi del secolo), specialmente in Germania, la repressione si sviluppò nei campi sia della responsabilità contrattuale, sia di quella extracontrattuale.

Una certa influenza subì anche il nostro ordinamento e lo si può riscontrare nel progetto italo-francese del codice delle obbligazioni del 1927 e nel progetto definitivo del codice civile del 1942⁴⁹. L’abuso del diritto cominciò ad assumere importanza particolare specialmente in ambito contrattuale, in cui venne poi ricondotto alla violazione della buona fede oggettiva, alla teoria della mancanza di causa concreta, alla mancanza di meritevolezza⁵⁰. D’altronde, considerato il principio dell’autonomia delle parti contenuto al

⁴⁹ Così recita l’art. 74 del progetto italo francese del codice delle obbligazioni: «È tenuto al risarcimento colui che ha cagionato danno ad altri eccedendo nell’esercizio del proprio diritto e i limiti posti dalla buona fede e dallo scopo per i quali il diritto gli fu riconosciuto».

⁵⁰ Per un approfondimento specifico sull’istituto dell’abuso di diritto in relazione alla violazione della buona fede oggettiva si v. *infra*, cap. I, sez. II, par. 1.

comma 1 dell'art. 1322 c.c., intitolato per l'appunto «autonomia contrattuale», il contratto risulta prestarsi facilmente ad essere 'strumento' per abusare di un proprio diritto.

Tornando al progetto di codice italo-francese, in particolare, l'art. 74, comma 2⁵¹, collocato all'interno della rubrica «degli atti illeciti», prevedeva che «è ugualmente tenuto al risarcimento colui che ha cagionato danno ad altri eccedendo, nell'esercizio del proprio diritto, i limiti posti dalla buona fede o dallo scopo per il quale il diritto gli fu riconosciuto».

Nel commentare l'articolo in oggetto Mariano d'Amelio, all'epoca primo presidente della Corte di Cassazione e membro della commissione redattrice della proposta normativa, mostrava la propria consapevolezza del carattere profondamente innovativo della previsione *de quo* e affermava: «Vi è serio pericolo di sconfinare e di porre l'esercizio di ogni diritto alla mercé del potere discrezionale del giudice [...]. I giuristi italiani si sono preoccupati del danno che un concetto esagerato dell'abuso del diritto può cagionare; ma, d'altra parte, era impossibile estirpare dalla vita giuridica francese un concetto che vi è radicalmente penetrato, per infondervi uno squisito senso di equità. Né sarebbe stato giusto respingerlo da parte della legislazione italiana, purché si fossero potuti evitare i danni temuti, mediante una rigorosa formulazione del principio. Il capoverso dell'art. 74 è stato perciò uno dei più elaborati [...]. Scolpito in tal modo il concetto di abuso di diritto, è da prendere che i giudici ne faranno un uso ragionevole e che la funzione della giurisprudenza, avvalorata da tale nuova forza, varrà a rendere sempre più giusto ed umano l'esercizio del diritto»⁵².

Analogamente a quanto disposto dall'art. 74, comma 2, del progetto di codice italo-francese, l'art. 7 delle preleggi di cui al progetto del codice civile italiano del 1942 stabiliva che «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto».

⁵¹ Il riferimento è al progetto di codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti del 1927. In merito si v. BRUGI B., *L'abuso del diritto nel progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti*, in *Studi in onore di A. Ascoli*, pubblicati per il XLII anno del suo insegnamento, Messina, 1931: 79 e ss.; ALPA, CHIODI (a cura di), *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927)*, in *Rassegna forense*, Quaderni, 2007.

⁵² D'AMELIO M., *Un codice unico delle obbligazioni, per l'Italia e la Francia*, in *Nuova Antologia*, 1927: 83 e ss. I timori per l'attribuzione ai magistrati di un eccessivo potere discrezionale nella valutazione delle singole fattispecie abusive furono rappresentati in seno alla commissione redattrice del progetto di codice da Rotondi, che si era già espresso criticamente nei confronti della figura dell'abuso del diritto. A tal proposito si v. M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 15/1923: 105-128.

Le vicende dei lavori preparatori al codice civile italiano del 1942 recano sicura testimonianza del sostrato ideologico dell'abuso. Al fermo rifiuto dell'introduzione del divieto di abuso da parte della Commissione reale per la riforma dei codici, presieduta da Vittorio Scialoja, le osservazioni e proposte dei corpi tecnici suggerivano che l'introduzione del divieto fosse non solo opportuna, ma indispensabile per riflettere la reale coscienza sociale del Paese, «non come semplice enunciazione di un principio morale, ma come affermazione della consapevolezza socialmente raggiunta dalla superiorità degli interessi della collettività, giuridicamente organizzata, sugli esclusivismi ed interessi individuali»⁵³.

Il legislatore del '42, tuttavia, non ha inteso disciplinare l'abuso del diritto, le aspettative contrarie che avevano trovato un terreno fertile nei due progetti normativi non furono accolte.

I timori di un eccessivo spazio che la figura dell'abuso del diritto avrebbe garantito alla discrezionalità dei magistrati, unitamente alla preoccupazione che il dogma della certezza del diritto potesse subire un *vulnus* da parte di una clausola generale come quella dell'abuso del diritto, fecero sì che non avesse luogo l'inserimento della norma summenzionata nella versione definitiva del codice civile del 1942.

In contrasto con la consolidata linea volta a considerare il divieto di abuso del diritto come espressione di un inquisitorio controllo da parte dello stato sul diritto dei privati, fu l'On.le Codacci Pisanelli che, nel corso della seduta pomeridiana dell'Assemblea costituente del 28 marzo 1947, propose di costituzionalizzare il principio di divieto di abuso del diritto affermando che «quando il diritto viene usato per uno scopo diverso da quello per cui è stato attribuito, evidentemente si commette un abuso dannoso alla società, che sarebbe opportuno fosse vietato in genere proprio nella Costituzione».

⁵³ Si legga la ricostruzione della vicenda in V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, op. cit.: 14 e ss., in cui sono riportate anche le citazioni dei lavori preparatori. L'A. osserva che questa linea di pensiero rappresentava il sentire della comunità giuridica del tempo – le osservazioni proposte raccoglievano le opinioni degli accademici universitari, magistrati, ordine degli avvocati e procuratori – e portò alla traduzione della regola di cui all'art. 74 del progetto di codice, la quale disponeva che «è ugualmente tenuto al risarcimento colui che ha cagionato il danno ad altri eccedendo nell'esercizio del proprio diritto i limiti posti dalla buona fede o dallo scopo per il quale il diritto gli fu concesso» (art. 74 del progetto di Codice italo-francese delle obbligazioni del 1928) nel principio: «Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il medesimo gli è riconosciuto» di cui all'art. 7 del progetto definitivo curato dalla Commissione di revisione. Come è noto la Commissione parlamentare chiamata ad esprimere parere sul progetto definitivo concluderà per la inopportunità di introdurre una simile disposizione di carattere generale, comportando lo stralcio della disposizione e rinviandone la formulazione ai singoli istituti.

L'obiettivo dell'On. Codacci Pisanelli era quello di estendere la tutela giurisdizionale a quegli interessi che non trovano «la loro protezione in una vera e propria norma giudica, ma nel buon uso del potere discrezionale»⁵⁴.

A tal fine proponeva di integrare l'articolo 19 della bozza di costituzione in discussione che recitava «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi», introducendo un comma 2 che chiarisse che «nessuno può esercitare il proprio diritto per uno scopo diverso da quello per il quale gli è stato attribuito»⁵⁵.

Tale proposta venne da subito contrastata da coloro che negavano l'opportunità di inserire nel nascente testo costituzionale una specifica previsione relativa al divieto di abuso del diritto.

Di particolare interesse è l'osservazione dell'On.le Umberto Tupini che, con riferimento all'emendamento proposto dall'On.le Codacci Pisanelli, affermava che «evidentemente noi non crediamo che si possa prevedere una cosa simile nella Costituzione. Certo è che l'abuso è sempre proibito, mentre la Costituzione e le leggi non devono prevedere che l'uso normale del diritto. Il meno che si possa dire è che si tratti di una proposta superflua e quindi pleonastica»⁵⁶.

4. *Gli orientamenti della dottrina italiana*

In Italia i primi orientamenti dottrinali intesi a riconoscere la configurabilità giuridica dell'abuso del diritto dopo e nonostante il codice del 1942 apparivano sorretti da due differenti concezioni ideologiche. La prima è la cosiddetta ideologia cattolica, intesa a fondare un'idea di moralità dell'atto quale spirito etico che deve sorreggere l'agire giuridico; la seconda è rappresentata dalla cosiddetta ideologia laica, orientata ed attenta ad un criterio di socialità dell'atto⁵⁷.

Indubbiamente, il terreno storico di avvio su cui gli autori si sono soffermati è costituito dal divieto di emulazione, così come previsto dall'art. 833 del nostro attuale codice civile. Tuttavia, come si avrà modo di mettere in luce, in un secondo momento il

⁵⁴ Assemblea Costituente, LXXX, Seduta pomeridiana di venerdì 28 marzo 1947: 2609 e ss., 2610.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ivi*: 2610.

⁵⁷ Relativamente a tali orientamenti si rimanda all'autorevole scritto di RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, *op. cit.*: 205 e ss.

divieto di abuso del diritto verrà ricondotto, in particolare, all'ambito contrattuale, campo certamente più esteso rispetto a quello degli atti emulativi.

Molte tra le dottrine propense a dar campo al principio del divieto dell'abuso del diritto hanno ritenuto, per lungo tempo, di poter fare leva sul divieto di atti emulativi previsto nel codice e dal quale poter evincere una più ampia categoria, quella, per l'apunto, dell'abuso del diritto.

A partire dagli anni Sessanta si assisteva ad un proliferare di dottrina e giurisprudenza sul tema e, per lungo tempo, la locuzione abuso del diritto non emergeva che a proposito dell'art. 833 c.c.

Sotto la rubrica «atti di emulazione», dispone l'art. 833 c.c.: «Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri». Lo scopo a cui fa riferimento la norma è stato inquadrato ora in senso subbiettivo, come intenzione dannosa, c.d. *animus nocendi*, ora in senso obbiettivo, quale operazione priva di un'utilità oggettivamente apprezzabile.

La Relazione al codice aveva cura di sottolineare come il divieto degli atti emulativi affermasse un «principio di solidarietà tra privati» e ponesse «una regola conforme all'interesse della collettività nell'utilizzazione dei beni»⁵⁸. Per evitare eccessi pericolosi di applicazione della norma si è ritenuto opportuno «esigere espressamente il concorso dell'*animus nocendi*».

I giudici, secondo il criterio proposto dalla Relazione, nel far valere il dettato normativo non avrebbero dovuto individuare una responsabilità per emulazione ogniqualvolta il proprietario avesse tenuto una condotta dannosa o molesta, ricorrendo, quale correttivo con funzione restrittiva dell'operatività del divieto, la necessità di un'indagine di tipo soggettivo circa, appunto, l'*animus* dell'agente. Nonostante lo spirito della Relazione risulti apparentemente chiaro, le interpretazioni dottrinali sono state le più disparate.

Chiaro è che la portata dell'art. 833 c.c. non può non mutare a seconda che la si legga o meno alla luce dei principi costituzionali dettati in materia di proprietà. Si considera necessaria un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma. Un'inter-

⁵⁸ Relazione Ministeriale n. 408, ricordata da DE MARTINO, *Della proprietà*, in *Commentario del codice civile*, SCIALOJA BRANCA (a cura di), Bologna, 1951: 125, da DOSSETTI, *Atti emulativi*, voce in *Enc. giur. Treccani*, IV, 1988: 1, nonché da TORRENTE A., *Emulazione (diritto civile)*, voce in *Noviss. dig. it.*, AZARA A., EULA E. (diretto da), Utet, Torino, 3a ediz., 1957-1987: 522.

pretazione letterale poco compatibile o comunque svilente dei principi e dei valori costituzionali deve reputarsi inidonea, non potendosi più ritenere determinante e sufficiente l'ordine suggerito dal codice a presidio dell'*iter* ermeneutico, secondo quanto disposto dall'art. 12, comma 1, delle disposizioni preliminari al codice civile in tema di interpretazione⁵⁹.

Analogamente, il sussidio offerto dalle Relazioni ministeriali nell'interpretazione delle norme codicistiche è di certo tenuto a cedere il posto quando il suggerimento ermeneutico proposto non sia più in linea non solo e non tanto con l'evoluzione storica, quanto piuttosto con i valori ed i principi che la Costituzione ha inteso e intende affermare.

Il punto critico, che ha dato adito a tutte le interpretazioni e le discussioni sul tema, è comprendere se l'art. 833 c.c. debba ritenersi norma eccezionale e quindi, appunto, di stretta interpretazione, ovvero espressione di un principio generale volto a dettare limitazioni nell'esercizio di tutti i diritti reali e, secondo qualche orientamento, anche in materia di possesso⁶⁰.

Dall'altro lato la giurisprudenza ha, per lungo tempo, ristretto la portata interpretativa della disposizione, nonché ancorato la sua operatività a criteri tanto rigidi quanto di estrema difficoltà probatoria; ciò ha fatto anche di recente concludere per un «fallimento sostanziale della norma»⁶¹. Si allude in particolare al requisito dell'*animus nocendi*.

Da un punto di vista esegetico l'art. 833 c.c. risulta scomponibile in tre profili⁶²:

- 1) il compimento di un atto da parte del proprietario;
- 2) lo scopo (*l'animus*) di arrecare danno o molestia ad altri;
- 3) la mancanza di utilità per il proprietario.

⁵⁹ Infatti, un'operazione ermeneutica che ritenga di potersi limitare al criterio offerto dal comma 1 dell'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile, attestata dal brocardo *in claris non fit interpretatio* porta con sé il rischio di un'applicazione svilente del diritto. Si veda, in proposito, PERLINGIERI P., *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disposizioni preliminari c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in PERLINGIERI (a cura di), *Scuole, tendenze e metodi. Problemi di diritto civile*, Esi, Napoli 1989: 276 e ss.

⁶⁰ La letteratura prevalente è favorevole all'estensione della norma, seppur con soluzioni diverse. Si v. sul tema TORRENTE A., *Emulazione*, *op. cit.*: 527.

⁶¹ Tale constatazione dottrinale è da riferirsi ad GAMBARO A., *Emulazione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VII, 1991: 442 e ss.

⁶² Tale schema è il più utilizzato in dottrina e risale a TORRENTE A., *Emulazione (diritto civile)*, *op. cit.*: 522.

Quanto al punto sub 1) l'orientamento della dottrina non è unanime. Infatti, l'orientamento prevalente si era orientato per una condotta positiva, non ritenendosi configurabile emulazione mediante omissione⁶³. La tendenza recente è, però, quella di allargare l'area del divieto anche ai comportamenti caratterizzati da un *non facere*.

Quanto al punto sub 2), si tratta di uno degli aspetti più controversi della norma. Esso viene interpretato come intenzione di nuocere, cosicché l'atto, per reputarsi emulativo deve essere sorretto, quanto al profilo psicologico, dalla specifica e puntuale intenzione maliziosa di recare danno. Il requisito dell'*animus* fa sì che l'art. 833 c.c. venga ritenuto un'ipotesi di illecito di dolo⁶⁴.

L'opinione prevalente sostiene che con la formula "scopo di nuocere" si sia voluta richiedere, ai fini della configurazione della fattispecie, la componente psicologica dell'intenzione di provocare danno o molestare⁶⁵. Chiaramente, chi accede a questa impostazione finisce per vanificare l'applicazione della norma, in quanto costringe la vittima dell'emulazione a dover fornire la prova positiva e specifica dell'esclusivo intento malizioso del proprietario. Ciò in applicazione del principio generale dell'ordinamento secondo il quale la prova spetta a chi lamenta il danno, ossia, nell'ipotesi di specie, a chi intende far valere di aver subito una condotta emulativa.

La difficoltà probatoria risulterebbe rafforzata da altri due elementi. In primo luogo, grava sulla disposizione in commento il fatto che, secondo ricorrente orientamento, non possono invocarsi criteri presuntivi da cui poter inferire la volontà dolosa del proprietario.

In secondo luogo è opinione diffusa che al proprietario, parte convenuta citata per emulazione, sia sufficiente far evincere di aver tratto un qualsiasi vantaggio, seppur minimo, per potersi escludere la responsabilità da emulazione. Per non svuotare la norma di

⁶³ Per questo indirizzo si v. ALLARA M., *Atti emulativi (dir. civ.)*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959: 35, il quale richiede un comportamento umano positivo; MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, vol. II, 1950: 250, secondo cui gli atti di cui parla la disposizione debbono concretarsi in un *facere*; TORRENTE A., *Emulazione (diritto civile)*, *op. cit.*: 322, secondo cui per aversi emulazione «non sarebbe sufficiente la singola omissione». Per opinione contraria si v., in particolare, NATOLI U., *La proprietà*, *op. cit.*: 69, il quale critica l'interpretazione letterale della norma (secondo la quale il "compiere atti" postulerebbe comportamenti soltanto commissivi).

⁶⁴ Si v. al riguardo GAMBARO A., *Emulazione*, *op. cit.*: 443, dove si osserva che «attesa la complessa costruzione e ricostruzione della fattispecie nella vasta galassia degli illeciti di dolo, gli atti emulativi occupano un ruolo insignificante»; SALVI C., *Il contenuto del diritto di proprietà*, Giuffrè, Milano, 1994: 130.

⁶⁵ Tale interpretazione è sostenuta da DE MARTINO F., TRIFONE R., *Della proprietà*, in *Commentario del codice civile*, SCIALOJA-BRANCA (a cura di), Zanichelli, Bologna, 1947: 156; G. PESCATORE, *Della proprietà*, in *Commentario del codice civile*, I, *op. cit.*: 158; TORRENTE, *Emulazione*, *op. cit.*: 523.

significato e di operatività, sono state proposte ricostruzioni intese a fornire allo “scopo di nuocere” cui allude la disposizione, un significato diverso.

Secondo un primo orientamento lo scopo non va letto quale *animus nocendi*, poiché esso in realtà riguarderebbe non l'intenzione maliziosa del proprietario, ma il risultato che essa produce. In base a questa impostazione il comportamento è da ritenersi emulativo quando effettivamente reca molestia; ci si sposta così dalla considerazione del profilo soggettivo della volizione cattiva o maliziosa del danno, al profilo obbiettivo, il verificarsi dell'evento fastidioso o pregiudizievole⁶⁶.

Il punto sub 3) rappresenta un altro requisito fondamentale. La dizione letterale della norma, riferendosi testualmente al «compimento di atti che non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri», fa sì che sia sufficiente l'intento di voler realizzare un qualsiasi altro scopo diverso affinché l'invocazione del divieto venga negata. Nel caso in cui se ne desse un'interpretazione letterale, il comportamento del proprietario potrà considerarsi emulativo soltanto nel caso in cui esso sia sorretto dal solo e unico scopo di carattere nocivo. Qualsiasi altra e seconda ragione non permetterebbe l'invocazione del divieto di atti emulativi.

D'altronde è questa la lettura che ha spesso fornito la giurisprudenza, secondo la quale per esservi atto emulativo occorre che «l'atto medesimo sia stato posto in essere al solo fine di arrecare nocimento o molestia ad altri, e, quindi, ne consegue che l'azione proposta dal proprietario dell'immobile allo scopo di opporsi a che una porzione del bene venga da altri abusivamente utilizzata, non può costituire atto emulativo, in quanto si ricollega comunque ad un qualche vantaggio di quel proprietario»⁶⁷.

Molte delle linee interpretative sviluppatesi hanno avuto il pregio di spostare il criterio di valutazione dell'emulatività di un atto su di un piano oggettivo, consentendo alla vittima dell'atto emulativo, parte attrice rispetto al processo instaurato, di essere onerata non più della difficile prova dell'intenzione nociva del proprietario, ma di quella più agevole del difetto di utilità proprietaria, ovvero, della mancanza di utilità sociale, o di sproporzione degli interessi coinvolti.

⁶⁶ Tale opzione ermeneutica è sostenuta, *in primis*, da ALLARA M., *Atti emulativi*, *op. cit.*: 35-36.

⁶⁷ Così Cass., sez. civ., n. 4777/1977, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

Tali tesi vanno tuttavia confrontate con quelle avallate dalla giurisprudenza, che non perviene a dilatazioni così forti del concetto di emulazione, assumendo un atteggiamento più “conservatore” sul punto. In particolare essa ha talvolta ritenuto che la norma dovesse essere letta coniugando il criterio soggettivo dell'intenzione pregiudizievole con quello oggettivo dell'interesse.

Ma l'oscillazione di contenuto tra l'atteggiamento malizioso del proprietario e l'accertamento dell'economicità dell'atto tende progressivamente a spostarsi verso quest'ultima⁶⁸, per cui si ritiene che per aversi atto emulativo, occorre che il fatto corrispondente all'esercizio del diritto sia posto in essere con l'esclusiva finalità di arrecar nocimento o molestie ad altri, senza essere giustificato da alcuna condizione utilitaristica dal punto di vista economico e sociale⁶⁹.

Tra le varie interpretazioni dottrinali merita particolare riguardo quella, cui sopra si accennava, più attenta ad una lettura costituzionalmente orientata del codice, la quale intuisce come la norma contenuta nell'art. 833 c.c. vada inquadrata in una logica più ampia di individuazione dei limiti dei diritti soggettivi, secondo un'interpretazione di tipo sistematico più che letterale.

Accogliendo tale prospettiva si può affermare che se il divieto di atti emulativi, in una concezione prettamente individualistica della proprietà, andava letto come criterio eccezionale, «la stessa norma assume oggi, in presenza di nuovi principi costituzionali di solidarietà (art. 2) e di funzionalizzazione della proprietà⁷⁰ (art. 42) e delle altre situazioni patrimoniali, una fisionomia e un ruolo diversi, del tutto rispondenti a quelli generali del sistema, sì da perdere la qualifica di eccezionale»⁷¹.

Su questi presupposti si finisce allora per concludere che «l'art. 833 del codice civile è norma che non si esaurisce in tema di proprietà o nell'ambito dei rapporti reali, ma riguarda tutte le situazioni soggettive patrimoniali; le clausole di correttezza non si

⁶⁸ Sul tema si veda PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 1991: 459. L'A. osserva che se vi dovesse essere, ai fini dell'emulazione, anche l'elemento soggettivo, si richiederebbe qualcosa che la legge non chiede, mentre «quando il legislatore ha voluto prevedere per l'esistenza di una fattispecie l'elemento soggettivo lo ha fatto esplicitamente (artt. 2043, 1230, comma 2, 1140 c.c.).»

⁶⁹ Così, ad es., Cass., sez. civ., n. 1509/1986, in *Mass. Giur. It.*, 1986.

⁷⁰ Cfr. BARASSI L., *Proprietà e comproprietà*, Giuffrè, Milano, 1951, il quale sembra ricollegare la nozione di abuso del diritto nella più vasta funzione sociale (*ivi*: 257 e ss.); NATOLI U., *La proprietà, op. cit.*, secondo il quale la funzione sociale costituisce il limite interno della proprietà, al pari del divieto degli atti emulativi (*ivi*: 129 e ss.); RODOTÀ S., *Note critiche in materia di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960: 1314 e ss.

⁷¹ PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 1991.

riferiscono esclusivamente alle situazioni creditorie ed alla nozione di adempimento, ma hanno rilevanza generale»⁷².

Nel legame che si crea tra la norma dell'art. 833 c.c. e l'art. 42 della Costituzione si apre la strada ad un'interpretazione di quest'ultima quale limite interno alla proprietà, «la ragione stessa per la quale il diritto di proprietà è stato attribuito ad un certo soggetto»⁷³.

Un'interessante lettura dell'art. 833 c.c. è stata svolta dal Natoli. Quest'ultimo è stato uno tra i primi autori italiani ad aver dimostrato la possibilità di inquadrare l'abuso del diritto come principio di ordine generale, evidenziando altresì le connessioni tra abuso del diritto e buona fede in ambito contrattuale, in cui l'abuso trova terreno fertile. Offrendo una lettura in chiave logico sistematica del divieto di atti a scopo emulativo consente di imporre un criterio di condotta dell'agire proprietario secondo un parametro obiettivo di correttezza. Lo scopo cui fa riferimento la disposizione viene inquadrato nell'ambito della buona fede, da intendersi in senso non soggettivo, ma in chiave obiettiva, come parametro che investe il piano dell'agire: il comportarsi secondo buona fede.

La disposizione, di conseguenza, dovrebbe essere funzionalmente collegata all'art. 1175 c.c., che impone al creditore, nell'esercizio del suo diritto, di comportarsi secondo le regole della correttezza, nonché agli artt. 1366, 1375 e 1337 c.c. Per l'Autore «in tutti i casi l'esercizio del diritto deve avvenire secondo buona fede»⁷⁴.

In tal modo il divieto degli atti emulativi incontra e si ricongiunge all'abuso, ossia al principio, implicito nell'ordinamento, che vieta di abusare del proprio diritto, o del potere di cui si è titolari, in occasione del suo esercizio.

Altri autori negano l'idoneità della norma a configurare un caso di abuso del diritto. Costoro tendono a riaffermare la ricostruzione dottrinale secondo cui l'art. 833 c.c. è norma che non limita, ma ribadisce il valore egoista del diritto di proprietà⁷⁵, escludendo l'inquadramento della disposizione nel principio costituzionale della funzione sociale della proprietà.

Si deve ritenere che la fattispecie emulativa, limite allo svolgimento dell'esercizio di un diritto, rappresenti una sorta di tappa obbligata nello svolgimento ricostruttivo teso

⁷² *Ivi*: 408.

⁷³ PERLINGIERI P., *Introduzione alla problematica della proprietà*, Napoli, 1971: 75.

⁷⁴ NATOLI U., *Note preliminari*, *op. cit.*: 28.

⁷⁵ PATTI S., *Abuso del diritto*, *op. cit.*: 4 e ss.

ad individuare l'operatività del principio che vieta l'abuso del diritto? O si dovrebbe sostenere che il disposto dell'art. 833 c.c. non sia idoneo a contenere gli spazi dell'abuso del diritto, e neppure a rappresentare lo strumento da cui ricavarne l'esistenza?

Parrebbe piuttosto da condividere l'indirizzo per il quale si danno «ragioni che suggeriscono ora di studiare gli atti del proprietario nella cornice dell'abuso, piuttosto che di dedurre la figura dell'abuso dall'angusta regolamentazione testuale degli atti emulativi»⁷⁶.

Ad oggi si può affermare che l'evoluzione del diritto soggettivo ha portato a una nuova comprensione, se non ad un superamento, del principio *qui suo iure utitur neminem laedit* che ora deve essere interpretato tenendo conto di una valutazione dell'esercizio del diritto sotto il profilo di un possibile abuso di esso⁷⁷.

Anche la proprietà, pur col suo retaggio individualistico, vede il proprio contenuto conformato in relazione alle categorie di beni su cui insiste e alle funzioni sociali che essi possono svolgere⁷⁸.

Aspetto problematico dell'abuso del diritto consiste nell'individuazione delle ipotesi in cui l'esercizio del diritto possa dirsi 'abusivo'. Non essendo tali ipotesi catalogate a priori, vi è il rischio che l'abuso possa mutare in strumento di controllo della condotta e delle scelte delle parti.

È questo il punto critico della discussione intorno all'abuso del diritto, perchè si tratta di misurare la prevalenza di uno dei due principi espressi, rispettivamente, dal brocardo *qui iure suo utitur neminem laedit* e dal latinismo *non omne quod licet honestum est*⁷⁹. La soluzione del contrasto è rimessa necessariamente al momento giurisdizionale, ed in essa è necessario che trovino posto non l'arbitrio del giudice, ma i valori costituzionali.

Ancora oggi ci sono autori che scrivono "contro l'abuso del diritto"⁸⁰, invocando l'antica esimente *qui suo iure utitur neminem laedit* ed equiparando l'*utitur* all'*abutitur*.

⁷⁶ BRECCIA U., *L'abuso del diritto*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, vol. V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1998: 38 e ss.

⁷⁷ Cfr. CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2006: 29, nota 59, in cui fa anche un riferimento alla Relazione al codice, n. 797.

⁷⁸ Cfr. MENGONI L., *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986: 5 e ss.

⁷⁹ «Non tutto quello che è lecito (fare) è giusto (secondo una norma di onestà)».

⁸⁰ Il riferimento è a ORLANDI M., *Contro l'abuso del diritto* (nota in margine a Cass., n. 20106/2009, cit.) in *Riv. dir. civ.*, 2/2010: 147 e ss.

Sicché l'antica massima dovrebbe essere così corretta: *qui suo iure abutitur neminem laedit*. È ben vero che, per i Romani, la proprietà era *ius utendi abutendi*⁸¹, ma perpetuare questa equiparazione ed estenderla ad ogni diritto soggettivo, sia reale, sia di credito, non è una grande proposta di civiltà giuridica⁸².

La stessa Cassazione replica: «Il principio *qui suo iure utitur neminem laedit* trova il giusto limite nell'altro *neque malitiis est indulgendum*»⁸³. Per chi ha scritto “contro l'abuso del diritto”, quest'ultimo è un non senso logico, e finisce con il dissolversi nello «spazio dell'illecito, che tutto attira nella propria sconfinata atipicità»⁸⁴.

Il fenomeno è di più vasta portata e tende, anche per i contratti con parti a pari forza contrattuale, alla verifica dell'equilibrio contrattuale e della sua permanenza nel tempo; si manifesta nell'uso dispiegato delle clausole generali: dalla meritevolezza di tutela dell'interesse perseguito (art. 1322, comma 2, c.c.), valutata anche in rapporto a singole clausole contrattuali, all'equità del contratto (art. 1374 c.c.), intesa anche come equità correttiva, alla buona fede nell'interpretazione del contratto (art. 1366 c.c.), ora considerata dalla Cassazione come criterio principale, e non più come criterio sussidiario, di interpretazione, in contrasto con l'antico *in claris non fit interpretatio*⁸⁵.

⁸¹ Letteralmente, “il diritto di utilizzare o consumare completamente”.

⁸² GALGANO F., *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contratto e Impresa*, 2/2011: 311 e ss.

⁸³ Letteralmente: “non si devono assecondare le persone maliziose”. Così Cass., sez. civ., n. 607/1952, in *Giur. it. mass.*, 1952: 172.

⁸⁴ ORLANDI M., *Contro l'abuso del diritto*, *op. cit.*: 159. Sul punto si v., *contra*, l'autorevole contributo di GALGANO F.: *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, *op. cit.*: 317, in cui l'A. contesta che una questione di diritto possa tradursi in una questione di congruenza logica di un concetto.

⁸⁵ Cass., sez. civ., n. 8619/2006 in *Mass. Giur. It.*, 2006. Si v. GALGANO F., *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, *op. cit.*: 314.

Sezione II

L'abuso come limite all'autonomia contrattuale delle parti

SOMMARIO: Premessa introduttiva. 1. Abuso del diritto e buona fede oggettiva. 2. Il “governo giudiziario dell'autonomia contrattuale”

Premessa introduttiva

Alla luce di quanto illustrato nella sezione precedente con riguardo ad una ricostruzione, in termini storici, dell'istituto dell'abuso del diritto, occorre ora svolgere un'indagine specifica sull'utilizzo che ne ha fatto, negli ultimi anni, la Giurisprudenza. Come verrà evidenziato, quest'ultima ha, sempre più spesso, accostato, ed in alcuni casi sovrapposto, l'abuso del diritto all'istituto della buona fede oggettiva. A questo punto, seguirà un'analisi del *leading case* in materia, il noto caso *Renault* del 2009, con cui la Suprema Corte individua, in maniera netta e per la prima volta, gli elementi sintomatici dell'abuso del diritto, accostandolo alla buona fede contrattuale.

Occorre rilevare che l'analisi dei passaggi logici che hanno condotto alla decisione mette in evidenza un'importante tendenza degli ultimi anni: il giudice effettua, ormai, un vero e proprio controllo sul contratto, con il fine di valutare se le parti abbiano operato nel rispetto dei principi di buona fede, lealtà e correttezza. Sembra sia stata data cittadinanza ad una sorta di principio secondo cui i giudici hanno il potere di modificare od integrare il regolamento contrattuale pattuito liberamente dalle parti. In questa sezione ci si propone di individuare gli aspetti critici di una simile tendenza: il rischio è quello di consegnare al giudice un potere che “incide” eccessivamente sull'autonomia contrattuale delle parti.

1. Abuso del diritto e buona fede oggettiva

Al fine di comprendere l'utilizzo che il giudice ha fatto nell'ultimo decennio dell'abuso del diritto - utilizzandolo come vero e proprio "strumento" - risulta opportuno ripercorrere i passaggi logici attraverso cui la Suprema Corte si è mossa nel 2009. Ci si riferisce al noto caso *Renault*.

Attraverso questa decisione è emerso che il giudice effettua un vero e proprio controllo sul contratto con il fine ultimo di valutare se le parti abbiano operato nel rispetto dei principi di buona fede, lealtà e correttezza.

La Corte di Cassazione ribadisce l'indirizzo secondo cui il principio di correttezza e buona fede, che richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e viceversa⁸⁶, deve essere inteso in senso oggettivo e viene agganciato, allo stesso tempo, ad un dovere di solidarietà⁸⁷ fondato sull'art. 2 della Costituzione. È evidente quale sia la *ratio*: conferire ai giudici il potere di contemperare i diritti e gli interessi delle parti in causa, in una prospettiva di equilibrio dei comportamenti economici⁸⁸.

In tale sede appare necessario distinguere il ricorso del giudice alla clausola generale di buona fede dal giudizio di tipo equitativo, eccesso in cui cade sovente la giurisprudenza tedesca⁸⁹. In altri termini, il ricorso al divieto di abuso del diritto e al principio di buona fede e correttezza devono rappresentare criteri volti a contenere le conseguenze negative di un'applicazione eccessivamente formalistica del diritto⁹⁰.

Secondo alcuni, per fare un corretto utilizzo della nozione di buona fede oggettiva è importante che non vengano considerati giudizi di valore caratterizzati dal ricorso all'etica e alla morale⁹¹, poiché «la buona fede non può mai essere un criterio che plasm

⁸⁶ Si v., in tal senso, la Relazione ministeriale al codice civile.

⁸⁷ Viene sancito l'obbligo di ponderare gli interessi in gioco. Si v. BIGLIAZZI GERI L., *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., 2/1988: 176.

⁸⁸ Nella fattispecie, la Corte Suprema ha cassato con rinvio la sentenza del giudice di merito, poiché in relazione al contratto di concessione di vendita tra la *Renault* Italia e una pluralità di concessionari aveva ritenuto che l'espressa previsione contrattuale del recesso *ad nutum* in favore della casa automobilistica non potesse consentire all'organo giudicante alcun sindacato su tale facoltà, dal momento che non era necessario un controllo causale circa l'esercizio di un potere che rientrava nella libertà di scelta dell'operatore economico in un libero mercato.

⁸⁹ MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986: 8.

⁹⁰ La precipua funzione della clausola di buona fede viene ad assumere un valore di indice di emergenza di taluni interessi, altrimenti destinati a non acquisire un risalto adeguato, se si seguisse una concezione formalistica del diritto, BIGLIAZZI GERI L., *op. cit.*: 172.

⁹¹ BIGLIAZZI GERI L., *ivi*: 188.

l'esistenza di un rapporto obbligatorio in modo eteronomo, stante anche l'operatività del divieto di *venire contra factum proprium*»⁹².

A tal proposito occorre fare un passo indietro, facendo un parallelismo tra la buona fede oggettiva e l'abuso del diritto. Il divieto di abuso del diritto inizialmente sembrava doversi considerare come uno strumento di raccordo tra la sfera del diritto in senso stretto e formale e quella della morale, guardando alla sostanza. Tale idea, inizialmente elaborata dalla dottrina francese, fu abbandonata sia sul piano teorico che su quello normativo, nella fase di formazione del moderno diritto privato apparendo incongruente e contraddittoria. Difatti, ci sarebbe, in tal caso, una sovrapposizione di due giudizi qualitativamente differenti: il primo di stretto diritto ed il secondo di ordine etico-morale.

Essendo prevalsa l'idea, anche con le nuove codificazioni, che l'abuso del diritto non potesse esprimere l'antica tensione tra morale e diritto, la figura dell'abuso, come nel caso *Renault* la buona fede oggettiva, ha trovato, con il tempo, il suo referente nella tendenza all'allargamento del controllo giudiziale sugli atti dei privati, rappresentando lo strumento attraverso il quale "controllare" tali atti⁹³. È stato sottolineato da alcuni autori come vi sia stata anche la spinta dei giuristi anglosassoni ad aver contribuito a far prevalere questa seconda visione, attraverso la teorizzazione della necessità di un approccio empirico ed economico al problema, sostanzialistico⁹⁴.

È proprio attraverso questo approccio che l'abuso del diritto, ed anche, si aggiunge, la buona fede oggettiva hanno cominciato a rappresentare un correttivo rispetto ad un sistema che potesse rimanere totalmente fedele alle scelte normative effettuate e a diritti astrattamente e formalmente attribuiti ai consociati pur quando il concreto atto di esercizio del diritto stesso risultasse in contrasto con alcuni principi ispiratori dell'ordinamento, sacrificando in tal modo un certo grado di certezza alle superiori esigenze della giustizia⁹⁵.

⁹² MENGONI L., *op. cit.*: 9.

⁹³ Sul punto si v. l'autorevole contributo di LIPARI N., *Per un ripensamento delle fonti-fatto nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2/2013: 1207 e ss.

⁹⁴ In tal senso si v. MONATERI P.G., *Abuso del diritto e simmetria del contratto (un saggio di Comparative Law and Economics)*, in AA. VV., *Diritto privato*, vol. III, *L'abuso del diritto*, Cedam, Padova: 93 e ss.

⁹⁵ In questo senso si è espresso PATTI S., *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Utet, Torino, 1987: 2 e ss.

Come è stato più volte osservato da illustri autori⁹⁶, la clausola generale di buona fede contemplata nell'art. 1375 c.c. rientra nel novero delle funzioni demandate ai giudici⁹⁷, ma è fondamentale comprendere che una clausola generale ha sempre una portata percettiva autonoma e non rappresenta una norma o un precetto generali⁹⁸. Al giudice, pertanto, è concesso ricorrere ad una clausola generale per utilizzare una discrezionalità di fatto, ma non una discrezionalità produttiva o integrativa di norme⁹⁹.

Autorevole dottrina¹⁰⁰ ha sottolineato come le clausole impartiscano al giudice una misura, una direttiva, per la ricerca della norma da impiegare, rappresentando, in sostanza, una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza l'utilizzo di un modello precostituito da una fattispecie normativa astratta.

Le clausole generali, quindi, possono essere definite «norme di direttiva, che delegano al giudice la formazione della decisione attraverso il riferimento ad uno standard sociale»¹⁰¹.

Mediante il ricorso alla clausola generale di buona fede il giudice valuta un contratto secondo regole di comportamento dalle quali trae un criterio di interpretazione del regolamento contrattuale, ma dovrebbe limitarsi a verificare la regolarità del comportamento nei rapporti contrattuali di quella fattispecie, per poi confrontare o il contenuto della dichiarazione negoziale, ove occorra chiarire le intenzioni comuni alle parti, o i modi di esecuzione del contratto¹⁰², nel caso in cui sia necessario valutarne l'esattezza.

È opportuno perciò evitare che sotto l'aspetto della buona fede si insinuino un giudizio di equità finalizzato a modificare i regolamenti legali¹⁰³.

⁹⁶ RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969: 246 e ss. L'A. sottolinea la differenza tra la buona fede e l'equità: quest'ultima non rientra nella disponibilità del giudice perché, al contrario della buona fede, non implica l'individuazione di un parametro, ma riguarda un ampliamento dei poteri del giudice in merito a circostanze che, altrimenti, sarebbero giuridicamente irrilevanti.

⁹⁷ BIANCA C. M., *Diritto civile*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1984: 493. La buona fede viene descritta come l'impegno che obbliga ciascuna parte a considerare l'interesse dell'altra, prescindendo da determinati obblighi contrattuali o extracontrattuali.

⁹⁸ MENGONI L., *op. cit.*: 9 e ss.

⁹⁹ Sul tema si v. diffusamente NANNA C. M., *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Cedam, Padova, 2010.

¹⁰⁰ Le clausole generali sono descritte come norme incomplete, poiché non hanno una fattispecie autonoma, ma sono destinate a concretizzarsi nell'ambito dei programmi normativi di altre disposizioni. Si v., a proposito, MENGONI L., *op. cit.*: 11.

¹⁰¹ *Ivi*: 13.

¹⁰² *Ivi*: 14 e ss. Alle clausole generali viene così attribuita la funzione di conservare le aspettative fondate su modelli di condotta già consolidati dall'esperienza.

¹⁰³ BIGLIAZZI GERI L., *op. cit.*: 84. L'A. osserva come il contratto si interpreti e si esegua secondo buona fede (artt. 1366, 1175 e 1375 c.c.), mentre si integri secondo equità, solo in assenza della fonte legale o

Il giudizio della Suprema Corte ha avuto il merito di porre l'accento sul fatto che gli obblighi riconducibili alla buona fede oggettiva riguardano soprattutto l'esecuzione del rapporto contrattuale, oltre alla sua nascita, sviluppando il ragionamento che, in tema di contratti, il principio della buona fede debba presiedere all'esecuzione (art. 1375 c.c.) ed all'interpretazione (1366 c.c.), con l'obbligo di accompagnare il rapporto contrattuale in ogni sua fase¹⁰⁴.

Nell'attuale dibattito sulla materia si ritiene che si profili una situazione di abuso nel momento in cui la libertà garantita dalla norma può dar luogo a responsabilità. In tale ipotesi la libertà e il potere conferiti da una norma vengono "contenuti" da un limite, che si dispiega nel divieto di abuso del diritto, da sempre piuttosto vago. Occorre, pertanto, valutare di caso in caso se ricorra un'eventuale deviazione dell'esercizio del diritto rispetto allo scopo per il quale il diritto stesso è stato attribuito.

Qualora un contratto preveda il diritto di recesso *ad nutum* in favore di una delle parti, il giudice di merito non può esimersi dal valutare se l'esercizio di tale facoltà sia stato effettuato nel pieno rispetto delle regole di correttezza e buona fede. Quindi, il fatto che i contraenti abbiano previsto espressamente quella clausola in virtù della libertà e dell'autonomia contrattuale che la legge stessa prevede, non fa venire meno tale controllo.

Il giudice si trova spesso nella condizione se non di formulare una norma implicita, quantomeno di tracciare il solco di un comportamento sanzionabile e, proprio in questo frangente si pone il problema di stabilire l'argine tra la certezza del diritto e l'autonomia del giudice di valutare la fattispecie concreta.

Autorevole dottrina¹⁰⁵ ha evidenziato che anche nei Paesi in cui vi è stata un'esplícita codificazione del divieto dell'abuso del diritto, sia la dottrina che la giurisprudenza si sono adoperate per circoscriverne, e spesso anche per neutralizzarne, l'ambito di operatività.

degli usi (art. 1374 c.c.) e lo si interpreti secondo equità solamente quando il suo significato sia rimasto oscuro (art. 1371 c.c.).

¹⁰⁴ Cass., sez. civ., n. 5348/2009, in *Mass. Giur. It.*, 2009.

¹⁰⁵ PINO G., *Il diritto il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004: 25 e ss.; PATTI S., *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Utet, Torino, 1987: 2 ess.; SACCO R., *Il diritto soggettivo, L'esercizio e l'abuso del diritto*, op. cit.: 319 e ss.

La sentenza sul caso *Renault* sembra alterare, se non sconvolgere, il principio secondo cui ai giudici spetterebbe applicare il diritto, e non di crearlo, introducendo una sorta di sindacato sulla causa del recesso non prevista dal legislatore¹⁰⁶.

Sono state avanzate numerose obiezioni nei confronti di questa sentenza, specialmente da parte degli interpreti più restii ad un'estensione del divieto di abuso del diritto.

Alcune osservazioni¹⁰⁷ hanno subito contestato chi sosteneva una presunta antinomia tra abuso e contratto, evidenziando, in modo pertinente, come esista una vera e propria commistione tra la disciplina ascrivibile alla macro categoria dei contratti e la necessità di vietare le condotte abusive¹⁰⁸.

Non sembra né logico né razionale, difatti, configurare una presunta inconciliabilità tra il termine abuso e l'alveo dei diritti o dei contratti. Anzi, sembra auspicabile un convinto divieto di abuso del diritto in quei rapporti che sono dominati dall'organizzazione di interessi¹⁰⁹, soprattutto quando si tende a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, come statuito nel comma 2 dell'art. 3 della Costituzione.

Più arduo sembra il richiamo di questo istituto quando sono in gioco i diritti e le libertà dell'individuo, specialmente quando si tratta di un contratto sinallagmatico liberamente stipulato da due soggetti. Come affermato da più autori, «si è riscontrato un consistente entusiasmo in merito alla capacità dei giudici di legittimità di compiere un ragionamento avulso da concetti obsoleti e retorici»¹¹⁰.

¹⁰⁶ D'AMICO G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Giurisprudenza*, 1/2010: 17 e ss.: «Se infatti non è richiesta una "causa" per recedere, non c'è neanche un "oggetto" su cui esercitare un controllo in questa direzione; e, quand'anche, accidentalmente, il motivo del recesso risultasse enunciato e/o fosse comunque individuabile, non per questo esso cesserebbe di essere irrilevante, né per questo diventerebbe possibile un suo sindacato».

¹⁰⁷ MACARIO F., *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 12/2009: 1577 e ss.

¹⁰⁸ DI MARZIO F., *Abuso contrattuale*, in *Enc. giur.*, vol I. Giuffrè, Milano, 2007: 1 e ss.

¹⁰⁹ RESCIGNO P., *op. cit.*: 142 e ss. Si fa esplicito riferimento all'utilità dell'istituto dell'abuso nei casi di disparità economiche e sociali dei gruppi di persone, i quali devono essere tutelati secondo il dettato normativo della nostra Costituzione.

¹¹⁰ MACARIO F., *Recesso ad nutum e valutazione di abusivi nei contratti tra imprese, op. cit.*: 1587. L'A. auspica che i giudici siano sempre capaci di pervenire ad una ricostruzione fattuale, al fine di applicare correttamente le norme in un dato contesto.

2. Il “governo giudiziario dell’autonomia contrattuale”

Si noti che, a partire da circa un decennio, si è aperto un varco nel nostro ordinamento giuridico, all’interno del quale è stata data cittadinanza al principio secondo cui i giudici hanno il potere di modificare od integrare il regolamento contrattuale pattuito liberamente dalle parti. Questa tendenza è riscontrabile anche dalla lettura della sentenza n. 20106/2009.

Le motivazioni della Corte sembrerebbero, in alcuni punti, quasi carenti rispetto all’approfondimento del rapporto tra buona fede e abuso del diritto. Ciononostante viene affermato con una certa fermezza che il «criterio rivelatore della violazione dell’obbligo di buona fede oggettiva è quello dell’abuso del diritto»¹¹¹.

Sembra incontrovertibile l’affermazione di chi sostiene che la caratteristica principale del divieto di abuso del diritto consista nell’attribuzione di un notevole grado di discrezionalità all’interprete¹¹².

Questa discrezionalità nel caso *Renault* sembra finisca per essere trasferita totalmente nelle mani del giudice, il quale parrebbe divenire il titolare di un potere di etero-integrazione del diritto, potere esercitato tramite il ricorso a giudizi di natura morale sul caso concreto.

A conferma delle oggettive difficoltà di inquadrare l’istituto dell’abuso del diritto in una cornice unitaria e certa, si dà rilievo sia a quelli autori che esprimono qualche riserva sulla possibilità di chiarire e concettualizzare una formula normativa così problematica¹¹³, sia a coloro i quali dubitano della razionalità di un potere auto-attributivo da parte dei giudici di correggere il diritto positivo in base a parametri *extra ordinem*, che sono potenzialmente “idiosincratici”¹¹⁴.

Appare difficile tracciare il confine entro il quale il giudice non possa pronunciarsi e sembra palesemente arbitraria la previsione di un potere di controllo del giudice diretto sugli atti di autonomia privata, poiché sussisterebbero i prodromi per un controllo di opportunità e ragionevolezza su una serie di atti privati che necessitano di tempi rapidi e certezza del diritto.

¹¹¹ Così si legge nelle motivazioni della sentenza sul citato caso *Renault*, la n. 20106/2009.

¹¹² Così PINO G., *op. cit.*: 55.

¹¹³ SCOGNAMIGLIO C., *Ingiustizia del danno*, in *Enc. giur.*, Roma, 1996: 11 e ss.

¹¹⁴ PINO G., *op. cit.*: 60.

In sostanza, sembrerebbe razionale concordare con la previsione del divieto dell'abuso del diritto in tutte quelle fattispecie in cui si preveda espressamente una reale ed oggettiva disparità tra le parti, come sancisce la nostra Costituzione.

D'altro canto parrebbe una forzatura l'estensione del principio di abuso del diritto a quegli atti che vengono posti in essere in virtù del principio dell'autonomia contrattuale e del libero scambio, non tanto per questioni dottrinali, ma, soprattutto perché si verrebbe a creare indubbiamente un'ipertrofia di contenzioni demandati ai giudici, senza che si sia effettivamente prefigurato un contrasto con norme imperative, creando in tal modo un *vulnus* alla stessa certezza del diritto.

Il rischio concreto sembrerebbe quello di vedere pregiudicata la libertà contrattuale ed economica delle parti.

È certamente giusto il perseguimento dell'equilibrio e della correttezza dei comportamenti economici, ma tale principio non può sopprimere totalmente i diritti e i poteri nascenti da un contratto stipulato liberamente, soprattutto quando quel contratto è estraneo rispetto a quelle fattispecie tipiche previste dal legislatore, il quale ha già disposto alcuni "squilibri contrattuali", giustificati però dalle qualità e specificità delle parti.

Proprio perché l'ordinamento italiano non ha positivizzato il divieto di abuso del diritto, è sempre efficace attenersi a valutazioni ascrivibili alla stretta legalità delle fattispecie, senza avventurarsi nell'applicazione di principi tesi all'innovazione dei precetti giuridici alla luce di esigenze morali.

Non sarebbe auspicabile, infatti, che dalla certezza del diritto si approdasse all'incertezza del giudizio.

Nella sentenza¹¹⁵, in particolare, è stato fatto espresso riferimento al principio dell'abuso del diritto, nonostante la fattispecie potesse essere valutata mediante il criterio della buona fede oggettiva, senza necessità di commistione con l'istituto anzidetto. Chi sostiene ciò si muove certamente in una prospettiva di critica della sentenza in questione.

¹¹⁵ Si noti come nella sentenza stessa viene affermato che «Con il divieto dell'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», salvo poi asserirsi smentendo che: «Nel nostro codice non esiste una norma che sanziona, in via generale, l'abuso del diritto».

Al contrario, tra i contributi dottrinali più significativi¹¹⁶ che si registrano sul tema, nel periodo più recente, emerge quello che si muove nella prospettiva di una articolata difesa degli svolgimenti argomentativi della sentenza del 2009.

Nel saggio che condivide le argomentazioni della Suprema Corte, si sottolinea, *in primis*, che, nonostante le numerose critiche che la sentenza ha suscitato, la categoria dell'abuso del diritto costituisce in realtà uno strumento del quale si è avvalsa l'elaborazione giurisprudenziale della Suprema Corte, sia all'interno del tema classico dell'abuso del diritto di proprietà, sia nell'area del diritto delle obbligazioni e dei contratti.

L'estensione della categoria dell'abuso del diritto alla materia contrattuale sembrerebbe essere il frutto di una operazione ermeneutica già più volte, anche nel recente passato, posta in essere dalla giurisprudenza: ed in questa prospettiva verrebbe in considerazione soprattutto l'elaborazione giurisprudenziale che ha utilizzato il concetto di abuso del diritto nella materia del recesso dal contratto di apertura del credito¹¹⁷.

D'altra parte, come osserva Galgano, proprio lo specifico problema che la sentenza n. 20106/2009 ha risolto, ovvero la verifica della modalità, nel caso concreto abusiva, dell'esercizio del diritto di recesso dal contratto, sarebbe tale da rendere lampante l'assenza di un pericolo del depotenziamento del vincolo contrattuale.

Questa prospettiva mette altresì in luce che l'essenza del vincolo contrattuale risieda proprio nell'esigenza di rispettarlo, e non già nell'attribuzione, eventuale, alle parti contraenti del potere di recedere. In tale prospettiva, il conferimento al giudice del potere di analizzare e valutare le modalità di un esercizio corretto del diritto di recesso sarebbe funzionale ad una più efficace tutela del vincolo contrattuale e non, invece, e come sostenuto da alcuni, ad un indebolimento del medesimo.

Si tratterebbe, in altre parole, di una tecnica di "governo giudiziario della discrezionalità contrattuale" praticata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione fin dagli anni Novanta secondo una linea di tendenza che, anche in riferimento ai contratti le cui parti hanno pari forza contrattuale, si orienta verso la concreta verifica dell'equilibrio contrattuale e della sua permanenza nel tempo e si manifesta attraverso l'uso sempre maggiore e incisivo delle clausole generali.

¹¹⁶ GALGANO F., *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contratto e impresa*, 3/2011: 311 e ss.

¹¹⁷ GALGANO F., *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, *op. cit.*: 314.

In questa prospettiva, verrebbero in considerazione diversi strumenti tecnici di esercizio del potere giudiziario di governo della discrezionalità contrattuale. Prima di tutto il parametro della meritevolezza di tutela dell'interesse perseguito – cui ha riguardo, come è noto, l'art. 1322, comma 2, c.c. – a sua volta bisognoso di valutazione pure con riferimento a singole clausole contrattuali; l'equità contrattuale – così come disciplinata dall'art. 1374 c.c. – che potrebbe rilevare anche come equità correttiva; la buona fede nell'interpretazione del contratto ex art. 1366 c.c., destinata a configurarsi ora, ed anche nella giurisprudenza della Suprema Corte, quale criterio principale e non più come criterio sussidiario, di interpretazione, restando così superato senz'altro il discusso canone ermeneutico secondo il quale *in claris non fit interpretatio*¹¹⁸.

L'orientamento che emerge dalla sentenza della Cassazione in commento sarebbe, inoltre, espressione di una giurisprudenza che andrebbe valutata con favore anche in termini di analisi economica del diritto. Infatti, operando come ha fatto la Suprema Corte nel 2009 si passerebbe da una visione puramente quantitativa ad una visione altresì qualitativa della circolazione della ricchezza. Inoltre, si procederebbe ad una valutazione sempre più sensibile della congruità causale del contratto, così come articolato nelle sue singole clausole, nella prospettiva di un'indagine penetrante circa l'effettiva giustificazione dell'atto di scambio, non fermandosi alla “forma”.

Certamente, si tratterebbe di una prospettiva nuova attraverso cui guardare il problema della giustizia del contratto. Ma è opportuno considerare che, ragionando in una tale prospettiva, l'esigenza della giustizia contrattuale potrebbe senz'altro venire in considerazione come un potente fattore di sviluppo economico, essendo in grado di dispiegare su questo piano effetti favorevoli, quali lo sviluppo della propensione a contrattare e soprattutto l'incremento della fiducia del mercato¹¹⁹.

D'altra parte non vi è dubbio che questo strumento, che potenzialmente devolve al giudice il potere di svolgere un controllo di tipo qualitativo sulla circolazione della ricchezza, rafforza proprio la considerazione del suo ruolo nella prospettiva di un assetto «il cui primato della legge passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice»¹²⁰.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ Cfr., in questi termini, VETTORI G., *Dialogo fra le corti e tecnica rimediabile*, in *Persona e Mercato-Saggi*, 2010: 281. L'A. pone l'accento sull'apporto che la giurisprudenza di legittimità fornisce al nostro

A sostegno di quanto detto, merita di essere qui menzionata, per la peculiarità dell'ipotesi di fatto sulla stessa decisa, una sentenza del 2010¹²¹.

La decisione ha risolto un caso nel quale, all'interno di un contratto di locazione, la parte locatrice, a sua volta debitrice nei confronti di quella conduttrice in relazione ad un distinto contratto (avente ad oggetto l'esecuzione di lavori di ristrutturazione dell'immobile oggetto del rapporto di locazione), aveva ommesso di detrarre dai canoni di locazione, pure da essa reclamati e dovuti in effetti dalla parte conduttrice, le somme a quest'ultima dovute.

Tale condotta aveva poi costituito «il passaggio obbligato per la successiva intimazione di sfratto per morosità, intervenuta con assai peculiare tempismo, e ciò tanto più che l'omessa compensazione, peraltro specificamente opposta dalla controparte, costrinse l'ente (n.d.r.: il locatore) a esborsi che ben avrebbe potuto evitare, se non avesse avuto il trasparente intento - di cui andrà scrutinata la corrispondenza ad un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico - di cristallizzare e rendere irreversibile l'inadempimento del conduttore».

Nella motivazione della sentenza, il problema del fondamento normativo della regola di divieto di abuso del diritto è risolto, secondo una modalità argomentativa che abbiamo già visto essere largamente accreditata, attraverso il richiamo alla regola di buona fede oggettiva¹²², osservandosi che quest'ultima comporta «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».

ordinamento, anche con la sent. Cass., sez. civ., n. 10741/2009, in *Contratto e impresa*, 2/2010: 366 e ss., con nota di FRANZONI M., *L'interprete del diritto nell'economia globalizzata*, la quale, sia pure con riferimento ad un'area di problemi piuttosto diversa da quella oggetto della nostra riflessione in questa sede (nel caso di specie si trattava della risarcibilità del danno subito dal nascituro per la negligenza del medico curante la madre) ha rivendicato senz'altro alla giurisprudenza di legittimità il ruolo di fonte del diritto. Può essere interessante rammentare, come indice della sempre maggiore consapevolezza avvertita dalla giurisprudenza in ordine alle operazioni valutative cui il giudice è chiamato attraverso l'utilizzazione della regola di buona fede nel governo del contratto, anche il fatto che una recente Relazione tematica dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione (n. 116 del 10 ottobre 2010), è appunto dedicata alla buona fede come fonte di integrazione dello statuto contrattuale e al ruolo del giudice nel governo del contratto.

¹²¹ Cass., n. 13208/2010, con nota di RICCIO A., *Abuso del diritto di sfratto del locatore inadempiente*, in *Contratto e impresa*, 2/2011: 297 e ss.

¹²² Non si fa menzione invece della disposizione dell'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che pure, come si è osservato sopra, pare costituire ormai un riconoscimento normativo sufficientemente chiaro del divieto dell'abuso del diritto nel nostro ordinamento.

Su tale premessa, la sentenza rileva che l'assenza nel nostro codice di una norma che sanzioni, in via generale, l'abuso del non ha impedito, a una giurisprudenza attenta, di sanzionare con l'illegittimità la cosiddetta "interruzione brutale del credito", e cioè il recesso di una banca da un rapporto di apertura del credito tutte le volte in cui, benché pattiziamente consentito, esso assuma connotati di arbitrarietà¹²³; ovvero di colpire con l'invalidità la delibera assembleare affetta da eccesso di potere della maggioranza, in quanto adottata ad esclusivo beneficio della stessa ed in danno dei soci di minoranza¹²⁴, «spingendosi al punto da prefigurare, in ambito contrattuale, in nome del dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 della Cost., un sindacato – anche in senso modificativo o integrativo – dello statuto negoziale¹²⁵ nonché un controllo di ragionevolezza di singole clausole, in funzione di contemperamento degli opposti interessi dei paciscenti»¹²⁶.

La giurisprudenza sembrerebbe suggerire la possibilità di tradurre il divieto di abuso del diritto sul piano del controllo di ragionevolezza dell'esercizio delle situazioni giuridiche soggettive, restando invece affidata alla clausola di buona fede la verifica dei comportamenti delle parti del contratto o del rapporto nella prospettiva della lealtà e della solidarietà.

Oggi, una volta affermatesi prepotentemente le clausole generali¹²⁷, la ricostruzione dell'abuso del diritto sembra essersi saldamente ancorata alla buona fede¹²⁸, «alla

¹²³ Cfr. Cass., sez. civ., n. 2642/2003, in *Mass. Foro it.*, 2003; Cass., sez. civ., n. 15482/2003, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1/2004: 305 e ss., con nota di GRONDONA M., *Disdetta del contratto, abuso del diritto e clausola di buona fede: in margine alla questione del precedente giudiziale*: 309 e ss.

¹²⁴ Cfr. Cass., sez. civ., n. 27387/2005, in *Mass. Giur. It.*, 2005.

¹²⁵ Cfr. Cass., S.U. civ., n. 23726/2007, in *Riv. dir. civ.*, 3/2009: 20347 e ss., con nota di DONATI A., *Buona fede, solidarietà, esercizio parziale del credito (ancora in ritorno a Cass., S.U. civ., n. 23726/2007)*; Cass. S.U. civ., n. 18128/2005, in *Foro it.*, 1/2006: 106, con nota di PALMIERI A., *op. cit.*

¹²⁶ Cfr. Cass., sez. civ., n. 20106/2009, *cit.*

¹²⁷ Sul tema si v. MESSINETTI D., voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. II, Giuffrè, Milano, 1998: 1 e ss. L'A. insiste sul ruolo delle clausole generali quali strumenti idonei a rendere duttile il sistema e quindi a mediare «tra i valori umani e sociali, da un lato, e la libertà dell'agire, formalizzata o meno nello schema del diritto soggettivo, dall'altro [...]».

¹²⁸ Cfr. GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, vol. II, 3a ed., Cedam, Padova 2014: 659, per il quale la violazione del dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto può configurarsi come abuso del diritto; cfr. anche PIRAINO F., *Il divieto di abuso del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 108 e ss., (in particolare 155); nonché LIPARI N., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano 2017: 216. Un esempio che ci proviene direttamente dalla giurisprudenza sul tema più recente è da ricondursi alla recente Cass., sez. civ., n. 23868/2015, in *I Contratti*, 7/2016: 659 e ss., con nota di PIRAINO F., *Il controllo giudiziale di buona fede sulla clausola risolutiva espressa*, di cui si v., nello specifico, la nt. 16. Nello stesso senso si è espressa precedentemente la Suprema Corte con la nota e più volte citata Cass., sez. civ., n. 20106/2009, in cui si afferma che il criterio rivelatore della violazione della buona fede oggettiva è l'abuso del diritto: «Costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti, anche di un rapporto privatistico l'interpretazione dell'atto giuridico di autonomia privata e, prospettando l'abuso, la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti. Qualora la finalità perseguita non

luce di un percorso che, in epoca contemporanea, è reso ancor più agevole dalla diretta invocazione dei principi costituzionali e della solidarietà costituzionale quale parametro esterno di valutazione qualsivoglia comportamento facoltizzato da una norma (ovvero da una clausola contrattuale)»¹²⁹.

Ci si riferisce prima di tutto all'ordinanza della Corte Costituzionale con la quale è stata sancita la diretta applicabilità dell'art. 2 della Costituzione – relativamente all'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà – unitamente al canone di buona fede¹³⁰, così decretando il potere del giudice di sanzionare con la nullità la clausola che contempra una somma manifestamente sproporzionata a titolo di caparra confirmatoria¹³¹.

In secondo luogo va fatto riferimento anche a quella giurisprudenza che, in presenza di un inadempimento di un'obbligazione dedotta in una clausola risolutiva espressa, sottopone comunque al vaglio di non abusività, alla luce della clausola generale di buona fede e correttezza, l'atto con il quale il creditore della prestazione inadempita dichiara di avvalersi di detta clausola¹³².

In tal ultimo caso siamo in presenza di un diritto (potestativo) - quello di avvalersi della clausola risolutiva espressa al verificarsi dell'inadempimento dell'obbligazione in essa dedotta – che trova la sua *ratio* nella previa valutazione delle parti, compiuta in sede di esplicazione dell'autonomia contrattuale, circa l'essenzialità dell'adempimento di una

sia quella consentita dall'ordinamento, si avrà abuso». In senso critico su tale accostamento si è espresso Castronovo, in CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015: 108 e ss., il quale afferma che le due figure vanno tenute distinte: «L'abuso del diritto, se è tale, non ha bisogno della buona fede per dare fondamento al proprio effetto; reciprocamente, la buona fede ha un ambito di applicazione suo proprio, all'interno del quale l'abuso del diritto non è in grado di aggiungere nulla».

¹²⁹ In tal senso si v., da ultimo, BALESTRA L., *Rilevanza, Utilità (e abuso) dell'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2017: 541 e ss.

¹³⁰ Corte Cost., 2 aprile 2014, n. 77, in *Contratti*, 2014: 853, con nota di PAGLIANTINI S.

¹³¹ Nel caso di specie ad essere sanzionata è l'iniquità di una clausola contrattuale così come scaturita dall'accordo delle parti e non il comportamento dalle medesime facoltizzato.

¹³² Cass., sez. civ., n. 23868/2015, in *CED Cassazione*, 2015. La Suprema Corte afferma: «Anche in presenza di clausola risolutiva espressa, i contraenti sono tenuti a rispettare il principio generale della buona fede e il divieto di abuso del diritto, preservando l'uno gli interessi dell'altro. Il potere di risolvere di diritto il contratto avvalendosi della clausola risolutiva espressa, in particolare, è necessariamente governato dal principio di buona fede, da tempo individuato dagli interpreti sulla base del dettato normativo (artt. 1175, 1375, 1356, 1366 e 1471 c.c.) come direttiva fondamentale per valutare l'agire dei privati e come concretizzazione delle regole di azione per i contraenti in ogni fase del rapporto (precontrattuale, di conclusione e di esecuzione del contratto). Il principio di buona fede si pone allora, nell'ambito della fattispecie dell'art. 1456 c.c., come canone di valutazione sia dell'esistenza dell'inadempimento, sia del conseguente legittimo esercizio del potere unilaterale di risolvere il contratto, al fine di evitarne l'abuso ed impedendone l'esercizio ove contrario ad essa (ad esempio escludendo i comportamenti puramente pretestuosi, che quindi non riceveranno tutela dall'ordinamento)».

determinata obbligazione, al fine di realizzare l'interesse del contraente creditore – valutazione tesa a scongiurare qualsivoglia controllo giudiziale, una volta accertato che inadempimento vi sia stato, in merito alla scelta di provocare la risoluzione del contratto – e che nondimeno è suscettibile, a seconda delle concrete circostanze in cui viene esercitato, di essere tacciato di abusività.

I profili di incertezza che permeano la figura dell'abuso del diritto, in realtà, non concernerebbero quelle ipotesi in cui è la legge stessa a sanzionare forme di abuso, sancendo limiti ben precisi rispetto a comportamenti in via generale facoltizzati¹³³.

I problemi nascono allorché i limiti debbano essere ricavati dal sistema, perché è in questi casi che si annida il rischio di abuso dell'abuso del diritto¹³⁴.

È proprio con riguardo al recesso *ad nutum* dal contratto che si è ampiamente parlato del fenomeno del “governo giudiziario dell'autonomia contrattuale”.

Occorre fare un passo indietro. Per comprendere appieno il caso *Renault*, più volte citato, risulta opportuno, seppur succintamente, entrare nel merito della questione.

Nel luglio 2002 la Commissione europea ha adottato un regolamento¹³⁵ di esenzione per categoria in materia di accordi di distribuzione di autoveicoli¹³⁶.

In virtù di questa disciplina la *Renault* aveva pieno diritto di recedere dal contratto, purché nel rispetto del termine previsto di preavviso di un anno.

Si è voluto concedere questo lungo termine di preavviso soprattutto nell'interesse del rivenditore di autovetture, che in virtù di questo tipo di contratti è tenuto ad osservare una serie di obblighi molto stringenti e onerosi, che si sostanziano perfino nel dovere di allestire secondo determinate direttive impartite dal concedente, o produttore, i locali ove viene svolta l'attività di rivendita, senza poi considerare gli ingenti investimenti compiuti, l'esigenza di smaltimento delle scorte, l'obbligo di consentire un agevole passaggio della

¹³³ Si v. BRECCIA U., *L'abuso del diritto*, in *Dir. priv.*, vol. III, 1997, Cedam, Padova, 1998: 5 e ss.

¹³⁴ Cfr. D'AMELIO M., voce *Abuso del diritto*, in *Nuov. Dig.*, vol. I, Utet, Torino, 1937: 49.

¹³⁵ Tale regolamento si inserisce tra quelli attuativi del par. 3 dell'art. 81 del Trattato istitutivo della Comunità Europea, paragrafo che, stante il divieto dell'*incipit* della norma ad «accordi tra imprese, decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri, e che abbiano per oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune», specifica quando il suddetto divieto possa essere derogato. Tale deroga può essere disposta anche in virtù di esenzioni per categoria, la concessione delle quali ultime è posta in specifici regolamenti.

¹³⁶ Il Regolamento n. 1400/02 della Commissione, del 31 luglio 2002, relativo all'applicazione dell'art. 81, par. 3, del Trattato a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico.

clientela al concedente, la necessità di trovare un marchio di pari prestigio con cui iniziare un nuovo rapporto di concessione di vendita.

Questo termine di preavviso “congruo” consentirebbe, quindi, al rivenditore, di riorganizzare in modo adeguato la propria attività economica.

Nel caso di specie, il recesso *ad nutum* comunicato dalla casa automobilistica francese *Renault* a tutti i propri rivenditori italiani, pur rispettando il termine di preavviso di un anno imposto dal diritto comunitario, era fondata non tanto sulla “necessità di riorganizzare l’intera rete o una parte sostanziale di essa” – caso in cui il preavviso per il recesso *ad nutum* si riduce ad un anno¹³⁷ – bensì sulla necessità di ristrutturare *in toto* la propria azienda.

Ci si chiede, quindi, se è possibile sindacare, entrando nel merito, le ragioni che hanno indotto la casa produttrice all’esercizio del diritto di recesso *ad nutum*¹³⁸.

I giudici di primo grado e di appello ritennero irrilevante la ragione alla base della scelta di recesso *ad nutum*, nonostante il riconoscimento di tale diritto in virtù del contratto, ed il rispetto del termine legale di preavviso di un anno.

Risposta totalmente diversa a tale quesito è stata data dalla Corte di Cassazione, la quale ha, invece, valutato la ragione concreta per la quale il diritto di recesso *ad nutum* era stato esercitato dalla *Renault*.

La Suprema Corte ha ravvisato in tale facoltà una condotta abusiva, ritenendo che quel diritto fosse stato strumentalizzato, ed utilizzato per una funzione diversa rispetto a quella per la quale esso era stato riconosciuto in virtù del contratto. La Cassazione, dunque, esercita in questa ipotesi un controllo dell’autonomia negoziale, invocando la clausola generale della buona fede nell’esecuzione del contratto.

¹³⁷ L’esenzione dal divieto di cui all’art. 81 Trattato istitutivo della Comunità Europea di accordi, decisioni e pratiche concordate tra imprese lesive della libera concorrenza nel mercato comunitario prevista dall’art. 2 del Regolamento n. 1400/02 della Commissione quanto a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico «si applica a condizione “che l’accordo verticale concluso con un distributore o riparatore preveda», tra le altre cose, «che: [...] b) l’accordo venga concluso per una durata indeterminata; in tal caso il preavviso minimo per il recesso ordinario dall’accordo è di due anni per entrambe le parti; il preavviso minimo viene ridotto ad un anno qualora: il fornitore sia tenuto, per legge o in forza di una convenzione particolare, a pagare una congrua indennità in caso di recesso dall’accordo; oppure il fornitore receda dall’accordo in caso di necessità di riorganizzare l’intera rete o una parte sostanziale di essa».

¹³⁸ Sul tema si v. ampiamente GALGANO F., *Il governo giudiziario dell’autonomia contrattuale*, lezione tenuta il 19 ottobre 2009, presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Napoli Federico II.

La Corte ha affermato che è attraverso il criterio della buona fede nell'esecuzione del contratto che è opportuno valutare se l'esercizio di un diritto è avvenuto in conformità al suo uso o è stato "abusato".

Altra sentenza storica che rappresenta un esempio di governo giudiziario dell'autonomia contrattuale è quella con cui la Cassazione ha ammesso la rilevabilità d'ufficio della penale eccessiva. Si tratta della storica sentenza "Morelli"¹³⁹.

È proprio in questa occasione che si è elaborato un orientamento giurisprudenziale nuovo secondo cui, premesso che «il potere del giudice di ridurre la penale manifestamente eccessiva risponde ad una funzione oggettiva di controllo dell'autonomia privata, in sintonia con il principio costituzionale di solidarietà, riferibile anche ai rapporti negoziali, e con la clausola di buona fede, inerente anche alla fase della formazione del contratto», doveva ritenersi possibile la riduzione d'ufficio della penale manifestamente eccessiva, «anche in difetto di istanza della parte interessata».

La Corte di Cassazione ha affermato la nullità della penale manifestamente eccessiva, in quanto non rispondente a interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, e dunque affetta da nullità parziale secondo un criterio quantitativo.

Questa pronuncia ha provocato diverse critiche, in particolare dovute a due ragioni: *in primis*, per la doverosità dell'ossequio al principio *ne procedat iudex ex officio*; in secondo luogo la sentenza è espressione di un'equità correttiva della determinazione pattizia che, si è obiettato, dovrebbe essere ammessa solo nei casi espressamente previsti dalla legge.

La Corte ha fatto spesso ricorso alla norma dell'art. 1322, comma 2, c.c., e dunque alla clausola generale della meritevolezza di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Come afferma autorevole dottrina, il compito di adeguare il diritto ai mutamenti della realtà sociale non pare essere tanto del legislatore, quanto più del giudice, chiamato ogni giorno, al fine di rendere giustizia, a dare una pregnanza concreta alle norme giuridiche.

Per ciò che riguarda nello specifico la clausola generale della buona fede nell'interpretazione del contratto *ex art.* 1366 c.c., è opportuno ricordare che secondo una giurisprudenza tradizionale della Cassazione, tale criterio era sussidiario rispetto a quello fondamentale dell'interpretazione letterale. Secondo tale orientamento, laddove alla luce di un'interpretazione letterale del contratto risultasse già chiara l'intenzione delle parti, non

¹³⁹ Cass., n. 10511/2009, in *Giur. it.*, 4/000: 1154.

era possibile fare ricorso a criteri di interpretazione oggettiva come quello della buona fede. È quanto si racchiude nel principio *in claris non fit interpretatio*. Secondo questo orientamento il senso letterale delle parole è «criterio fondamentale e prioritario», con la conseguenza che, «ove le espressioni usate nel contratto siano di chiara e inequivoca significazione, la ricerca della comune volontà è esclusa»¹⁴⁰ è stato superato alla fine degli anni novanta, quando la formula onnicomprensiva del governo giudiziario dell'autonomia privata ha iniziato a prendere piede nella nostra giurisprudenza.

Qui, la Cassazione ha cominciato a sostenere il carattere non sussidiario, bensì principale del criterio dell'interpretazione secondo buona fede, tale per cui esso va applicato anche quando il contratto sia chiaro, correggendo così la volontà delle parti¹⁴¹.

A sostegno di quanto detto fino ad ora è opportuno richiamare un recente caso¹⁴².

Si tratta di una decisione di merito, in cui il giudice ha applicato in maniera molto lineare – e, se vogliamo, anche molto simile alla sentenza del 2009 inerente il caso *Renault* – il principio di abuso del diritto.

Nel caso di specie un professionista ottiene sentenza di condanna nei confronti di una s.r.l. affinché quest'ultima gli paghi dei compensi professionali. Nelle more del giudizio la s.r.l. cede la propria azienda ad una s.n.c. costituita appositamente.

Appena viene posta in essere la cessione la s.r.l. viene messa in liquidazione e la s.n.c. prosegue l'attività commerciale che esercitava in precedenza la s.r.l. Risulta in modo pacifico che le due società hanno compagine praticamente identica.

Il giudizio in questione vede l'opposizione della s.n.c. contro il precetto che gli ha intimato il professionista.

¹⁴⁰ Così GALGANO F., *Il contratto*, in *Contratto e impresa*, 23/2007, che, nel richiamare testualmente la sentenza n. 19140/2005 della Corte di Cassazione, sez. civ., la colloca tra quelle che affermano il c.d. «principio del gradualismo», «secondo il quale deve farsi riferimento a criteri interpretativi sussidiari solo quando i criteri principali (significato letterale e collegamento tra le varie clausole contrattuali) siano insufficienti all'individuazione del comune intento dei contraenti» (Cass., sez. civ., n. 5424/2002, in *Mass. Foro.it.*, 2002; Cass., sez. civ., n. 397/2002, *ivi*, 2002; Cass., sez. civ., n. 4241/1999, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass., sez. civ., n. 14587/1999, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass., sez. civ., n. 5893/1996, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>).

¹⁴¹ Ci si riferisce a Corte di Cassazione, sez. civ., n. 2992/2004 (in *Dir. giust.*, 13/2004: 34), per la quale il canone ermeneutico della buona fede rappresenta un criterio correttivo del testo contrattuale, e ciò «anche quando l'interpretazione delle clausole che concorrono alla formazione del testo negoziale compiuta sulla base del senso letterale delle parole, conduca ad un risultato di certezza».

¹⁴² Trib. Reggio Emilia, 16 giugno 2015, in *Foro it.*, 1/2015: 3725 e ss.

Il Tribunale, rilevato che si è in presenza di una cessione di azienda, afferma che la sentenza di condanna pronunciata nei confronti della s.r.l. non può applicare in via diretta i suoi effetti nei confronti della s.n.c. ed inoltre quest'ultima non può essere chiamata a rispondere in via diretta del debito del cedente *ex art. 2560, comma 2, c.c.*, «norma astrattamente applicabile alla cessione d'azienda, ma in concreto inapplicabile poiché non risulta integrato il necessario presupposto fattuale, e cioè che il debito per cui è causa risulta dai libri contabili obbligatori».

Nonostante quanto appena riportato il Tribunale afferma che la s.n.c. «deve comunque essere chiamata a rispondere del debito contratto dalla cedente nei confronti del professionista, sulla base della teorica dell'abuso del diritto, essendo stata posta in essere un'operazione societaria esclusivamente finalizzata all'elusione della pretesa creditoria del professionista stesso»¹⁴³.

La motivazione specifica che l'abuso del diritto è connesso ad una alterazione della funzione causale di una determinata operazione, o alla violazione del dovere di buona fede.

Vengono individuati gli elementi costitutivi dell'abuso:

- a) la titolarità di un diritto soggettivo, con possibilità di utilizzo secondo plurime modalità non rigidamente predeterminate;
- b) l'esercizio concreto del diritto: esercizio formalmente rispettoso della cornice attributiva, ma in realtà censurabile rispetto a un criterio di valutazione giuridico o extra giuridico;
- c) la sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare e il sacrificio della controparte.

Il Tribunale conclude affermando che «l'operazione eseguita di cessione dell'intero patrimonio ad una società neocostituita con compagine sociale sostanzialmente identica si spiega quindi non già come una volontà di una trasformazione societaria, quanto piuttosto con la volontà di rendere la nuova società, in prosecuzione della precedente, impermeabile rispetto alla situazione debitoria pregressa.

Trattasi quindi, in conclusione, di un caso di abuso del diritto, tenuto conto del fatto che, in violazione del principio di buona fede, la cessione d'azienda è stata effettuata

¹⁴³ *Ivi*: 3727.

per un fine diverso da quello tutelato dalla norma e quindi con violazione della causa concreta del negozio»¹⁴⁴.

È chiaro che quello dell'abuso rappresenta uno strumento dinamico, che si "flette" rispetto alle esigenze del caso concreto.

Ma a questo punto sembrerebbe opportuno porsi alcuni interrogativi.

Su chi grava la responsabilità della scelta? Se tale responsabilità non è esclusiva del legislatore, cosa legittima il corrispondente potere del giudice, e dunque la trasformazione endogena del diritto? E come si configurano i limiti di un tale potere¹⁴⁵?

Come affermato da autorevole dottrina, chiaro è che più le leggi da applicare sono elastiche, generiche, aperte a possibilità di interpretazioni plurime, maggiore è il potere del giudice.

Il potere dei giudici può essere definito come "la risultante di deleghe da parte del legislatore"¹⁴⁶.

Il giudice di norma non arbitra interessi, non bilancia interessi in conflitto: attua, o dovrebbe attuare, il diritto nel senso più stretto possibile. E perciò è bene che le leggi siano formulate in modo da dare poco potere al giudice, abbiano poche clausole generali, abbiano molti termini definiti, abbiano poche parole equivoche, e soprattutto è bene che il conflitto tra interessi sociali conflittuali sia risolto a monte, cioè dal legislatore.

In questa prospettiva, se si va al cuore della critica rivolta contro l'impiego del principio dell'abuso del diritto, e più volte si è fatto sarcastico riferimento agli usi abusivi dell'abuso del diritto¹⁴⁷, si nota che il nodo centrale è il seguente. Se si dà ingresso a questo principio il rischio è quello di consegnare al giudice, il compito di riassetare e modificare il regolamento contrattuale e, quindi, l'economia della pattuizione contro il programma condiviso dalle parti, contro la volontà consacrata nel regolamento contrattuale¹⁴⁸.

¹⁴⁴ *Ivi*, c. 3729.

¹⁴⁵ Si v. sul tema, e diffusamente, LIPARI N., *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2/2015: 1115 e ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2015.

¹⁴⁶ BESSONE (a cura di), *Sullo stato dell'organizzazione giuridica*. Intervista a Giovanni Tarello, Bologna, Zanichelli, 1979: 10.

¹⁴⁷ BALESTRA L., *Rilevanza, Utilità (e abuso) dell'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 3/2017: 541 e ss.; C. SALVI, *Note critiche in tema di abuso del diritto e di poteri del giudice*, in *Riv. cric. dir. priv.*, 1/2014: 27 e ss.

¹⁴⁸ Sul tema si v., tra tutti, GENTILI A., *Il diritto come discorso*, 2013: 401 e ss.

Si potrebbe dire, allora, che il problema centrale non attiene la legittimità o meno dell'utilizzo dell'abuso come strumento, il che è da tempo una realtà, bensì il controllo del ragionamento del giudice. Si tratterebbe, allora, di un problema perlopiù applicativo ed interpretativo.

Sezione III

Abuso del diritto e figure collaterali nell'interpretazione del diritto tributario

SOMMARIO: Premessa introduttiva. 1. Dal diritto civile al diritto tributario: il caso *Halifax*. 2. L'abuso del diritto a confronto con frode alla legge e simulazione. 3. L'abuso del diritto e l'interposizione fittizia di persona. 3.1. Ancora confusione su evasione, abuso e interposizione soggettiva.

Premessa introduttiva

Dopo le riflessioni svolte nelle sezioni precedenti, intese – come si è visto – a delineare, da un lato la concezione dell'abuso nel diritto romano, dall'altro la concezione odierna dell'istituto, è risultato opportuno cominciare ad indagare il fenomeno che ha generato l'idea costituente la presente trattazione: lo sviluppo dell'abuso del diritto nel settore del diritto tributario, in cui l'istituto è “esploso” grazie al contributo della Corte di Giustizia, che lo ha definito un “principio non scritto” dell'ordinamento europeo, come statuito nel noto caso *Halifax* che sarà, qui, oggetto di analisi.

Come è noto l'abuso del diritto interseca molteplici settori, ma, quello tributario, come verrà evidenziato, assume importanza peculiare ed è stato scelto per diversi ordini di motivi: per la recente introduzione, all'interno dello Statuto dei diritti del contribuente, di una clausola generale antiabuso, per l'ampio utilizzo che ne ha fatto la Giurisprudenza, nonché per il fatto che nel diritto tributario si è avuta una positivizzazione dell'istituto, non solo al livello interno, ma anche eurounionale.

In seconda battuta verranno estrapolati i dubbi interpretativi che emergono, a partire dalla Giurisprudenza, in merito all'istituto dell'abuso: spesso confuso con la simulazione, con la frode alla legge e con l'evasione. Si cercherà, a questo punto, di fare chiarezza ponendosi il seguente quesito: l'abuso del diritto si sovrappone a taluna di queste

fattispecie o si tratta di un istituto a sé stante? Una volta fornita risposta a questa domanda si analizzeranno quelli orientamenti, ormai obsoleti, con cui la Corte di Cassazione e la Corte di Giustizia hanno utilizzato istituti tratti dal diritto civile per trovare rimedio ad ipotesi in cui il contribuente, attraverso operazioni contrattuali tipiche, cercava di ottenere un vantaggio fiscale.

1. *Dal diritto civile al diritto tributario: il caso Halifax*

Come si è avuto modo di mettere in luce, l'abuso del diritto ha trovato terreno fertile specialmente nell'ambito del diritto civile, nonostante il legislatore ritenne all'epoca opportuno non positivizzarlo nel codice. Il problema dei comportamenti "abusivi" si è sviluppato, in particolare, in materia contrattuale. Ciò in quanto, a causa dell'ampia autonomia concessa alle parti ex art. 1322 c.c., risulta agevole la strumentalizzazione di un contratto per ottenere fini diversi rispetto a quelli concessi al titolare del diritto dal legislatore.

In un secondo momento il principio di divieto di abuso del diritto ha cominciato ad insinuarsi anche nel settore del diritto tributario, in cui è esploso da circa un decennio grazie al contributo della Corte di Giustizia, che lo ha definito un principio non scritto dell'ordinamento europeo¹⁴⁹, individuandolo nell'uso distorto delle norme giuridiche per ottenere vantaggi fiscali «la cui concessione sarebbe contraria all'obbiettivo perseguito da quelle stesse disposizioni»¹⁵⁰.

Non di rado l'ordinamento tributario ha utilizzato strumenti conosciuti dal diritto civile per trovare un rimedio all'abuso del diritto. Perciò risulta opportuno, in questa sede,

¹⁴⁹ L'abuso del diritto è oggetto di una espressa regolamentazione nell'art. 17 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nell'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. L'art. 17, rubricato «Divieto dell'abuso del diritto» prevede che «nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata come implicante il diritto per uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare una attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione, o porre a questi diritti e a queste libertà limitazioni più ampie di quelle previste in detta Convenzione». L'art. 54, rubricato «Divieto dell'abuso di diritto» stabilisce che «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare una attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta».

¹⁵⁰ Corte di Giustizia, 21 febbraio 2006, C-255/02, (caso *Halifax*), par. 74.

comprendere come gli istituti di diritto civile siano stati applicati dalla giurisprudenza e dalla dottrina tributaria.

È opportuno ricordare preliminarmente che, per sua natura, la norma tributaria si presenta come cosiddetta norma di secondo grado la quale, per poter configurare un presupposto impositivo, necessita a monte di istituti civilistici quali i contratti e i diritti reali.

Per potersi configurare un prelievo tributario è, quindi, necessario che preesistano elementi rilevanti in termini di patrimonio, reddito o consumo i quali, per loro natura, non possono prescindere da relazioni civilistiche e/o commerciali.

Pertanto, ogni qualvolta la giurisprudenza tributaria si è trovata a dover affrontare tematiche non riconducibili alle specifiche e analitiche norme antielusive (antiabusive) tributarie¹⁵¹, ha trovato agevole disconoscere gli “indebiti” vantaggi fiscali del contribuente, rilevanti sul piano della norma tributaria come norma di secondo grado, utilizzando, non sempre in maniera esatta, istituti civilistici, di per sé presupposto primario rispetto alla norma tributaria¹⁵². Da qui l’esigenza di ripercorrere i principali passi che hanno condotto la giurisprudenza tributaria all’odierna concezione di abuso del diritto, spesso tramite l’utilizzo distorto delle categorie del diritto civile; lo scopo della ricerca, come anticipato più volte, è quello di ristabilire la supremazia e la centralità del diritto privato in materia contrattuale.

Il *leading case* in materia tributaria, al livello comunitario, è il noto caso *Halifax*¹⁵³ con cui la Corte di Giustizia ha esteso, al settore dell’Iva, l’orientamento, già consolidatosi in altri settori del diritto europeo, secondo cui il divieto di abuso del diritto costituirebbe un principio immanente dell’ordinamento comunitario.

La Corte di Giustizia, in quell’occasione, ha ritenuto abusivo il comportamento di una banca che, tramite la creazione di una società partecipata, ove far transitare l’acquisto di alcuni beni e servizi nell’interesse della medesima azienda di credito, voleva aggirare

¹⁵¹ In primo luogo l’articolo 37 *bis* del d.p.r. 600/1973, oggi abrogato.

¹⁵² Si tratta di alcuni orientamenti della Corte di Cassazione sviluppatasi tra il 2005 e il 2006. Il riferimento è in particolare alla nota sentenza n. 20816/2005, *cit.*, con cui la Corte di Cassazione, sezione tributaria, ha statuito che l’Amministrazione finanziaria può far valere incidentalmente la nullità dei contratti stipulati dal contribuente, per effetto del combinato disposto degli artt. 1344 c.c. e 53 Cost., essendo le disposizioni tributarie norme imperative a tutti gli effetti, poste a tutela dell’interesse generale del concorso partitario alle spese pubbliche.

¹⁵³ Case C-255/02 *Halifax v. Commissioners of Customs & Excise* [2006] ECR I-1609.

il divieto di detrazione dell'Iva sugli acquisti, divieto riguardante i soggetti che svolgono operazioni esenti¹⁵⁴.

Nel caso di specie la banca abusava delle disposizioni contenute nella sesta Direttiva europea¹⁵⁵, che assegna il diritto di detrazione dell'imposta sul valore aggiunto assolta sugli acquisti dai soggetti che, svolgendo un'attività commerciale, pongono in essere operazioni imponibili e, o, non imponibili.

Con la sentenza *Halifax* è stato affermato, per la prima volta in campo fiscale, il principio del divieto di abuso del diritto: «la sesta Direttiva in materia tributaria deve essere interpretata come contraria al diritto del soggetto passivo di detrarre l'IVA assolta a monte, allorché le operazioni che fondano tale diritto integrino un comportamento abusivo».

Il merito della pronuncia sta nell'aver dato una vera e propria definizione di abuso: «perché possa parlarsi di comportamento abusivo le operazioni controverse devono, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della sesta Direttiva, e della legislazione nazionale che le traspone, procurare un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da quelle stesse disposizioni¹⁵⁶. Deve altresì risultare, da un insieme di elementi obiettivi, che dette operazioni hanno lo scopo essenziale di ottenere un vantaggio fiscale». Da queste premesse concettuali la Corte di Giustizia trae la conseguenza che «ove si constati un comportamento abusivo, le operazioni implicate devono essere ridefinite in maniera da ristabilire la situazione quale sarebbe esistita senza le operazioni che quel comportamento hanno fondato»¹⁵⁷.

Dopo la pubblicazione della sentenza *Halifax* la Cassazione afferma: «La sesta Direttiva aggiunge nell'ordinamento comunitario, direttamente applicabile in quello nazionale, alla tradizionale bipartizione dei comportamenti dei contribuenti in tema di IVA, in fisiologici (perché regolari) e patologici (propri delle frodi fiscali), una sorta di *tertium*

¹⁵⁴ Come le banche.

¹⁵⁵ Sesta Direttiva 77/388/CEE del Consiglio, del 17 maggio 1977, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, G.U. n. L 145 del 13 giugno 1977.

¹⁵⁶ Nella motivazione, § 75, la Corte chiarisce, su questo decisivo punto, che «il divieto di comportamenti abusivi non vale più ove le operazioni di cui trattasi possano spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di vantaggi fiscali».

¹⁵⁷ § 98 della sentenza *Halifax*.

genus in dipendenza del comportamento abusivo ed elusivo del contribuente, volto a conseguire il solo risultato del beneficio fiscale, senza una reale ed autonoma ragione economica giustificatrice delle operazioni economiche che risultano eseguite in forma solo apparentemente corretta ma in realtà elusiva»¹⁵⁸.

Se da un lato è vero che la sesta Direttiva richiama più volte l'elusione fiscale attraverso l'abuso di forme giuridiche impiegate surrettiziamente, ma con metodo casistico e, quindi, con effetti limitati ai casi da essa previsti, dall'altro bisogna considerare che il generale divieto di abuso del diritto ha avuto successivamente consacrazione, come principio generale, nell'art. 54 della Carta di Nizza¹⁵⁹; ciò ha certamente contribuito con il favorire un'interpretazione trascendente la casistica, ancor prima degli ultimi interventi normativi in materia tributaria.

Con sentenze successive, confermando il principio, la Suprema Corte ha aggiunto alcune precisazioni. Innanzitutto, ha affermato che l'accertamento del meccanismo elusivo «prescinde dall'accertamento della simulazione o dal carattere fraudolento dell'operazione». Poi, che ad escluderlo non bastano «ragioni economiche meramente marginali e teoriche, inidonee a fornire una spiegazione alternativa dell'operazione rispetto al mero risparmio fiscale»¹⁶⁰. Infine, «incombe sul contribuente fornire la prova dell'esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti di carattere non meramente marginale o teorico»¹⁶¹.

Con un'ordinanza del 2006 la Cassazione ha interpellato la Corte di Giustizia, chiedendo se per configurare l'abuso sia sufficiente il fine di realizzare un vantaggio fiscale, come affermato nella sentenza *Halifax*, o sia necessario che l'operazione abbia come unico scopo quello di realizzare un vantaggio fiscale, senza altri obiettivi economici¹⁶².

¹⁵⁸ Cass., sez. trib., n. 10353/2006, in *Dir. e Prat. Trib.*, 4/2007: 20723 e ss., con nota di LOVISOLO A., *Il principio di matrice comunitaria dell'«abuso» del diritto entra nell'ordinamento giuridico italiano: norma antielusiva di chiusura o clausola generale antielusiva? L'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte.*

¹⁵⁹ L'argomento sarà approfondito nel prosieguo della trattazione.

¹⁶⁰ Per questo punto, ed il precedente, si v. Cass., sez. trib., n. 21221/06, *cit.*

¹⁶¹ Cfr. Cass., sez. trib., n. 8772/2008, in *Boll. Trib.*, 12/2008: 1027; Cass., sez. trib., n. 10257/2008, in *Corriere Trib.*, 22/2008: 1799. Questa sentenza, oltre ad aggiungere la precisazione sull'onere della prova, confermano il principio e gli altri punti richiamati. Si tratta di decisioni peculiari. Nell'ordinanza Cass., sez. trib., n. 5503/2007, in *Mass. Giur. It.*, 2007; nel caso di specie era stato chiesto alla Corte di Giustizia di dire se il diritto comunitario non sia contrario alle presunzioni di frode o evasione che non ammettano prova contraria.

¹⁶² Cfr. Cass., sez. trib., ordinanza n. 21371/2006, in *Obbl. e Contr.*, 12/2006: 1047.

La tendenza della Corte di Giustizia e della Corte di Cassazione è quella di far confluire nell'abuso del diritto tutte le operazioni poste in essere essenzialmente allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale. Entrambe utilizzano l'abuso per assoggettare ad imposizione determinate attività economiche, facendo ricorso ad un concetto che ha le sue radici nella cultura giuridica dei paesi di *civil law*, risalendo fino al diritto medievale, utilizzando spesso le tradizionali categorie civilistiche e di teoria generale per poter disapplicare le regole alternative e rendere inefficaci le forme che le richiamano¹⁶³.

2. L'abuso del diritto a confronto con frode alla legge e simulazione

Dopo la sentenza *Halifax*, nonostante quanto specificato dalla Corte di Giustizia e dalla Corte di Cassazione, si è assistito ad un'applicazione dell'abuso del diritto da parte della giurisprudenza che ha determinato, spesso ed in maniera erronea, una parziale sovrapposizione tra concetti ontologicamente diversi: simulazione, abuso del diritto (o elusione)¹⁶⁴, evasione fiscale, frode alla legge, contratto indiretto.

Già in alcuni orientamenti del 2005¹⁶⁵, la giurisprudenza aveva richiamato taluni strumenti mutuati dal diritto civile, come la nullità per difetto di causa¹⁶⁶, la simulazione assoluta o relativa dei contratti stipulati dal contribuente e la loro nullità per frode alla legge¹⁶⁷.

¹⁶³ GENTILI A., *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, in *Ianus*, 1/2009: 2 e ss. Per un'approfondita ricostruzione storica sul tema dell'abuso del diritto si vedano: SCIALOJA V., voce '*Aemulatio*', in *Studi Giuridici*, vol. III, 1, *Diritto privato*, Roma, 1932: 216-259; ROTONDI M., *L'abuso del diritto. Aemulatio*, Padova, 1979: 36 e ss.; GUALAZZINI U., *Abuso del diritto (diritto intermedio)*, in *Enc. Dir.*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958: 38 e ss.; LONGCHAMPS DE BÉRIER F., *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Giappichelli, Torino 2013; BRASIELLO T., *Il cosiddetto abuso del diritto e gli atti di emulazione*, in *Problemi di diritto romano esegeticamente valutati*, Il Mulino, Bologna, 1954; CAZZETTA G., *Responsabilità civile e abuso del diritto tra Otto e Novecento*, in VELLUZZI (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2012: 56 e ss.

¹⁶⁴ Vi è sostanziale coincidenza tra l'abuso fiscale e l'elusione tributaria. Si v., per tutte, Cass., sez. trib., n. 1465/2009, in *Obbl. e Contr.*, 5/2009: 473, la quale, infatti, usa indifferentemente le espressioni "abuso" ed "elusione".

¹⁶⁵ Cfr. Cass., sez. trib., n. 20398/2005, *cit.*; Cass., sez. trib., n. 22932/2005, in *Riv. giur. trib.*, 3/2006: 223 e ss., con nota di BEGHIN M., *L'usufrutto azionario tra lecita pianificazione fiscale, elusione tributaria e interrogativi in ordine alla funzione giurisdizionale*; Cass., sez. trib., 20318/2005, reperibile in <http://pluriscedam.utetgiuridica.it>.

¹⁶⁶ Sancita sul presupposto che le operazioni elusive fossero state poste in essere al fine di ottenere un risparmio fiscale senza conseguire alcun vantaggio economico sostanziale.

¹⁶⁷ Sul tema specifico delle soluzioni alternative alla nullità per mancanza di causa che la Corte di Cassazione ha tentato di utilizzare, ma sempre fornendosi di strumenti conati dal diritto civile, si v. MESSERI G.,

In realtà, dopo una più attenta analisi del fenomeno, si è osservato che non vi è affinità ontologica tra l'abuso e la frode alla legge *ex art. 1344 c.c.*, né tra l'abuso e la simulazione.

In primis è opportuno ricordare che il contratto concluso in frode alla legge è sempre caratterizzato, a differenza di quello fiscalmente elusivo (o abusivo), da una causa illecita. La differenza fondamentale, infatti, è che la frode *ex art. 1344 c.c.* non è questione di meritevolezza, ma di illiceità, e ha ad oggetto atti contrari a norme imperative di tipo proibitivo e all'illiceità della causa.

L'atto fiscalmente abusivo o elusivo, al contrario, è di per sé un atto con causa lecita; difatti l'Amministrazione Finanziaria reagisce solo disapplicando la norma più vantaggiosa e applicando all'operazione la norma più adeguata alla sua sostanza.

Si può affermare, infatti, che il contratto fiscalmente abusivo è lecito, ma non pienamente meritevole in considerazione di altri interessi coinvolti nell'operazione e tutelati dall'ordinamento. Mentre, quello in frode alla legge è illecito.

Alla luce di queste brevissime considerazioni, quindi, si può affermare che la circostanza che frode e abuso possano alcune volte sovrapporsi non è indicativa di una loro identità ontologica.

Ci sono certamente delle analogie: sia nella frode che nell'abuso, ad esempio, l'elemento soggettivo, cioè l'intento, non è determinante.

Peraltro, perché si configuri un abuso¹⁶⁸, non solo gli aspetti soggettivi sono del tutto irrilevanti, posto che determinante è l'effetto elusivo che viene a realizzarsi a valle attraverso la realizzazione di una condotta normativamente regolata a monte, ma posta in essere per una funzione diversa da quella astrattamente regolata. Ciò che più rileva è che le norme fiscali, come ribadito dalla dottrina tributaria¹⁶⁹, non sono norme imperative di tipo proibitivo, sì che risultano inidonee a configurare divieti in senso proprio. L'abuso, allora non sembra presupporre la frode, né con questa si identifica.

in ALCARO (a cura di), *Causa del contratto, evoluzioni interpretative e indagini applicative*, Giuffrè, Milano, 2016: 54 e ss.

¹⁶⁸ L'abuso tributario si può configurare in molteplici modi. I più ricorrenti sono l'utilizzo di uno schema contrattuale tipico al solo o prevalente scopo di conseguire un beneficio fiscale, senza che sussista in concreto quell'interesse economico sostanziale che ne giustifica la tutela apprestata dall'ordinamento, oppure il ricorso a più contratti collegati da una finalità comune attraverso cui si collegano i relativi effetti al solo o prevalente scopo di aggirare l'applicabilità della normativa tributaria.

¹⁶⁹ POTITO E., *L'accertamento tributario*, Esi, Napoli, 2011: 128 e ss.; TESAURO F., *Elusione fiscale. Introduzione*, in *Giur. it.*, 2/2010: 1721 e ss.

Anche per ciò che attiene il riconoscimento di una differenziazione tra abuso del diritto e simulazione, già nel 2006¹⁷⁰ la Suprema Corte ribadiva che «il disconoscimento del diritto alla deduzione per oneri derivanti da meccanismi elusivi prescinde dall'accertamento della simulazione o del carattere fraudolento dell'operazione».

Infatti, nell'atto abusivo ed elusivo del contribuente, volto a conseguire il solo risultato del beneficio fiscale, senza una reale e autonoma ragione economica giustificatrice delle operazioni di cui trattasi, non sembra esservi alcun elemento simulatorio o fraudolento¹⁷¹. L'abuso, per configurarsi, non richiede alcun elemento soggettivo. Ma ciò non giustifica la distinzione: neanche per la simulazione si richiede l'*animus* (né, come già detto, per la frode). Esse rilevano come tali, purché ne ricorrano i requisiti oggettivi, a prescindere dall'indagine sull'*animus*¹⁷².

Un atto è abusivo se pur avendo le forme di “un tipo”, abbia integralmente la sostanza “di un altro”, creando una discrasia tra la realtà giuridica effettiva e il tipo formalmente realizzato.

Autorevole dottrina sostiene che «mancando per definizione di una sostanza economica corrispondente (altrimenti non c'è abuso), le operazioni sono “vere e volute” solo per i fini fiscali, così come ogni atto simulato è voluto formalmente almeno nella misura necessaria a poterlo opporre al terzo che simulando si tenta di eludere. Sono dunque solo apparenza»¹⁷³.

La norma fiscale è inderogabile, e la forma destinata a eluderla serve ad aggirarla con un'apparenza di estraneità, ma una sostanza di interferenza, quell'apparenza ai fini fiscali, senza sostanza economica e corrispondente, invece, ad una sostanza economica che vorrebbe l'applicazione della norma elusa, è fraudolenta¹⁷⁴.

Si sostiene che la giustificazione economica dell'operazione formale non debba ricorrere, e debba, invece, essere conseguito il vantaggio fiscale, per poter parlare di abuso. Ma, se così fosse, l'atto risulterebbe giuridicamente inconsistente ed apparente,

¹⁷⁰ Cfr. Cass., sez. trib., n. 2122/2006, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

¹⁷¹ GENTILI A., *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, op. cit.: 18.

¹⁷² Per converso, l'indagine sull'*animus* non è sempre stata ritenuta estranea all'accertamento del carattere abusivo di un atto. Si pensi all'*animus nocendi* degli atti emulativi: su cui Cass., sez. civ., n. 13732/2005, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

¹⁷³ GENTILI A., *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, op. cit.: 19.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

finalizzato a surrogare un diverso atto, invece sostanziale, per fini di aggiramento del diritto tributario¹⁷⁵.

Quanto appena detto descriverebbe però la condizione della simulazione o della frode alla legge e imporrebbe di riconoscere nell'atto abusivo tanto un atto simulato¹⁷⁶, quanto un contratto (o atto) la cui causa conforme all'esteriore struttura è insussistente, ed in frode alla legge. Come tale duplicemente invalido, quindi, suscettibile di cadere ed essere sostituito da una qualificazione che legittima il diverso trattamento ai fini tributari.

Del resto, per poter eliminare le conseguenze di un contratto abusivo occorre che questo sia invalido e inefficace. Ma invalidità e inefficacia derivano dal nostro sistema solo *ex lege*. Considerato che la nostra giurisprudenza non è legittimata a crearne di nuove, ci si chiede a quali altre ipotesi potremo ricondurre l'invalidità e l'inefficacia se non alla simulazione e all'ipotesi di frode¹⁷⁷.

Nemmeno si potrebbe sostenere che si abbia qui il caso che consente all'interprete larga discrezionalità nella qualificazione di nullità: la violazione di norma imperativa. Ciò per due ragioni. Prima di tutto, dominerebbe la convinzione secondo cui quelle fiscali non sono norme imperative nel senso che la loro violazione determini la nullità degli atti¹⁷⁸. Inoltre, perché la violazione di una norma imperativa determini la nullità dell'atto, quest'ultimo deve esserle contrario nel contenuto. Qui, invece, la conformazione data al contenuto dell'atto è astrattamente valida, ma antiggiuridica in quanto elusiva.

Ciò posto, la costruzione dell'abuso fatta dalla Cassazione avrebbe bisogno, per raggiungere i suoi fini, dell'invalidità per simulazione e frode. L'inefficacia del contratto, la sua inopponibilità all'Amministrazione finanziaria, non troverebbero altrimenti spiegazione¹⁷⁹.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ Che dissimula il diverso atto di cui con l'argomento dell'abuso gli si applica il regime fiscale. A parere di alcuni (tra cui il Gentili) più che un 'concetto', l'abuso del diritto dovrebbe essere considerato un 'argomento', cui l'interprete ricorre, appellandosi a dati psicologici (come l'*animus nocendi*) o morali (come l'ingiustizia) o economici (come il pregiudizio al benessere generale), per correggere un comportamento diverso da quello che imporrebbe lo *strictum jus*.

¹⁷⁷ GENTILI A., *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, op. cit.: 20.

¹⁷⁸ Nella celebre sentenza del 2005 la Corte di Cassazione ha cercato di superare l'assunto, facendo applicazione dell'art. 1344 c.c., veicolandolo attraverso l'art. 53 della Costituzione, che esprime un concorso partitario alle spese pubbliche. Si tratta del noto principio di capacità contributiva. Tale principio risulterebbe limitativo dell'autonomia patrimoniale e sarebbe capace di conferire natura imperativa alle norme fiscali.

¹⁷⁹ GENTILI A., *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, op. cit.: 20.

Sorge, allora, il dubbio che «tutta la costruzione creata dalle Corti per squarciare il velo dietro cui si riparano forme raffinate di sospetta evasione, sia solo un arzigogolato artificio retorico per aggirare le strettoie dell'azione di simulazione e frode e rendere facile (forse troppo) la riconduzione ai regimi impositivi, e se così fosse l'interprete che aveva creduto di veder nell'ultima giurisprudenza tributaria risorgere dalle sue ceneri il concetto che è stato chiamato l'araba fenice del pensiero giuridico, dovrebbe ironicamente concludere: molto rumore per nulla»¹⁸⁰.

Secondo alcuni autori¹⁸¹, uno dei maggiori problemi della concezione dell'elusione come abuso delle forme giuridiche rispetto alla sottostante realtà sostanziale, è proprio l'erronea credenza secondo cui comportamenti solitamente definiti abusivi/elusivi sarebbero riconducibili a pratiche simulatorie.

Per ben comprendere la problematica risulta opportuno il richiamo alle note vicende del *dividend stripping*, realizzate in passato mediante la cessione, posta in essere da parte di un soggetto non residente, del diritto di usufrutto su azioni di società italiane, al fine di far conseguire all'usufruttuario residente il credito di imposta sui dividendi.

C'è chi sostiene che in tale ipotesi si sarebbe in presenza di una simulazione, di un contratto ingannatorio, con cui i contribuenti mascherano, sotto le sembianze di un atto di trasferimento del diritto reale di usufrutto, un contratto avente natura completamente diversa, cioè avente ad oggetto il diritto, di natura obbligatoria, alla percezione dei dividendi.

Ci sarebbero, poi, una serie di altre ipotesi, esaminate dalla giurisprudenza, tra cui quella di cessione dell'azienda (contratto simulato), in luogo di cessione del solo marchio (contratto dissimulato), oppure il "travestimento" di un'area fabbricabile come pertinenza di un opificio industriale al fine di ridurre l'ICI¹⁸².

Spesso, casi di questo genere non sembrano riconducibili ad ipotesi simulatorie, sottendendo, casomai, un problema di qualificazione contrattuale.

¹⁸⁰ *Ivi*: 22.

¹⁸¹ Si v., fra tutti, STEVANATO D., *Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, in *Dir. prat. trib.*, 5/2015: 695 e ss.

¹⁸² Su questa linea si colloca FALSITTA G., *Spunti critici e ricostruttivi sull'errata commistione di simulazione ed elusione nell'onnivoro contenitore detto «abuso del diritto»*, in *Riv. dir. trib.*, 6/2010, ora in FALSITTA G., *Il principio della capacità contributiva nel suo svolgimento storico prima e dopo la costituzione repubblicana*, Milano, Giuffrè, 2014: 261 e ss.

Il contratto simulato è però un contratto che non pone problemi di qualificazione, e che potenzialmente produrrebbe tutte le conseguenze che ne derivano in capo alle parti. Si tratterebbe, infatti, di un contratto di per sé valido (lecito e meritevole).

Nella simulazione le forme adottate dal contribuente a fini di risparmio fiscale non sono volute, trattandosi soltanto di una copertura per celare un diverso assetto di interessi.

I contraenti non vogliono le conseguenze giuridiche del contratto simulato, e se la simulazione è relativa vogliono regolare i propri affari secondo le linee stabilite nel contratto dissimulato. La simulazione presuppone un vero e proprio *deficit* volontaristico con riguardo agli effetti del contratto.

Mentre, nelle ipotesi di abuso del diritto, i contribuenti cercano di minimizzare il carico fiscale su una certa operazione, o si prefiggono di accedere ad un determinato regime di tassazione, vogliono, quindi, gli effetti fiscali che si connettono ad una certa fattispecie giuridica, e in particolare ad uno specifico contratto.

Certo, accade non di rado che i privati, pur interessati agli effetti fiscali di un contratto, non ne vogliano e non ne accettino tutte le altre conseguenze, di ordine civilistico e di carattere economico, e allora si avrebbe effettivamente una simulazione.

Si pensi, ad esempio, al caso di una compravendita di un bene tra stretti congiunti, che in realtà mascheri una donazione per eludere le imposte sugli atti liberali, più elevate di quelle sugli atti onerosi. In una situazione di questo tipo la pattuizione di un prezzo rivestirebbe un ruolo ingannatorio, e sarebbe smentita dal mancato pagamento, dalla tacita rinuncia o dalla retrocessione delle somme, o ancora dalla previa fornitura della provvista al falso acquirente (in realtà donatario). È in casi di questo genere che i contratti sono simulati, perché i contraenti non ne vogliono le conseguenze, ma vogliono la creazione di un'apparenza ingannevole, per celare il reale assetto contrattuale e di interessi.

Dunque, anche se la sottrazione agli obblighi di contribuzione fiscale può realizzarsi attraverso l'utilizzo di tecniche simulatorie che rendono più difficile la ricostruzione dell'affare compiuto, la simulazione contrattuale sembra essere un fenomeno concettualmente distinto dall'elusione tributaria, che apparterrebbe alla più generale categoria di "frode alla legge"¹⁸³. L'elusione/abuso non implica una simulazione del contratto e,

¹⁸³ Sul tema si è espresso STEVANATO D., *Cessione frazionata dell'azienda e imposta di registro: simulazione o riqualificazione del contratto?*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 9/1999: 758 e ss. Si v., inoltre, MORELLO U., *Frode alla legge*, Giuffrè, Milano, 1969: 218; secondo l'A. il problema della simulazione non può

quindi, la presenza di controdiichiarazioni attestanti una diversa volontà delle parti rispetto a quella manifestata nell'operazione posta in essere. E ciò in quanto nel concludere quei contratti se ne accettano tutte le conseguenze, di cui si vogliono, in particolare, quelle fiscali.

Tornando alle note operazioni del *dividend washing*¹⁸⁴ e del *dividend stripping*¹⁸⁵, si comprende come i soggetti che le ponevano in essere erano effettivamente interessati alla fruizione del credito di imposta sui dividendi, e per ottenere questo risultato erano disposti ad assoggettarsi ad assetti contrattuali funzionali a quello scopo. I contratti e gli

essere confuso con quello della frode alla legge, «poiché l'esistenza di una simulazione presuppone controdiichiarazioni chiaramente imputabili alla volontà delle parti, mentre la frode alla legge implica la costruzione del vero affare posto in essere prescindendo da una effettiva volontà dei contraenti e con maggiore considerazione della sostanza economica dell'affare compiuto».

¹⁸⁴ Si tratta di una complessa operazione economica, realizzata mediante la stipulazione di contratti funzionalmente collegati e finalizzata a ottenere un risparmio di imposta. L'operazione, costituente uno strumento di arbitraggio fiscale, è resa possibile dalla disciplina di differenti regimi di tassazione, in materia di dividendi o plusvalenze, consente la realizzazione di operazioni di cessione di partecipazioni "utili compresi"; cui consegue l'allocazione delle risorse così generate in capo al soggetto sottoposto al regime fiscale più favorevole e per la categoria di reddito fiscalmente meno colpita. Nella fattispecie concreta una società a responsabilità limitata aveva stipulato, con un fondo comune di investimento, un contratto di compravendita di partecipazioni ancora gravide della cedola, a ridosso della delibera di distribuzione dei relativi utili. Riscossi i dividendi, la società acquirente aveva venduto le medesime partecipazioni al venditore originario e per un prezzo diminuito, rispetto a quello di acquisto, di una somma corrispondente ai dividendi *medio tempore* percepiti. Il collegamento negoziale – costituito dalle due compravendite incrociate e poste in essere in un breve intervallo temporale – offriva ai contraenti un duplice vantaggio fiscale. Il fondo comune di investimento, privo del diritto a godere del credito d'imposta sui dividendi, veniva a privarsi delle azioni stesse a favore di un soggetto a cui invece spettava il credito d'imposta; stipulando allo stesso tempo un patto di successivo riacquisto una volta riscosso il dividendo, per un prezzo diminuito dell'ammontare del credito d'imposta ceduto. Oltre alla possibilità di collocare le azioni presso un soggetto legittimato a sfruttare il credito di imposta, entrambi i contraenti usufruivano di ulteriori vantaggi fiscali. Difatti, da un canto il fondo comune di investimento acquisiva, a titolo di plusvalenza su partecipazioni, una somma corrispondente ai dividendi collegati alle partecipazioni cedute; dall'altro, la società a responsabilità limitata poteva dedurre, una volta riscossi i dividendi, la minusvalenza prodotta da una cessione solo apparentemente "in perdita". Da un punto di vista finanziario, il fondo comune di investimento generava, così, risorse nuove per un valore del tutto identico ai dividendi che avrebbe riscosso dalla partecipazione ceduta; e, allo stesso tempo, la società realizzava una minusvalenza "fittizia", in quanto compensata dalla percezione di dividendi di valore del tutto corrispondente. Da un punto di vista fiscale, al contrario, ciascun contraente allocava le risorse nuove, generate complessivamente dall'operazione negoziale, nella categoria di reddito soggetta al regime fiscale migliore; facendo, così, fruttare il credito di imposta a cui il cedente non avrebbe avuto alcun diritto. A favore del fondo comune di investimento veniva generata, così, al posto di un dividendo soggetto a ritenuta d'acconto a titolo di imposta, una plusvalenza da negoziazione di titoli, fiscalmente irrilevante ai sensi dell'art. 9, comma 1, Legge n. 77/1983; e a favore della società, un dividendo con relativo credito d'imposta e ritenuta d'acconto scomputabili dall'imposta complessivamente dovuta, unitamente a una minusvalenza fiscalmente deducibile.

¹⁸⁵ Trattasi di compravendite di titoli con successiva retrocessione degli stessi dopo lo stacco delle cedole, e i contratti di usufrutto di azioni.

effetti voluti erano proprio quelli¹⁸⁶ che consentivano di trasferire il diritto alla percezione dei dividendi e con esso il relativo credito di imposta.

L'elusione, allora, non sottende alcuna simulazione, proprio perché la strumentazione contrattuale è voluta giacché alla stessa si riconnettono ben precise conseguenze sul piano tributario¹⁸⁷, e al tempo stesso, tale strumentazione consente alle parti di raggiungere in modo soddisfacente gli scopi che le stesse si prefiggevano.

Semmai, nei comportamenti ascrivibili all'elusione, può talvolta aversi un problema di corretta qualificazione del contratto. I contraenti ad esempio vogliono davvero cedere un diritto di usufrutto su un pacchetto azionario, ma nel regolamento tale cessione finisce per porre in essere un contratto che non ne ha le caratteristiche.

O ancora, le parti vorrebbero stipulare un contratto di conferimento d'azienda, per accedere a un regime di neutralità fiscale o per ottenere un affrancamento agevolato dei plusvalori, ma in realtà pongono in essere un conferimento di singoli beni non costituenti azienda.

Molto frequente è il caso della vendita frazionata di beni aziendali con applicazione dell'IVA, effettuata per evitare l'applicazione dell'imposta proporzionale di registro, che sembra porre un problema di qualificazione dei contratti di cessione utilizzati, e non già configurare un'ipotesi di simulazione relativa oggettiva. In questi casi non esistono un contratto simulato di gestione di singoli beni e un contratto dissimulato (contro-dichiarazione) di vendita dell'azienda, quanto un interesse a trasferire una pluralità di beni e rapporti attraverso atti giuridici la cui esatta qualificazione può essere sindacata dall'Amministrazione se difforme dal paradigma normativo in cui è stata (erroneamente e volontariamente) incasellata¹⁸⁸.

¹⁸⁶ L'acquisto dei titoli e la loro cessione a termine nel *dividend washing* e il trasferimento del diritto di usufrutto nel *dividend stripping*.

¹⁸⁷ In questo si v. FRANSONI G., *Abuso di diritto, elusione e simulazione: rapporti e distinzioni*, in *Corr. trib.*, 1/2011: 13 e ss. Sulla distinzione tra l'abuso (elusione) e simulazione, v. anche VACCA I., *L'abuso e la certezza del diritto*, in *Corr. trib.*, 15/2014: 1128 e ss., per il quale «l'abuso (*alias* elusione) è cosa senz'altro diversa dall'evasione. L'evasione, infatti, si sostanzia nell'occultamento del reddito in violazione di specifiche norme dell'ordinamento, mentre il comportamento abusivo consiste nel non far nascere i presupposti dell'imposizione, pur senza violare direttamente alcuna regola normativa».

¹⁸⁸ Sul tema si rinvia a STEVANATO D., *Cessione frazionata dell'azienda e imposta di registro: simulazione o riqualificazione del contratto?* in *GT - Riv. giur. trib.*, 9/1999: 758 e ss.

3. *L'abuso del diritto e l'interposizione fittizia di persona*

La tendenza a confondere l'elusione con la simulazione è emersa spesso anche in relazione al tema dell'interposizione fittizia di persona, e all'inquadramento dell'art. 37, comma 3, del d.p.r. n. 600/1973 tra le norme antievasive o antielusive.

In base alla norma citata: «in sede di rettifica o di accertamento di ufficio sono imputati al contribuente i redditi di cui appaiono titolari altri soggetti quando sia dimostrato, anche sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti, che egli ne è l'effettivo possessore per interposta persona». La disposizione è stata probabilmente introdotta per sollevare l'Amministrazione dall'onere di dover intraprendere un'azione davanti al giudice ordinario per accertare fenomeni di interposizione fittizia¹⁸⁹, consentendole di accertarla incidentalmente già nell'atto di accertamento. Il fenomeno della simulazione relativa non esaurisce il campo di indagine, ben potendo attuarsi lo scopo elusivo mediante operazioni effettive e reali, nelle quali difetta l'elemento caratteristico dei contratti simulati, costituito dalla divergenza tra la dichiarazione esterna e la effettiva volontà dei contraenti costituita dalla controdeklarazione¹⁹⁰.

L'inquadramento dell'art. 37, comma 3, tra gli strumenti di contrasto all'elusione appare criticabile. Innanzitutto dalla norma esula ogni riferimento a vantaggi tributari, ad aggiramenti della *ratio* delle norme fiscali, e all'esistenza di valide ragioni economiche del comportamento adottato: mancano tutti gli elementi che caratterizzano le norme antielusive.

Su tale scia si richiama la tesi secondo cui l'art. 37, comma 3, «stabilendo l'imputabilità al possessore effettivo dei redditi di cui appaia titolare altro soggetto in base ad interposizione di persona, inequivocabilmente si occupa del caso all'interposizione fittizia in senso proprio, caratterizzata dalla divaricazione fra situazione esteriore e situazione sostanziale, rispettivamente riferibili all'interposto e all'interponente, non anche del caso dell'interposizione cosiddetta reale, ove la forma e la sostanza coincidono e si può porre

¹⁸⁹ Cioè ipotesi di simulazione relativa di persona.

¹⁹⁰ Cfr. Cass., sez. trib., n. 12788/2011, *Giur. trib.*, 10/2011: 872 e ss., con nota di LOVISOLO A., *Il contrasto all'interposizione "gestoria" nelle operazioni effettive e reali, ma prive di valide ragioni economiche*; e più di recente Cass., sez. trib., n. 5937/2015, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

soltanto un problema di validità ed efficacia all'atto negoziale determinato dalla variazione soggettiva della titolarità del bene, giungendo correttamente a negare che la norma in questione abbia natura antielusiva»¹⁹¹.

Spesso, specialmente in seguito alle pronunce del 2008, la giurisprudenza di Cassazione ha ritenuto illegittime numerose pretese fiscali, applicando il divieto di abuso del diritto, anche quando tale argomento non era stato invocato dal Fisco nell'atto impositivo. Non di rado, infatti, la rettifica dell'Ufficio si basava sull'articolo 37, comma 3, del d.p.r. n. 600/1973. Probabilmente il convincimento circa l'avvenuta interposizione fittizia di persona avrebbe richiesto uno sforzo argomentativo maggiore per il giudice e si è quindi preferita la via più rapida per risolvere la controversia, richiamando appunto il divieto di abuso del diritto¹⁹².

3.1. Ancora confusione su evasione, abuso e interposizione soggettiva

In altri casi ancora è stato invocato il divieto di abuso del diritto nonostante la condotta del contribuente consistesse in una vera e propria evasione fiscale, creando confusione tra il concetto di elusione/abuso e quello di evasione.

A titolo esemplificativo si può citare il caso dell'ICI su un terreno edificabile qualificato come pertinenza di un immobile¹⁹³: l'errata qualificazione giuridica di una situazione di fatto, cioè l'inesistenza del vincolo pertinenziale, rappresenta una ipotesi classica di evasione fiscale¹⁹⁴, non di elusione/abuso.

¹⁹¹ Cfr. Cass., sez. trib., n. 8671/2011, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

¹⁹² Cfr. Cass., sez. trib., n. 4737 del 2010, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>. Il caso è quello di un atleta professionista che ha "dirottato" una quota del suo compenso a favore di una società estera, facendo figurare una ipotetica prestazione di sfruttamento passivo della sua immagine. L'invocazione dell'abuso del diritto non è pertinente nel caso di specie: se la società estera faceva capo al medesimo atleta si era di fronte ad una interposizione fittizia di persona e quindi ad una ipotesi di evasione fiscale.

¹⁹³ Cfr. Cass., sez. trib., n. 25127/2009, in *Corr. trib.*, 5/2010: 379 e ss., con nota di PURI P., *Il debutto dell'abuso del diritto nell'ICI*.

¹⁹⁴ Sul tema si v. INGRAO G., *L'evoluzione dell'abuso del diritto in materia tributaria: un approdo con più luci che ombre*, in *Dir. prat. trib.*, 4/2016: 1433 e ss. In queste pagine l'A. spiega che l'evasione si configura sia nel momento in cui ricorrono occultamenti di materia imponibile, sia mediante errate qualificazioni giuridiche. Infatti, in sede di dichiarazione, il contribuente deve procedere ad una qualificazione giuridica dei fatti fiscalmente rilevanti. Ciò significa che il contribuente non deve limitarsi a comunicare la loro esistenza. Si tratterebbe, in termini di qualificazione giuridica, di una vera e propria "dichiarazione di scienza qualificata".

Si ricorda che l'abuso di natura tributaria presuppone non tanto un'errata qualificazione giuridica di un fatto giuridicamente rilevante, o il porsi in contrasto con una specifica disposizione di legge, ma la realizzazione di una attività di per sé lecita, e da cui la differenza con l'evasione fiscale, ma posta in essere per fini prevalentemente o esclusivamente¹⁹⁵ elusivi della normativa tributaria, e quindi lesivi dell'interesse dell'Amministrazione finanziaria.

L'elusione fiscale si configura ogniqualvolta un'operazione «non si pone direttamente in contrasto con una specifica disposizione di legge ma, ciò nonostante, ha come unico o prevalente obiettivo quello di sottrarre materia imponibile al fisco o di ottenere comunque un beneficio fiscale»¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Corte di Giustizia, 21 febbraio 2008, c. 425/06, *Part Service s.r.l.*, in *Raccolta della Giurisprudenza*, 2008: 1-897. Come noto, la Cassazione nel caso *Part Service* investiva della questione la Corte di Giustizia, con rinvio pregiudiziale ex art. 234 CE (Cass., sez. trib., ord., *cit.*) per conoscere se l'espressione utilizzata nella decisione *Halifax* (Corte di Giustizia, 21 febbraio 2006, c. 255/02, in *Riv. giur. trib.*, 5/2006: 377) di "operazione compiuta essenzialmente per conseguire un vantaggio fiscale" fosse equivalente, più ampia o più restrittiva di quella "compiuta senza valide ragioni economiche all'infuori di un vantaggio fiscale" e quindi se il limite di abuso di diritto operasse quando le ragioni economiche fossero assolutamente marginali o irrilevanti, quindi, senza una possibile spiegazione alternativa. Il caso di specie aveva ad oggetto un'operazione di "frazionamento negoziale" avente il solo scopo di determinare una base imponibile di IVA minore di quella prevista in costanza di un unico contratto di *leasing* il cui canone era stato ricondotto a mero corrispettivo d'uso del bene, senza remunerazione del capitale, accompagnata dalla stipula di separata convenzione di assicurazione e intermediazione fatturate in esenzione di imposta. L'esigenza era quella di stabilire se fosse da riservare un trattamento differenziato al caso in cui l'unico scopo del negozio fosse quello di eludere (esclusività) rispetto al caso in cui il negozio poteva produrre anche un ulteriore effetto meritevole (non esclusività). Il giudice comunitario ha avuto modo di puntualizzare che l'esistenza di una pratica abusiva può essere affermata anche qualora il perseguimento di un vantaggio fiscale costituisca lo scopo essenziale, ancorché non esclusivo, non essendo l'abuso impedito allorché nell'operazione concorrono, pur marginalmente, altre ragioni economiche. La Corte di Cassazione, quale giudice remittente, inquadrava la fattispecie in tale paradigma, statuendo che il frazionamento di un'operazione in distinti contratti, il cui scopo economico era di far ottenere ad un altro soggetto, ad un tempo stesso, l'utilizzazione di un bene, il procacciamento della provvista finanziaria necessaria e l'assicurazione contro i rischi di perdita o di ferimento economico del bene fornito, superava la soglia minima della pratica abusiva perché aveva come scopo principale quello di realizzare un risparmio di imposta attraverso una diminuzione del corrispettivo soggetto ad IVA senza che concorressero altre plausibili ragioni economiche (Cass., sez. trib., n. 25364/2008, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>). Questa pronuncia allarga di fatto il solco tracciato dalla sentenza *Halifax* poiché considera sempre abusivo il ricorso a forme di transazione che abbiano come scopo principale un (indebito) risparmio fiscale ancorché accompagnato da secondarie (e non meritevoli) finalità economiche. La conclusione che si ricava è che l'abuso del diritto è suscettibile di connotare sia le operazioni compiute al solo scopo di realizzare un risparmio fiscale senza altra convenienza economica sia le operazioni compiute allo scopo di realizzare un vantaggio fiscale predominante rispetto a quella convenienza economica.

¹⁹⁶ POTITO E., *L'accertamento tributario*, op. cit.: 128; come rilevato in giurisprudenza, quindi, lo scopo non deve essere necessariamente esclusivo. «Non occorre, cioè, che sia l'unico coinvolto nell'operazione, sicché eventuali concorrenti ragioni economiche sarebbero di ostacolo all'accertamento dell'abuso, a meno che non siano "assolutamente marginali o irrilevanti". È sufficiente che sia quello essenziale». Sul punto si v. anche ZIZZO G., *Abuso del diritto, scopo di risparmio di imposta e collegamento negoziale*, in *Rass. trib.*, 3/2008: 869 e ss., il quale, tuttavia, rileva anche che non è sufficiente per configurare l'abuso lo scopo

Pertanto, «mentre l'evasione comporta l'inadempimento di obblighi o di obbligazioni già sorti, e quindi la commissione di un illecito, per contro l'elusione si realizza semplicemente tenendo comportamenti che evitino il verificarsi dei presupposti impositivi o che pongano in essere presupposti meno onerosi o, al limite, più vantaggiosi (ad esempio i presupposti di un'agevolazione fiscale). L'elusione fiscale sta proprio in questo, nel perseguire civilisticamente il risultato pratico voluto, evitando però le soluzioni contrattuali o negoziali fiscalmente più onerose»¹⁹⁷.

L'elusione impedisce il sorgere dell'obbligazione tributaria attraverso la non integrazione del presupposto dell'imposta o induce astutamente la configurazione della fattispecie più vantaggiosa.

Il comportamento elusivo si risolve, dunque, «in una applicazione strumentale delle norme tributarie, in quanto il contribuente, preso atto della conformazione dell'ordinamento tributario positivo, preordina e pone in essere – di regola attraverso una pluralità di atti o contratti – una condotta che gli consente di evitare il regime fiscale previsto da una determinata norma impositiva (mediante l'aggiramento della fattispecie astratta) e al tempo stesso di conseguire ugualmente il risultato economico contemplato e tassato dalla norma aggirata»¹⁹⁸.

In questa prospettiva l'abuso tributario, pur sovrapponendosi di fatto all'elusione fiscale, non appare un concetto superfluo, poiché utilizzato proprio per sanzionare ogni forma di aggiramento della normativa fiscale, nonché qualsiasi strumento rispettoso solo formalmente di tale normativa, a prescindere dall'esistenza di una espressa norma antielusiva, come quella prevista dall'art. 37 *bis* del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, di natura settoriale. Questa disposizione, infatti, risultava applicabile, come indicato dal comma 3, soltanto alle imposte dirette¹⁹⁹.

Ne discende che, attraverso il ricorso al divieto di abuso, la giurisprudenza estende l'ambito di applicazione dell'art. 37 *bis* citato al di là delle fattispecie tipizzate, quindi a

essenziale di ottenere una riduzione del carico fiscale, ma occorre anche che «nonostante l'osservanza formale delle condizioni stabilite dalle pertinenti disposizioni, la conferma del vantaggio risulti contraria all'obiettivo perseguito dalle stesse. Occorre, cioè, che l'operazione generi una frizione tra l'applicazione di dette disposizioni secondo la lettera e la loro applicazione secondo lo spirito, tra l'attribuzione del vantaggio, postulata dalla lettera, e la sua negazione, richiesta dallo spirito».

¹⁹⁷ In questo senso LUPI M., *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, Giuffrè, Milano, 2001: 429.

¹⁹⁸ DI AMATO A., *Contratto e reato, profili civilistici*, 2003: 290.

¹⁹⁹ *Ivi*: 300.

tutte le ipotesi di imposte, dirette ed indirette (comunitarie e non) in modo da reagire, come richiesto anche dalla sesta Direttiva in tema di armonizzazione delle legislazioni tributarie, a tutte «quelle condotte che, pur se reali ed effettive, appaiono carenti di primarie ragioni economiche extrafiscali ed in quanto tali si presentano come “anomale, ed essenzialmente o esclusivamente dirette, attraverso l’aggiramento o lo sviamento della normativa tributaria, ad ottenere vantaggi d’imposta che l’ordinamento disapprova»²⁰⁰.

Così inteso l’abuso tributario può essere considerato un criterio argomentativo che si risolve nella cosiddetta tecnica della riqualificazione degli atti elusivi, con cui l’Amministrazione finanziaria disapplica la tassazione più vantaggiosa voluta dalle parti o dall’autore dell’atto e applica agli atti elusivi la tassazione meno vantaggiosa per il contribuente, ma più adeguata alla sostanza dell’operazione posta in essere²⁰¹.

Dunque, non vi è illiceità, in quanto è assente la violazione di un divieto, ma semplicemente non conformità, o ancor meglio “non meritevolezza”, dell’operazione concreta al piano fiscale.

Infatti, l’operazione realizzata non è vietata, né proibita, ma, semplicemente, viene sottoposta ad una disciplina più adeguata. Non vi è illiceità, né sul piano civilistico, né su quello tributario, ma soltanto reazione dell’ordinamento per una più congruente disciplina dell’atto di autonomia²⁰².

In definitiva, la simulazione e la frode alla legge non hanno nulla a che fare con l’abuso del diritto, trattandosi di ipotesi di evasione fiscale.

Il potere di riqualificare gli atti giuridici rientra nelle ordinarie attribuzioni degli Uffici impositori, mentre il contrasto dell’interposizione o della simulazione è riconducibile a specifiche norme del nostro ordinamento.

Ancora oggi tuttavia, a distanza di qualche anno dalle sopra citate sentenze, vi è ancora confusione tra il piano della simulazione e della interposizione fittizia di persona e quello dell’abuso²⁰³.

²⁰⁰ Una tale nozione di abuso può considerarsi oggi sostanzialmente condivisa, sia nella giurisprudenza nazionale che in quella comunitaria (cfr., *ex multis*, Corte Giust., 21 febbraio 2008, c. 425/06, punti 41-45: 58; Cass., sez. trib., n. 3947/2010, in *Banca, borsa tit. cr.*, 2/2010: 257 e ss., con nota di BARILLA G.B., *Le Sezioni unite e il Garantievertrag un quarto di secolo dopo: una pronuncia “storica” fa chiarezza sui differenti modelli di garanzie bancarie autonome*.

²⁰¹ DI AMATO A., *op. cit.*: 197.

²⁰² Sulla differenza che intercorre tra elusione ed evasione si v. FIORENTINO S., *L’elusione tributaria, scelte di metodo e questioni terminologiche*, ESI, Napoli, 1996: 30 e ss.

²⁰³ Da ultimo si v. Cass., sez. trib., nn. 29182, 29189, 29190/2017, in *CED Cassazione*.

In una recente pronuncia della Corte di Cassazione²⁰⁴, emerge l'intreccio tra i piani della simulazione con quelli dell'elusione/abuso, con conseguenti interconnessioni tra effettività ed apparenza, tra inopponibilità e corretta imputabilità soggettiva della fattispecie²⁰⁵. La Corte, dopo aver inquadrato come 'fittizie' delle compravendite incrociate di titoli in cui si articolavano le operazioni di *dividend washing* avvenute nel caso posto al suo esame, le qualifica nell'art. 37 bis, comma 3, d.p.r. 600/1973, considerando la disposizione «espressiva di un generale principio antielusivo».

Ma non sembra possibile sostenere che la norma abbia funzione antielusiva poiché concernente fenomeni di simulazione soggettiva.

La Corte richiama alcuni suoi precedenti sul punto²⁰⁶ per sostenere che le operazioni di *dividend washing* rappresentano *ex se* operazioni di imputazione fittizia di titoli, senza effettivo scambio di prestazioni contrattuali, al solo fine del conseguimento di vantaggi fiscali, come tali inopponibili all'Amministrazione finanziaria in mancanza di prova contraria del contribuente circa la loro effettività.

La Suprema Corte basa il suo ragionamento sull'art. 37 bis, comma 3, da considerarsi espressivo di un principio generale antielusivo immanente al sistema e riconducibile al concetto di abuso del diritto come elaborato dalla giurisprudenza comunitaria e implicito nell'art. 53 Cost.

Tuttavia, la contestazione di un'operazione in termini simulatori²⁰⁷ è incompatibile con una sua ricostruzione in chiave elusiva: l'operazione elusiva è per definizione effettiva e reale, quella simulata no.

L'elusività o abusività di una operazione presuppone necessariamente la sua effettività.

Come chiarito dalla stessa giurisprudenza, il contratto e le condotte foriere di abuso «sono reali ed effettive, ma tuttavia carenti di primarie ragioni economiche extra-fiscali ed in quanto tali si presentano come "anomale", ed essenzialmente o esclusiva-

²⁰⁴ Cfr. Cass., sez. trib., n. 26057/2015, in *Fisco*, 4/2016: 397.

²⁰⁵ Sul tema si v. BEGHIN M., *Ancora equivoci sul concetto di vantaggio fiscale elusivo e sulla sua inopponibilità al Fisco*, in *Corr. trib.*, 4/2015: 895 e ss.

²⁰⁶ In particolare Cass., sez. trib., n. 25726/2009, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, di cui, in motivazione, si riportano ampi stralci.

²⁰⁷ Nel caso cui si rimanda, come interposizione fittizia di una società rispetto al fondo comune di investimento nel possesso dei titoli per il tramite di una loro compravendita solo apparente e non effettiva.

mente dirette, attraverso l'aggiramento o lo sviamento della normativa tributaria, ad ottenere vantaggi di imposta che l'ordinamento disapprova»²⁰⁸, mentre il contratto simulato è un «contratto privo di volontà»²⁰⁹.

Pertanto, la sovrapposizione automatica tra simulazione e abuso del diritto, pur proposto da una parte più risalente della giurisprudenza e da parte della dottrina civilistica anche recente²¹⁰, genera confusione tra concetti ontologicamente distinti, soprattutto con riferimento alle conseguenze e ai rimedi (si pensi all'inefficacia della simulazione tra le parti, *ex art. 1414 c.c.*, e agli effetti della simulazione rispetto ai terzi, *ex art. 1415 c.c.*)²¹¹.

La simulazione presuppone sempre la non corrispondenza tra ciò che si vuole e ciò che si dichiara, tra la dichiarazione interna ed esterna, tant'è che le parti tramite la simulazione di comune accordo dichiarano una volontà destinata ad apparire ai terzi, che non corrisponde alla reale volontà, la quale resta celata in un altro accordo destinato a rimanere segreto. Contrariamente, nell'abuso la volontà degli effetti è reale ed effettiva, ma elusiva della normativa fiscale.

È ovvio che nella pratica le due figure possono anche coincidere, ma tali concetti restano ontologicamente distinti.

Non si può sostenere che l'art. 37, comma 3, sia una norma con funzione antielusiva nella misura in cui concerne fenomeni di simulazione soggettiva. Oltretutto, che l'art. 37, comma 3, si occupi di altro rispetto a fenomeni di elusione, o abuso, trova riscontro anche nei recentissimi interventi normativi di modifica apportati con i decreti attuativi di riforma fiscale²¹².

Infatti, nell'assetto previgente la riconduzione dell'art. 37, comma 3, all'area delle disposizioni incidenti su fenomeni elusivi poteva trovare un qualche appoggio nell'art. 21, L. n. 413/1991, laddove questo, nel prevedere e disciplinare il cosiddetto interpello

²⁰⁸ Cfr. Cass., sez. trib., n. 3947/2011, *cit.*

²⁰⁹ AURICCHIO A., *La simulazione nel negozio giuridico* (1957), Esi, Napoli, 1978: 403 e ss.

²¹⁰ GENTILI A., *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, *op. cit.*: 403 e ss.

²¹¹ Sul rapporto tra simulazione ed elusione si v., ampiamente, FALSITTA G., *Spunti critici e ricostruttivi sull'errata commistione di simulazione ed elusione nell'onnivoro contenitore detto "abuso del diritto"*, in *Riv. dir. trib.*, 6/2010: 785 e ss.

²¹² Sul tema si v., da ultimo GIOVANNINI A., *L'abuso del diritto nella legge delega fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 1/2014: 231 e ss., secondo il quale «la distinzione tra evasione ed abuso fotografa non già due fenomeni tra di loro diversi e separati, come si sostiene per negare la sanzionabilità dell'abuso (o impropriamente dell'elusione), ma due profili del medesimo fenomeno: l'abuso descrive la condotta, l'evasione il risultato [...] La distinzione tra abuso e altre forme di risparmio di imposta, insomma, non risiede nel risultato, ossia nell'evasione, ma nelle condotte». Si v. anche MANZITTI A. E FANNI M., *Abuso ed elusione nell'attuazione della delega fiscale: un appello perché prevalgano la ragione e il diritto*, in *Corr. trib.*, 5/2014: 1140 e ss.

antielusivo, espressamente ne descriveva l'ambito di esperibilità facendo indistinto riferimento all'applicazione a casi concreti, per l'appunto, delle disposizioni contenute agli artt. 37, comma 3, e 37 *bis*, d.p.r. n. 600/1973. Mentre, l'attuale disciplina esclude inequivocabilmente l'applicabilità dell'art. 37, comma 3, dall'orbita di operatività dell'interpello antiabuso (antielusivo) di cui all'art. 11, lett. c), L. n. 212/2000, per condurlo nell'ambito dell'interpello c.d. ordinario interpretativo²¹³.

Certamente, sullo sfondo della concezione dell'art. 37, comma 3 del d.p.r. n. 600/1973 come norma antielusiva, destinata a trovare applicazione anche ad ipotesi di interposizione reale, vi è l'idea della "prevalenza della sostanza sulla forma"²¹⁴, cioè di una tassazione ancorata ad un presupposto conformato in termini economici, sostanzialistici, e non invece filtrata attraverso le regole giuridiche.

Tuttavia, nell'abuso (elusione), non vi è falsa rappresentazione della realtà o inganno, ma, al contrario, una voluta strumentalizzazione delle norme tributarie, al fine di addivenire all'applicazione del regime fiscale più favorevole.

Sembra che la Cassazione abbia creato una commistione di concetti che dovrebbero rimanere nettamente distinti tra loro.

La norma tributaria, di regola, modella la tassazione ancorandola al tipo contrattuale adottato dal contribuente; da ciò emerge con evidenza come la via maestra per il conseguimento di effetti elusivi sia rappresentata dalla stipula di contratti che non corrispondono alla tipologia contrattuale "tassata" dal legislatore tributario e che consentono il raggiungimento di risultati economici equivalenti a quelli propri dalle tipologie contrattuali tassate, o maggiormente tassate dal legislatore tributario²¹⁵. Tali osservazioni erano state confermate anche dalle Sezioni Unite della Cassazione²¹⁶, le quali abbandonavano definitivamente ogni tentativo, foriero di equivoci e incertezze, di contrastare le condotte fiscali di "abuso" con l'utilizzo degli strumenti civilistici per analizzare la funzione dell'operazione e la sua meritevolezza e adeguatezza sul piano strettamente fiscale.

²¹³ Cfr. art. 37, comma 3, d.p.r. n. 600/1973, secondo cui «il contribuente può comunque richiedere un parere all'Amministrazione finanziaria in ordine all'applicazione delle disposizioni di cui al comma 3, al caso concreto ai sensi dell'art. 11 comma 1 lett. a) della Legge 27 luglio 2000, n. 212».

²¹⁴ Sul tema si v. LOVISOLO A., *Il contrasto all'interposizione «gestoria» nelle operazioni effettive e reali, ma prive di valide ragioni economiche*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 4/2011: 869 e ss., per il quale «sia la norma antielusiva dell'art. 37 *bis*, che l'art. 37 sono volti a superare la realtà giuridica apparente (la "forma") per cogliere la realtà sostanziale ad essa sottesa (la "sostanza economica")».

²¹⁵ DI AMATO A., *op. cit.*: 290 e ss.

²¹⁶ Si v., per tutte, Cass., S.U. civ., 23 dicembre 2008, nn. 30055, 30056, 30057, *cit.*

Pertanto, l'ipotesi della simulazione (soggettiva o oggettiva) esula dalla condotta elusiva/abusiva, rientrando, invece, nell'area dell'evasione di imposta *tout court*²¹⁷.

Sembra corretta quella posizione della giurisprudenza la quale, non senza contrasti²¹⁸, afferma che «la nozione di abuso del diritto prescinde da qualsiasi riferimento alla natura fittizia o fraudolenta di un'operazione, nel senso di una prefigurazione di comportamenti diretti a trarre in errore o a rendere difficile all'Ufficio di cogliere la vera natura dell'operazione. Né comporta l'accertamento della simulazione degli atti posti in essere in violazione del divieto di abuso»²¹⁹.

Altra figura che apparentemente potrebbe sembrare sovrapporsi a quella di abuso del diritto, è quella del contratto indiretto, cui va accennato. Anche quest'ultimo è di per sé perfettamente valido, lecito e meritevole. Trattasi di un contratto tipico piegato nei singoli casi concreti a uno scopo diverso da quello che è alla causa, tipica, del contratto. Mentre in caso di abuso l'atto, di regola, è reale ed effettivo, nonché direttamente elusivo di una norma tributaria più svantaggiosa, in costanza di un c.d. contratto indiretto, vi è soltanto una incongruenza o discordanza (inadeguatezza) fra mezzi e scopi tra loro compatibili²²⁰.

Il contratto indiretto è un modo di utilizzazione di uno schema contrattuale per raggiungere uno scopo diverso o ulteriore da quello normalmente riconducibile, sul piano civilistico, a quel dato contratto (riscontrandosi una distinzione tra scopo pratico e funzione tipica). Più che di un contratto, quindi, si tratta di un procedimento indiretto che richiede l'utilizzo di uno o più contratti e si verifica quando un dato effetto giuridico non viene realizzato direttamente, usando lo schema contrattuale normale, ma viene conseguito mediante vie traverse, ponendo in essere atti diretti ad altri effetti che, con la loro combinazione, realizzano ugualmente il risultato desiderato, o un risultato simile²²¹.

²¹⁷ Cfr. FIORENTINO S., *L'elusione tributaria*, op. cit.: 110 e ss., il quale, con riferimento all'art. 37 del d.p.r. n. 600/1973 – che attribuisce all'ufficio finanziario il potere di evidenziare la sussistenza di una simulazione soggettiva – sottolinea che la suddetta norma «risulta orientata al perseguimento di condotte evasive (occultamento del presupposto d'imposta)»; *Id.*, *Qualificazione fiscale dei contratti di impresa: abuso e sanzionabilità*: 80.

²¹⁸ Cfr. Cass., sez. trib., n. 22994/2010, in *CED Cassazione*, la quale continua ad affermare l'equivalenza tra operazioni fittizie ed elusive (o abusive).

²¹⁹ Cfr. Cass., sez. trib., n. 8772/2008, in *Rass. Trib.*, 3/2008: 776 e ss., con nota di STANCATI G., *Il dogma comunitario dell'abuso della orma tributaria*.

²²⁰ BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Esi, Napoli, 1994: 393; sul tema si v. diffusamente FEDERICO A., *Il negozio indiretto*, Esi, Napoli, 2003.

²²¹ Si pensi, ad esempio, al caso di scuola della vendita con rimessione del prezzo, per realizzare gli effetti della donazione.

Il negozio indiretto non presuppone l'abuso o l'elusione, né in costanza di un abuso o di una elusione è configurabile necessariamente un procedimento indiretto. Certamente, una cosa è la distinzione ontologica tra questi concetti, altro è constatare nella pratica che l'elusione sia avvenuta tramite il ricorso agli strumenti del contratto indiretto e del collegamento negoziale.

Dall'analisi dell'applicazione pratica delle norme operata dalla giurisprudenza tributaria, oscillante, emergono incertezze.

CAPITOLO II

LE INCERTEZZE SULL'ABUSO DEL DIRITTO, TRA IL DIRITTO CIVILE E IL DIRITTO TRIBUTARIO

Sezione I

Gli orientamenti della giurisprudenza tributaria: tra diritto civile e diritto tributario

SOMMARIO: Premessa introduttiva. 1. L'*iter* che ha condotto all'introduzione di una clausola generale anti-abuso. 2. L'esigenza di utilizzare strumenti propri del diritto civile: il *leading case* del *dividend washing*. 2.1. La Corte di Cassazione: di nuovo sull'utilizzo di strumenti propri del diritto civile. 2.2. Le ordinanze di rimessione del 2008.

Premessa introduttiva

Come già anticipato, la teoria dell'abuso del diritto è stata ampiamente applicata, dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia, soprattutto nel settore tributario. In questa branca del diritto la teoria si è sviluppata in funzione antielusiva, con l'intento di sopperire alla mancanza, fino agli ultimi interventi legislativi, di una clausola generale volta a impedire la realizzazione di operazioni contrattuali il cui scopo elusivo, o quantomeno prevalente, corrisponde a finalità meramente fiscali di indebito risparmio.

Invero, sin dagli anni Sessanta e Settanta negli ordinamenti anglosassoni, prima, in Germania e negli altri ordinamenti dell'Europa continentale¹, in un secondo momento, iniziarono ad assumere connotazioni antiggiuridiche le cosiddette "operazioni fiscalmente elusive". Si trattava di operazioni formalmente rispettose del precetto tributario, ma nella sostanza "aggiratorie". Più precisamente, il contribuente, mediante atti o contratti, privi di valide ragioni economiche e/o commerciali, aggirava obblighi o divieti tributari al solo fine di ottenere vantaggi fiscali altrimenti indebiti.

¹ Ci si riferisce, in particolare, all'Italia e alla Germania. Sullo sviluppo delle operazioni elusive e, soprattutto, sull'importanza che il tema assunse nell'ordinamento tedesco, si v. PISTONE P., *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Cedam, Padova, 1995.

Tali comportamenti elusivi, tradizionalmente tollerati nei diversi ordinamenti tributari, cominciarono ad essere specificamente individuati dalla giurisprudenza in quanto apparentemente rispettosi delle norme, ma sostanzialmente impropri giacché privi di fondamento economico.

Pertanto, è opportuno ripercorrere i tratti salienti dell'*iter* che ha condotto alla positivizzazione dell'abuso del diritto nel 10 *bis*. Solo a questo punto risulterà agevole comprendere il percorso seguito dalla Corte di Cassazione, che giunge ad identificare il principio generale di divieto dell'abuso in ambito tributario all'esito di un lungo e non sempre chiaro percorso, il cui inizio è caratterizzato dalla ricerca di soluzioni prettamente civilistiche al problema dell'elusione fiscale.

1. *L'iter che ha condotto all'introduzione di una clausola generale antiabuso*

Per comprendere il perché e l'importanza dell'applicazione di strumenti propri del diritto civile all'abuso tributario è opportuno fare un ulteriore passo indietro nel tempo. Come accennato, il dibattito sull'abuso del diritto (elusione), in campo fiscale, si è acceso, in Italia, soprattutto a partire dagli anni Ottanta.

In questi anni il fenomeno ha assunto proporzioni rilevanti e si è preso atto dell'impossibilità di applicare, agli effetti fiscali, l'art. 1344 c.c., rubricato "Contratto in frode alla legge", che reputa illecita la causa dei contratti che costituiscono «il mezzo per eludere l'applicazione di norma imperativa». È ben nota, infatti, la giurisprudenza della Corte di Cassazione secondo cui la norma fiscale elusa non ha le caratteristiche dell'imperatività.

L'attuale impostazione sull'abuso del diritto nel tributario è stata raggiunta tramite un processo durato diversi decenni, che può essere suddiviso in tre fasi principali sulle quali risulta opportuno un approfondimento.

Come prima fase si può indicare quella *ante* art. 10 della Legge n. 408 del 1990, che ha introdotto, per la prima volta, la disciplina dell'elusione fiscale.

Nell'impossibilità di applicare l'art. 1344 c.c., infatti, ci si trovava in un momento in cui alle norme tributarie si negava carattere imperativo. Il problema della rilevanza fiscale dell'abuso del diritto, allora, era piuttosto quello di accertare se, esistesse o meno,

un principio generale antifrode, non scritto o estrapolabile da altri principi dell'ordinamento, la cui applicazione consentisse l'inopponibilità al fisco o, addirittura, la nullità del negozio fraudolento o elusivo.

La questione è stata affrontata dalla giurisprudenza e dalla dottrina, non sempre in maniera lineare. Si può affermare che prima del 1990 la risposta della giurisprudenza e della dottrina è stata negativa. Sono state considerate, infatti, fiscalmente illecite solo quelle operazioni elusive (abusive) vietate da una norma specifica.

Al di fuori di questi casi, l'elusione è stata intesa non come occultamento di materia imponibile, ma come sostituzione di un presupposto con un altro assoggettato a un trattamento fiscale meno oneroso, ed è stata ritenuta generalmente non illecita, quindi fiscalmente efficace e pienamente opponibile all'Amministrazione finanziaria.

In un secondo momento, e precisamente nel 1990, il legislatore ha previsto, all'art. 10, L. n. 408, la prima norma antielusiva: «È consentito all'Amministrazione finanziaria disconoscere ai fini fiscali [solo] la parte di costo delle partecipazioni sociali sostenute e, comunque, i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di fusione, concentrazione, trasformazione, scorporo e riduzione di capitale poste in essere senza valide ragioni economiche ed allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta».

Risulta chiaro, in questa definizione, che il legislatore ha voluto attuare un apprezzabile recupero, sul terreno fiscale, della logica che si trova alla base dell'art. 1344 c.c., con la comprensibile differenza che, in questo caso, la sanzione del comportamento fraudolento non è la nullità, ma la semplice irrilevanza dell'atto elusivo nei confronti dell'Amministrazione finanziaria.

La norma ebbe sicuramente il pregio di esporre, per la prima volta nel nostro ordinamento, una sorta di principio antielusivo. Tuttavia, aveva un ambito applicativo circoscritto a particolari operazioni: fusioni, concentrazioni, trasformazioni, scorpori e riduzioni di capitale. Risultava, quindi, come una norma speciale, di ristretto ambito applicativo².

Il legislatore tributario intervenne di nuovo. Nel 1997, il D.Lgs. 8 ottobre 1997, n. 358, art. 7, introdusse l'art. 37 *bis* nel d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, che andava a

² Infatti, dall'esame degli atti parlamentari emergeva che tale norma era l'esatta riproduzione del testo emendato dall'art. 9, comma 3, del disegno di legge n. 5108 del 1990 relativo alle fusioni di società. Perciò, la norma era stata adattata ad una pluralità di operazioni societarie, nonostante il testo fosse stato originariamente concepito solo per le fusioni di società.

sostituire la precedente disposizione contenuta nell'art. 10, L. n. 408/90. La norma comprendeva, nei primi due commi, tra gli atti opponibili al fisco, non solo quelli privi di valide ragioni economiche ed aventi il fine di ottenere un risparmio di imposta, ma anche quelli diretti, più specificamente, ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario, altrimenti indebiti.

L'art. 37 *bis* rubricato "Disposizioni antielusive", stabiliva: «Sono inopponibili all'Amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni d'imposte o rimborsi, altrimenti indebiti. L'Amministrazione finanziaria disconosce i vantaggi tributari conseguiti mediante gli atti, i fatti e i negozi di cui al comma 1, applicando le imposte determinate in base alle disposizioni eluse, al netto delle imposte dovute per effetto del comportamento inopponibile all'Amministrazione».

Nella sua veste originaria tale norma risultava applicabile a condizione che nel comportamento elusivo fossero utilizzate una o più delle operazioni straordinarie indicate nella lista del comma 3.

Nel corso degli anni l'ambito applicativo dell'art. 37 *bis* è stato costantemente ampliato, sino ad essere trasformato in una sorta di clausola generale antielusiva³. Tuttavia, residuavano prassi, contratti ed operazioni frequentemente strumentalizzate con finalità elusive dai contribuenti, ma non ricomprese nell'elencazione dell'art. 37 *bis* ed è questo il motivo per cui, dal 2000 in poi, si è assistito al costante tentativo, della giurisprudenza della Corte di Cassazione, di individuare strumenti di contrasto dell'elusione

³ La norma disponeva: «Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano a condizione che, nell'ambito del comportamento di cui al comma 2, siano utilizzate una o più delle seguenti operazioni: a) trasformazioni, fusioni, scissioni, liquidazioni volontarie e distribuzioni ai soci di somme prelevate da voci del patrimonio netto diverse da quelle formate con utili; b) conferimenti in società, nonché negozi aventi ad oggetto il trasferimento o il godimento di aziende; c) cessioni di crediti; d) cessioni di eccedenze d'imposta; e) operazioni di cui al D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 544, recante disposizioni per l'adeguamento alle direttive comunitarie relative al regime fiscale di fusioni, scissioni, conferimenti di attivo e scambi di azioni, nonché il trasferimento della residenza fiscale all'estero da parte di una società; f) operazioni, da chiunque effettuate, incluse le valutazioni e le classificazioni di bilancio, aventi ad oggetto i beni ed i rapporti di cui all'art. 81, comma 1, lett. da c) a *c-quinquies*), del TUIR; *f-bis*) cessioni di beni e prestazioni di servizi effettuate tra i soggetti ammessi al regime della tassazione di gruppo di cui all'art. 117 del TUIR; *f-ter*) pagamenti di interessi e canoni di cui all'art. 26 *quater*, qualora detti pagamenti siano effettuati a soggetti controllati direttamente o indirettamente da uno o più soggetti non residenti in uno Stato dell'UE; *f-quater*) pattuizioni intercorse tra società controllate e collegate ai sensi dell'art. 2539 c.c., una delle quali avente sede legale in uno Stato o territorio diverso da quelli di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'art. 168 *bis* del TUIR, aventi ad oggetto il pagamento di somme a titolo di clausola penale, multa, caparra confirmatoria o penitenziale».

differenti dal 37 *bis*, proprio in quanto l'ambito applicativo di tale norma, pur essendosi progressivamente ampliato, continuava a non contemplare operazioni marcatamente elusive, risultando inarrestabile la creatività dei pratici, che identificavano sempre nuove operazioni rispetto a quelle identificate espressamente dal legislatore.

Tale disposizione, difatti, pur contenendo una definizione più completa rispetto a quella che la precedeva, presentava lo stesso difetto dell'art. 10, L. n. 408/90. Anch'essa infatti limitava il potere di accertamento dell'Amministrazione finanziaria ad alcune attività espressamente enucleate al comma 3, in un catalogo chiuso, consentendo ai contribuenti di continuare a ricercare complesse operazioni che, pur essendo diverse da quelle elencate, sono comunque produttive di un risparmio di imposta.

La reazione della Corte di Cassazione è stata, infatti, quella di ricercare un principio generale antiabuso, sganciando, in via interpretativa, le disposizioni del comma 1 e del comma 2 dell'art. 37 *bis* dalla tassativa elencazione delle operazioni di cui al comma 3 dello stesso articolo, negando che le operazioni elusive potessero ritenersi legittime per il solo fatto di non rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 37 *bis*.

La Suprema Corte è arrivata a tali conclusioni applicando il principio comunitario antiabuso, elaborato dalla Corte di Giustizia in termini di lealtà reciproca tra contribuente e fisco a tutte le operazioni assoggettabili e imposte non armonizzate, e nell'ambito di queste ultime tanto alle operazioni indicate al comma 3 dell'art. 37 *bis* d.p.r. 600/73, quanto a quelle non indicate dalla norma.

Un'ultima fase si è avuta nel 2008, con le sentenze "gemelle", dalla motivazione identica, con cui la Suprema Corte ha accomunato tutte le operazioni motivando l'illiceità fiscale, dunque l'inopponibilità al fisco. Qui la Cassazione si è basata non sul principio antiabuso di matrice comunitaria o sulla nullità contrattuale per mancanza di causa concreta (come era avvenuto nel 2005⁴), ma ricollegando il divieto di abuso alla diretta applicazione, nell'ordinamento, del principio di capacità contributiva, sulla scia della giurisprudenza della Corte di Giustizia, che, in ambito comunitario, aveva sviluppato un percorso analogo a quello seguito dalla Corte di Cassazione italiana con riferimento al diritto nazionale⁵.

⁴ Sul punto si v. *infra*, par. 4.2. della presente sezione.

⁵ Si v., diffusamente, SPOSATO L., *L'abuso del diritto tributario nella recente giurisprudenza della Cassazione*, pubblicato in <http://www.altalex.com>.

Infatti, emergeva un doppio binario tra tributi armonizzati, ai quali si applicavano i principi elaborati dalla Corte di Giustizia, e i tributi non armonizzati, retti da principi immanenti al diritto interno. L'esigenza di applicare la teoria dell'abuso di derivazione comunitaria anche ad essi ha, in un secondo momento, spinto la Corte di Cassazione ad individuarne un fondamento costituzionale nell'art. 53 Cost.

In questa fase di elaborazione, l'abuso del diritto, da mero principio tendenziale, diventa un istituto giuridico autonomo e immediatamente operativo, la cui struttura, però, è ricostruita unicamente in via giurisprudenziale.

Con le sentenze gemelle del 2008 la Corte ha ritenuto di dover «aderire [...] all'indirizzo affermatosi nella giurisprudenza della sezione tributaria [...] fondato sul riconoscimento dell'esistenza di un generale principio antielusivo; con la precisazione che la fonte di tale principio, in tema di tributi non armonizzati, quali le imposte dirette, va rinvenuta non nella giurisprudenza comunitaria, quanto piuttosto negli stessi principi costituzionali che informano l'ordinamento tributario italiano»⁶.

La teoria dell'abuso fungerebbe, quindi, da clausola antielusione, la cui giustificazione sarebbe da rinvenire nell'art. 53 Cost., nel principio di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione⁷.

Pertanto, ad avviso della Corte, il divieto di abuso del diritto in campo fiscale non rappresenta soltanto il prodotto del sistema comunitario bensì, almeno per i tributi non armonizzati, il risultato della diretta efficacia precettiva dell'art. 53 Cost., «con la conseguenza che non può non ritenersi insito nell'ordinamento, come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni

⁶ Cass. S.U. civ., n. 30055/2008, in *Riv. giur. trib.*, 3/2009: 216 e ss., con nota di LOVISOLO A., *L'art. 53 Cost. come fonte della clausola generale antielusiva ed il ruolo delle "valide ragioni economiche" tra abuso del diritto, elusione fiscale ed antieconomicità delle scelte imprenditoriali*; cfr. Cass. S.U. civ., n. 30057/2008, con nota di LUPI R. e STEVANATO D., *Tecniche interpretative e pretesa immanenza di una norma generale antielusiva*, in *Corr. trib.*, 6/2009: 403 e ss.; cfr. Cass., sez. trib., n. 1465/2009, in *Corr. trib.*, 11/2009: 823 e ss., con nota di BEGHIN M., *L'abuso del diritto tra capacità contributiva e certezza dei rapporti Fisco-contribuente*.

⁷ Sul punto si v. ZIZZO G., *Clausola antielusione e capacità contributiva*, in *Rass. trib.*, 2/2009: 476 e ss.; AMATUCCI F., *L'abuso del diritto nell'ordinamento tributario nazionale*, in *Corr. giur.*, 4/2009: 553 e ss.; MARONGIU G., *Abuso del diritto o abuso del potere*, in *Corr. trib.*, 13/2009: 1076 e ss.; LOVISOLO A., *Abuso del diritto e clausola generale antielusiva alla ricerca di un principio*, in *Riv. dir. trib.*, pt. 1, 1/2009: 49 e ss.; FICARI V., *Clausola generale antielusiva, l'art. 53 della Costituzione e regole giurisprudenziali*, in *Rass. trib.*, 2/2009: 390 e ss.

economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale».

Tale regola sarebbe collegata all'esistenza di un principio generale non scritto volto a contrastare le pratiche consistenti in un abuso del diritto⁸.

Quindi, oltre che nel diritto civile, il divieto di abuso del diritto si pone come principio di chiusura del sistema volto a contrastare l'uso improprio, anche se formalmente ineccepibile, di norme giuridiche, anche nel settore tributario.

La Corte ha ricondotto le ipotesi di abuso del diritto al novero dei contratti realizzati in frode ad una legge imperativa fiscale. Risulta opportuno specificare, in questa sede, che nelle sentenze gemelle la S.C. ha affermato che l'imperatività del diritto tributario, contrariamente a quanto sostenuto in passato, deriverebbe dal combinato disposto del precetto costituzionale dell'art. 53 e la norma tributaria sostanziale che rende effettivo il dovere di contribuzione individuando il presupposto impositivo.

Le sentenze in oggetto hanno rappresentato una grande novità, in quanto la Corte ha avuto modo di affermare che «non può non ritenersi insito nell'ordinamento, quale diretta derivazione delle norme costituzionali, nella specie quella dell'art. 53 Cost., il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale».

Fino al 2015, nonostante mancasse una nozione precisa di elusione, ci si è interrogati sui rimedi sanzionatori volti a reprimere i fenomeni abusivi. Ed è proprio in questi anni che la Corte di Cassazione ha tentato di applicare strumenti tipici del diritto civile per contrastare il fenomeno dell'abuso del diritto tributario, privo, al tempo, di rimedi propri espliciti e di espressa definizione.

Come si avrà modo di vedere nel prosieguo della trattazione⁹ le soluzioni civilistiche vengono generalmente rintracciate: nella dichiarazione di nullità del contratto per frode alla legge fiscale, in applicazione dell'art. 1344 c.c., o per difetto dell'elemento causale, valutato alla luce della teoria, minoritaria, della c.d. "causa concreta"¹⁰.

⁸ Cass., S.U. civ., n. 30055/2008, *cit.*

⁹ Si v. *infra*, par. 2, 2.1., 2.2. della presente sez.

¹⁰ Sul punto si v. G. MESSERI, in ALCARO (a cura di), *Causa del contratto, evoluzioni interpretative e indagini applicative*, Giuffrè, Milano, 2016: 47-54.

2. *L'esigenza di utilizzare strumenti propri del diritto civile: il leading case del dividend washing*

Andrebbe chiarito, a questo punto, se ci siano significative differenze strutturali e funzionali tra la teoria dell'abuso del diritto civile e la teoria dell'abuso sviluppatasi nel diritto tributario o se, al contrario, ci siano aspetti che le due figure hanno in comune e che fanno sì, in taluni casi, che possano addirittura coincidere.

In via preliminare, è necessario prendere una posizione in merito al considerare l'abuso del diritto come un *tertium genus* a sé ed autonomo o, al contrario, un surrogato della figura della frode alla legge *ex art. 1344 c.c.*

A tal fine è opportuno ripercorrere, seppur succintamente, l'*iter* attraverso il quale la giurisprudenza tributaria è giunta all'elaborazione della teoria, perseguendo, come anticipato, l'obiettivo di estendere le maglie applicative dell'elusione fiscale al di là delle fattispecie previste tassativamente dalle norme antielusive¹¹.

In quest'ottica la teoria dell'abuso tributario si è spesso dimostrata in assoluta continuità con gli orientamenti giurisprudenziali che mirano a colpire l'elusione fiscale ricorrendo, considerata la mancanza, in quelli anni, di una norma antielusiva generale ed onnicomprensiva, agli strumenti propri del diritto civile. L'obiettivo è valutare e analizzare questi orientamenti, a base prettamente civilistica, per evidenziare i punti di contatto tra l'abuso del contratto e l'abuso tributario.

La sentenza in tema di *dividend washing*¹² rappresenta il *leading case* nell'ambito della ricerca di una soluzione civilistica all'elusione. Va evidenziato, in via preliminare che, *ratione temporis*, il *dividend washing* non rientrava nell'ambito applicativo della norma antielusiva (all'epoca ancora caratterizzata da un'elencazione tassativa di fattispecie potenzialmente elusive).

Per *dividend washing* si intende una complessa operazione economica, realizzata mediante la stipulazione di contratti funzionalmente collegati, finalizzata ad ottenere un risparmio di imposta. L'operazione, costituente uno strumento di arbitraggio fiscale, è resa possibile dalla disciplina di differenti regimi di tassazione, in materia di dividendi o

¹¹ Allora contemplata all'art. 37 *bis*, dpr. 600/73, oggi abrogato.

¹² Cass., sez. trib., n. 20398/2005, *cit.*

plusvalenze, e consente la realizzazione di operazioni di cessione di partecipazioni “utili compresi”, cui consegue l’allocazione delle risorse, così generate, in capo al soggetto sottoposto al regime fiscale più favorevole e per la categoria di reddito fiscalmente meno colpita.

Nella fattispecie concreta una società aveva stipulato, con un fondo comune di investimento, un contratto di compravendita di partecipazioni ancora gravide della cedola, a ridosso della delibera di distribuzione dei relativi utili. Una volta riscossi i dividendi, la società acquirente aveva venduto le medesime partecipazioni al venditore originario e per un prezzo diminuito, rispetto a quello di acquisto, di una somma corrispondente ai dividendi *medio tempore* percepiti.

Il collegamento negoziale, costituito dalle due compravendite incrociate e poste in essere in un breve intervallo temporale, offriva ai contraenti un duplice vantaggio fiscale.

Il fondo comune di investimento, privo del diritto a godere del credito d'imposta sui dividendi, veniva a privarsi delle azioni stesse a favore di un soggetto a cui invece spettava il credito d'imposta; stipulando allo stesso tempo un patto di successivo riacquisto una volta riscosso il dividendo, per un prezzo diminuito dell'ammontare del credito d'imposta ceduto.

Oltre alla possibilità di collocare le azioni presso un soggetto legittimato a sfruttare il credito di imposta, entrambi i contraenti usufruivano di ulteriori vantaggi fiscali. Difatti, da un lato il fondo comune di investimento acquisiva, a titolo di plusvalenza su partecipazioni, una somma corrispondente ai dividendi collegati alle partecipazioni cedute; dall'altro, la società a responsabilità limitata poteva dedurre, una volta riscossi i dividendi, la minusvalenza prodotta da una cessione solo apparentemente “in perdita”.

Da un punto di vista finanziario, il fondo comune di investimento generava, così, risorse nuove per un valore del tutto identico ai dividendi che avrebbe riscosso dalla partecipazione ceduta; e, allo stesso tempo, la società realizzava una minusvalenza frutto di arbitraggio, in quanto compensata dalla percezione di dividendi di valore del tutto corrispondente.

Da un punto di vista fiscale, al contrario, ciascun contraente allocava le risorse nuove, generate complessivamente dall'operazione negoziale, nella categoria di reddito soggetta al regime fiscale migliore; facendo fruttare il credito di imposta a cui il cedente

non avrebbe avuto alcun diritto. A favore del fondo comune di investimento veniva generata, in tal modo, al posto di un dividendo soggetto a ritenuta d'acconto a titolo di imposta, una plusvalenza da negoziazione di titoli, fiscalmente irrilevante ai sensi dell'art. 9, comma 1, Legge n. 77/1983; e a favore della società, un dividendo con relativo credito d'imposta e ritenuta d'acconto scomputabili dall'imposta complessivamente dovuta, unitamente a una minusvalenza fiscalmente deducibile¹³.

L'operazione risultava particolarmente anomala dal punto di vista temporale: le partecipazioni venivano cedute pochi giorni prima la distribuzione dei dividendi e retrocedute subito dopo la distribuzione dei dividendi stessi.

Come emerge dalla parte motiva della sentenza: «le operazioni di acquisto e di rivendita delle azioni erano state concluse in stretta successione temporale [...] a cavallo della riscossione del dividendo» e «la brevità di intervallo tra le operazioni di acquisto e di cessione; la riscossione del dividendo subito dopo la prima o contestualmente alla seconda; la contestualità dell'incarico ad un intermediario per la vendita e il successivo riacquisto; la mancanza di apprezzabili ragioni non fiscali della transazione; la quasi esatta coincidenza tra l'importo del dividendo e la differenza tra prezzo di cessione e quello di riacquisto del titolo da parte del fondo; erano tutte circostanze che dimostravano l'esistenza di un collegamento tra i due negozi, dante luogo ad un procedimento negoziale atipico rivolto al conseguimento di un vantaggio economico definibile come «scambio di reddito a scopo di guadagno fiscale»¹⁴.

La tesi dell'Amministrazione finanziaria nell'avviso di accertamento è che i contratti posti in essere, poiché caratterizzati dalla mancanza di apprezzabili ragioni non fiscali, costituiscano un procedimento contrattuale indiretto, rivolto ad un risultato economico corrispondente al contenuto giuridico di un terzo contratto, atipico, che può definirsi di scambio di reddito a scopo di guadagno fiscale. Segnali inconfutabile dell'anomalia del comportamento dei contribuenti sono: la “contiguità temporale” (come si anticipava) e la ripetitività, di anno in anno, dei comportamenti.

Come afferma l'Ufficio, la motivazione della sentenza parte dalla rivisitazione dell'assunto tradizionale, secondo il quale deve escludersi l'esistenza, nel nostro ordina-

¹³ Si v., diffusamente, per la ricostruzione dell'operazione effettuata dalla società, SPOSATO L., *L'abuso del diritto tributario nella recente giurisprudenza della Cassazione*, op. cit.

¹⁴ Il riferimento è al motivo 2.1.

mento, di un principio generale antielusivo. Ad avviso dei giudici, la rivisitazione dell'assunto è resa possibile dalla emersione, ad opera della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, di un principio giuridico che vieta di avvalersi abusivamente del diritto comunitario¹⁵. Tale principio risulterebbe tradizionalmente affermato in settori diversi da quello fiscale, ma in via di consolidamento anche in materia di tributi armonizzati, e confermato dalla stessa lettura delle fonti comunitarie, le quali contengono spesso esplicite clausole antiabuso o il rinvio ai legislatori nazionali per una loro definizione concreta¹⁶.

Da queste considerazioni la Corte ricava che «pur non essendo stata affermata in modo radicale [...] l'esistenza di una regola che reprima [...] il "c.d. abuso del diritto", non pare contestabile l'emergere di un principio tendenziale, che - in attesa di ulteriori specificazioni della giurisprudenza comunitaria - deve spingere l'interprete alla ricerca di appropriati mezzi all'interno dell'ordinamento nazionale per contrastare il diffuso fenomeno dell'abuso del diritto, in specie nel diritto tributario»¹⁷.

L'emersione di un tale principio di diritto comunitario richiederebbe la necessità che gli Stati membri individuino strumenti giuridici adeguati a sanzionarlo, ovvero che, ricorrendo agli istituti giuridici esistenti nei propri ordinamenti, colpiscano comportamenti abusivi finalizzati all'utilizzo improprio della disciplina giuridica non solo di derivazione comunitaria.

Ciò che rileva nell'argomentazione della Corte di Cassazione, dunque, è la "comunitarietà" del principio antiabuso, risultando irrilevante la comunitarietà della fonte concretamente "abusata".

La Corte si sofferma sulla valutazione del regime civilistico dei negozi collegati,

¹⁵ Il riferimento è, in particolare, alle sentenze della Corte di Giustizia 11 ottobre 1977 C-125/76 (*Cremer*); 2 maggio 1996 C-206/94 (*Palletta*); 3 marzo 1993 C-8/92 (*General Milk Products*); 12 maggio 1998 C-367/96 (*Kefalis*); 30 settembre 2003 C-167/01 (*Diamantis*).

¹⁶ Cfr. Direttiva 90/435/CEE, in base alla quale «la presente direttiva non pregiudica l'applicazione di disposizioni nazionali o convenzionali necessarie per evitare frodi o abusi» (art. 1, par. 2); la Direttiva 90/434/CEE, il cui art. 11, lett. a), consente agli Stati membri di negare o revocare i benefici previsti dalla Direttiva quando risulti che l'operazione ha come scopo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscale.

¹⁷ Cass., sez. trib., n. 20398/2005, *cit.* Sul punto si v. MARSAGLIA G., "Dividend washing": nullità del contratto per mancanza di causa, in *Dir. prat. soc.*, 9/2006, 91 e ss.; STEVANATO D., Le "ragioni economiche" nel dividend washing e l'indagine sulla "causa concreta" del negozio: spunti per un approfondimento., in *Rass. trib.*, 1/2006: 295 e ss.; MARIOTTI L., "Dividend washing" e norme antielusive., in *Riv. giur. trib.*, 1/2006: 9 e ss.; SORRENTINO S., Dividend washing, causa "concreta" del contratto, contratti collegati e nullità per mancanza di causa., in *Giur. it.*, 4/2007: 867 e ss.

affermando che il collegamento contrattuale messo in opera dalle parti stravolge l'elemento causale dei singoli contratti collegati; ponendo in essere un'operazione carente di causa e, dunque, nulla per violazione degli artt. 1418, comma 2 e 1325 n. 2, c.c. Le argomentazioni e la soluzione prescelte dalla Corte sono di chiara impostazione civilistica.

Il ragionamento svolto, che esalta l'interesse perseguito dai contraenti, si inserisce nel filone giurisprudenziale inaugurato con la sentenza della terza sezione civile dell'8 maggio 2006¹⁸, con cui la Suprema Corte ha sposato la teoria della c.d. "causa concreta"¹⁹.

Secondo tale tesi la causa del contratto non è costituita dall'astratta fusione economico sociale del negozio, ma dalla sua origine concreta²⁰. In quest'ottica «ciò che importa sapere è la funzione pratica che effettivamente le parti hanno assegnato al loro accordo»²¹.

La Cassazione, inoltre, riconosce l'esistenza di un principio di derivazione comunitaria volto ad impedire che i destinatari di una norma ne facciano un uso distorto e abusivo. In sostanza, pur mancando una fattispecie astratta finalizzata a sanzionare l'elusione di una norma tributaria, esisterebbe un principio che «deve spingere l'interprete alla ricerca di appropriati mezzi all'interno dell'ordinamento nazionale per contrastare tale diffuso fenomeno»²².

Da qui l'importanza del diritto civile. Infatti, il mezzo prescelto dalla Suprema Corte per contrastare l'abuso tributario è di matrice marcatamente civilistica, trattandosi di accertare il difetto causale dell'operazione contrattuale posta in essere dal contribuente; accertamento potenzialmente dotato di efficacia generale.

Nel caso del *dividend washing* l'operazione contrattuale difetterebbe di causa per la mancanza, in capo alle parti contraenti, di interessi economici diversi dal mero risparmio fiscale. In tal modo l'argomentazione giuridica utilizzata sarebbe indirettamente relativa alla norma fiscale presuntivamente abusata, ma ricadrebbe, altresì, sulla norma di diritto civile che legittima l'autonomia contrattuale *ex art.* 1321 c.c., subordinandola alla meritevolezza.

¹⁸ Cass., sez. civ., n. 10490/2006, in *Corr. giur.*, 12/2006: 1718 e ss., con nota di ROLFI F, *La causa come "funzione economico sociale": tramonto di un idolum tribus?*

¹⁹ Argomento, questo, che verrà particolarmente approfondito nel prosieguo del presente lavoro.

²⁰ Cass, sez. civ. n. 10490/2006, *cit.*; Cass., sez. civ., n. 16315/2007, in *Foro It.*, 1/2009: 214.

²¹ BIANCA C.M., *Diritto civile*, (2a ediz.), vol. 3, 2000, Giuffrè, Milano: 452.

²² Cfr. Cass., sez. trib., n. 20398/2005, *cit.*

Da un lato, quindi, viene preso in considerazione il risparmio fiscale, che consisterebbe nell'applicazione di una norma impositiva più favorevole di un'altra; nel caso di specie la strumentalizzazione delle norme tributarie e dei contratti consente di evitare l'applicazione di un regime tributario più gravoso. Il difetto di causa verrebbe dunque individuato nell'obbiettivo dei contraenti di evitare una norma fiscale sfavorevole, ottenendo in tal modo l'applicazione di una norma impositiva di maggior favore.

Dall'altro, si considera la qualità dell'interesse perseguito che rileva, ai fini del corretto uso dell'autonomia contrattuale, quando vengono utilizzate figure contrattuali atipiche, consentite dall'ordinamento nei limiti, appunto, della loro meritevolezza.

In tal senso, il confine dell'autonomia contrattuale sarebbe l'interesse del fisco alla percezione del tributo. La Corte, però, non si sofferma sulla qualità dell'interesse perseguito, ma solo sull'esito cui l'operazione contrattuale giunge, cioè l'aggiramento della norma impositiva più gravosa, mediante l'utilizzo improprio di un contratto privo di valide ragioni economiche.

A fronte della sentenza n. 10490 del 2006, che si basava sulla teoria della causa concreta, si riscontra un risalente orientamento che aveva cercato di configurare le norme tributarie come imperative. Sintomatica, in tal senso, è la sentenza n. 3979 del 2000, in cui si afferma che «la nullità del contratto per devianza di causa esige, ai sensi dell'art. 1344 c.c., la configurabilità in tale risultato di violazione di norma imperativa»²³ e in cui, infine, la Suprema Corte non approda al rimedio della nullità, rilevando l'insussistenza di una norma imperativa violata.

Le argomentazioni della Corte ruotano, spesso, attorno all'abuso del diritto tributario di matrice comunitaria, ma conducono, allo stesso tempo, a sanzionare con la nullità per difetto di causa operazioni poste in essere con lo scopo di eludere la norma fiscale sfavorevole. Il tutto in un andamento altalenante tra la fine degli anni Novanta e il 2008, in cui si contendono il campo sentenze che richiamano la teoria della causa concreta²⁴, sentenze che si basano sulla nullità *ex art. 1344 c.c.*²⁵.

Come è noto, la connotazione in termini di imperatività della norma fiscale ai fini

²³ Cass. sez. trib., n. 3979/2000, in *Giur. it.*, 8/2000: 1753 e ss., con nota di G. ZOPPINI, *Annotazioni sul regime fiscale proprio delle operazioni di "dividend washing"*.

²⁴ Il riferimento è a Cass., sez. trib., n. 20398/2005, *cit.*

²⁵ Il riferimento è a Cass., sez. trib., n. 20816/2005, *cit.*

dell'applicazione dell'art 1344 c.c. è espressione di un orientamento minoritario²⁶, secondo cui le norme tributarie appaiono norme imperative poste a tutela dell'interesse generale del concorso paritario alle spese pubbliche, trovando radice nella Costituzione, all'art. 53. Aderendo a tale teoria si assisterebbe ad un ribaltamento del tradizionale principio in base al quale l'imperatività di una norma consta di due aspetti: il suo carattere proibitivo assoluto e la sua destinazione a tutelare interessi, non solo generali, ma collocati al vertice della gerarchia dei valori protetti dall'ordinamento giuridico²⁷.

La Cassazione ha talvolta sanzionato l'elusione fiscale, facendo applicazione della regola posta all'art. 1344 c.c., senza in realtà affrontare *funditus* il tema relativo alla configurabilità della norma tributaria come norma imperativa²⁸. Secondo tale orientamento abuso del diritto tributario e frode alla legge verrebbero, quindi, ad equipararsi.

La decisione n. 20816 del 2000 ha certamente il merito di affrontare il problema dell'abuso, ma approda a soluzioni opinabili. L'orientamento secondo cui i contratti strumentalizzati per finalità di elusione tributaria erano da ritenersi nulli *ex art.* 1344 c.c. è risultato recessivo, alternandosi con i diversi orientamenti secondo cui, non essendo la norma tributaria una norma imperativa, non si potrebbe configurare l'ipotesi di cui all'art. 1344 c.c.²⁹.

L'abuso del diritto come inteso dalla Suprema Corte si poneva come un principio volto a impedire che i destinatari delle norme tributarie mettano in essere operazioni contrattuali finalizzate a evitare l'applicazione di una norma impositiva sfavorevole. La sua introduzione nel nostro ordinamento giuridico deriverebbe dalla giurisprudenza comunitaria e, da quanto risulta affermato in sentenza, il rimedio all'abuso della norma tributaria

²⁶ Cass., sez. trib., n. 20816/2005, *cit.*, in *Dir. e prat. soc.*, 12/2006: 83 e ss., con nota di MARSAGLIA G., "Dividend Washing": *simulazione o nullità del contratto per frode alla legge*.

²⁷ Si v., tra le tante, Cass., sez. civ., n. 11351/2001 in *Giur. It.*, 5/2002: 1102; in dottrina si v. GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, 3a ed., vol. II, Tomo 1, Cedam, Padova, 1999: 295 e ss.

²⁸ In senso analogo, STEVANATO D., *Le "ragioni economiche" nel dividend washing e l'indagine sulla "causa concreta" del negozio: spunti per un approfondimento.*, in *Rass. trib.*, 1/2006: 295 e ss.

²⁹ Si v., *ex pluribus*, Cass., sez. trib., n. 11351/2011, in *Corr. giur.*, 3/2002: 349 e ss., con nota di ESPOSITO G., *Qualificazione del contratto a fini fiscali e nullità per violazione di norme tributarie*, la quale, escludendo l'applicazione degli artt. 1344 e 1418 c.c., ha stabilito che «Non è sufficiente infatti che una norma sia inderogabile perché possa essere qualificata come imperativa essendo a tal fine necessario che essa sia di carattere proibitivo e sia posta altresì a tutela di interessi generali che si collochino al vertice della gerarchia dei valori protetti dall'ordinamento giuridico. Caratteri questi certamente non ravvisabili nelle norme tributarie in quanto esse sono poste a tutela di interessi pubblici di carattere settoriale e, in linea di massima, non pongono divieti ma assumono un dato di fatto quale indice di capacità contributiva». In dottrina si v. i contributi di CIPOLLINA S., *La legge civile e la legge fiscale. Il problema dell'elusione fiscale*, Cedam, Padova, 1992: nello specifico si v. 149 e ss; TABELLINI P., *L'elusione della norma tributaria*, Giuffrè, Milano, 2007: 214 e ss.

dovrebbe essere cercato anche al di fuori di regole proprie del settore, nella strumentazione civilistica. Per inciso, è solo a ridosso della nota sentenza *Halifax* del 2006 che ha cominciato a pendere piede una “strutturata” visione europea del contrasto all’abuso.

La Suprema Corte, nel definire il concetto di abuso, non chiarisce mai il rapporto tra l’abuso del diritto tributario e l’abuso del diritto civile, strumento di chiusura del sistema, da sempre utilizzato nella regolamentazione di rapporti tra privati per controllare il corretto uso dei diritti soggettivi e delle prerogative offerte loro dall’ordinamento giuridico.

Nel diritto civile il fondamento dell’abuso viene riconosciuto, in maniera ormai consolidata, nella clausola generale di buona fede oggettiva o, come sostenuto da una teoria minoritaria, l’abuso del diritto dovrebbe essere posto in collegamento alla nozione di causa del contratto. Nella prospettiva causale, l’abuso assumerebbe come perno del giudizio la meritevolezza dell’interesse perseguito dai contraenti con l’operazione contrattuale.

Vi sono, poi, ipotesi in cui il legame tra abuso di una norma ed elusione di una norma diversa di cui non si vuole l’applicazione è molto evidente. Si può richiamare, in tal senso, la fattispecie del frazionamento giudiziale del credito, affrontata dalla Suprema Corte nel 2007³⁰. In questo caso il creditore fa un uso improprio del diritto a ottenere una condanna all’adempimento. L’abuso, quindi, risulta finalizzato ad aggirare la disciplina processuale della competenza: ossia ad eludere, per ottenere un proprio vantaggio esclusivo, l’applicazione della norma sulla competenza del tribunale a favore di quella sulla competenza del giudice di pace. Nella ricostruzione appare evidente una certa vicinanza concettuale tra abuso e frode alla legge, tanto che sembrerebbe sostenibile che la frode alla legge «altro non è che un’ipotesi di abuso perpetrato tramite una pluralità di atti giuridici e dunque anch’essa espressione dello stesso principio generale dell’abuso»³¹. Tuttavia, per quanto *prima facie* riconducibili al medesimo *genus*, è evidente che abuso e frode alla legge sono istituti giuridici differenti, come si avrà modo di chiarire³².

³⁰ Corte di Cassazione S.U. civ., n. 23726/2007, in *Foro it.*, pt. 1, 5/2008: 1514 e ss., con nota di PALMIERI A., PARDOLESI R., *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile*.

³¹ CARINCI M. T., *Il bossing fra inadempimento dell’obbligo di sicurezza, divieti di discriminazione e abuso del diritto*, in *Riv. ita. dir. lav.*, pt. 1, 2/2007: 133 e ss.

³² V. *infra*, cap. I, sez. III, par 2.

2.1. La Corte di Cassazione: di nuovo sull'utilizzo di strumenti del diritto civile

Un altro emblematico caso in cui la giurisprudenza si è servita di strumenti propri del diritto civile è del 2008³³. Nella fattispecie concreta, due società che appartengono allo stesso gruppo imprenditoriale partecipano ad operazioni di locazione finanziaria che hanno ad oggetto autoveicoli.

La società Alfa conclude con l'utilizzatore un contratto avente ad oggetto il godimento di un autoveicolo, unitamente ad un'opzione di acquisto dello stesso e chiede come corrispettivo il versamento dei canoni di locazione, la costituzione di una cauzione corrispondente al costo del bene al netto dei canoni e la prestazione di una fideiussione illimitata.

Contestualmente, la società Beta stipula con il medesimo utilizzatore un contratto di assicurazione del bene contro rischi diversi dalla responsabilità civile e garantisce, mediante il finanziamento della cauzione e la prestazione della fideiussione illimitata, l'adempimento degli obblighi assunti dall'utilizzatore nei confronti della Alfa.

Il corrispettivo di questo secondo contratto è rappresentato dal versamento in anticipo di un importo che determina una diminuzione del totale dei canoni di locazione convenuti con la società Alfa; fino a ridurre il totale a una cifra di poco superiore al costo del bene, oltre ad una provvigione dell'1% corrisposta ad un consulente.

Beta versa ad Alfa, per conto dell'utilizzatore, la cauzione prevista dal contratto di godimento del bene; la società Beta attribuisce alla società Alfa, esecutrice del contratto con l'utilizzatore, un compenso integrativo a titolo di intermediazione.

Secondo quanto sostenuto dalla società, l'articolata operazione sarebbe giustificata dalla necessità di perseguire validi obiettivi economici che concernono esigenze organizzative e di *marketing*. Alla base della frammentazione del contratto di *leasing*, quindi, esisterebbero ragioni di carattere imprenditoriale, insindacabili da parte dell'Amministrazione finanziaria poiché riguardanti la sfera di libertà di iniziativa degli operatori economici. In realtà, il contratto di *leasing* viene frammentato con il fine di ottenere

³³ Cass., sez. trib., n. 25374/2008, in *Boll. trib. infor.*, 22/2008: 1766 e ss., con nota di FICARI V., *Elusione ed abuso del diritto comunitario tra "diritto" giurisprudenziale e certezza normativa.*; Cfr. Cass., sez. trib., ord. n. 21371/2006, in *Giust. civ.*, pt.1, 3/2008: 729 e ss., con nota di GABRIELLI E., *Il "contratto frazionato" e l'unità dell'operazione economica*; per una ricostruzione generale sull'abuso nell'ambito del diritto tributario, cfr. ZOPPINI G., *Abuso del diritto e dintorni (ricostruzione critica per lo studio sistematico dell'elusione fiscale)*, in *Riv. dir. trib.*, pt. 1, 7/2005: 809 e ss.

l'applicazione delle norme di maggior favore tra quelle contenute in materia di IVA di cui al d.p.r. 633/72. Infatti, la componente finanziaria del *leasing* risulta, grazie all'operazione, separata, almeno formalmente, dalla concessione del godimento del bene, frazionata e ridotta rispetto ai corrispettivi relativi alle operazioni connesse. In tal modo una quota viene sottratta al regime dell'esenzione IVA, indicata nell'art. 10, n. 1 del d.p.r. n. 633/1972. In poche parole, una quota di quello che è il canone di *leasing*, mediante frazionamento e specifica imputazione assume natura di una mediazione e dunque viene imputata come corrispettivo di una presunta mediazione e, dunque, collocata sotto la fattispecie di maggior favore prevista dall'art. 10 n. 9 d.p.r. 633/72.

Secondo la corrente interpretazione giurisprudenziale, qualora al conduttore siano forniti oltre all'uso del bene anche il finanziamento e l'assicurazione contro la perdita o il deterioramento del bene stesso, il corrispettivo pattuito per le tre prestazioni offerte deve essere considerato corrispettivo unitario del contratto atipico di locazione finanziaria e, pertanto, soggetto interamente ad IVA. Ad avviso dell'Amministrazione, la modalità di realizzazione delle operazioni ha il risultato di contrarre in modo illegittimo la base imponibile IVA, in mancanza di motivi economici reali e tangibili, riducendo artificiosamente l'entità del canone corrisposto dall'utilizzatore finale del bene. Il risultato dell'operazione infatti fa sì che la società Alfa assoggetta ad IVA solo i canoni direttamente versati a sé dall'utilizzatore, mentre i corrispettivi versati dall'utilizzatore alla società Beta vengono fatturati da quest'ultima in esenzione dall'IVA ai sensi dell'art. 10 del d.p.r. n. 633/1972.

La soluzione del caso *de quo* è offerta dalla Suprema Corte, che riprende il ragionamento già svolto nel 2005³⁴ con cui ha manifestato favore per la formulazione, in ambito comunitario, di una teoria volta a colpire l'abuso del diritto anche in materia fiscale, tramite l'utilizzo di strumenti propri del diritto civile.

La Corte di Cassazione nega l'assunto in base al quale «la repressione dell'elusione fiscale può essere affidata soltanto a specifici strumenti confezionati nel diritto tributario, e non al ricorso a categorie civilistiche»³⁵, considerando rimessa all'Amministrazione «la scelta dello strumento giuridico idoneo, tratto dal regime di validità proprio

³⁴ Cass., sez. trib., nn. 20318 e n. 22938/2001, *cit.*

³⁵ Cass., sez. trib., n. 21221/2006, in *Dir. prat. trib.*, pt. 2, 4/2007: 724 e ss., con nota di LOVISOLO A., *Il principio di matrice comunitaria dell' "abuso" del diritto entra nell'ordinamento giuridico italiano: norma antielusiva di chiusura o clausola generale antielusiva? L'evoluzione della giurisprudenza della Suprema*

dell'atto o di un regime di inefficacia previsto dalla legge fiscale»³⁶ per contrastare l'elusione. Tuttavia, questa sentenza del 2008 è l'ultima ad utilizzare strumenti civilistici in chiave di contrasto avverso l'elusione tributaria.

Invero, proprio in quelli anni, sulla base della sentenza *Halifax*, prende corpo, con specifico riferimento al diritto tributario, una radicata e strutturata teoria dell'esistenza di un implicito principio generale di divieto di abuso del diritto, endogeno allo specifico settore tributario. La sentenza *Halifax* identifica tale principio nell'ambito del sistema comunitario dell'IVA (tributo fortemente armonizzato).

La Corte di Giustizia giunge ad introdurre di fianco alla «tradizionale bipartizione dei comportamenti tenuti dai contribuenti in tema di IVA, fra quello fisiologico e quello patologico (proprio delle frodi fiscali), il primo idoneo a consentire una piena detraibilità dell'imposta assolta ed il secondo la sua assoluta indetraibilità, una sorta di *tertium genus*, in dipendenza del comportamento abusivo ed elusivo del contribuente, comportante il recupero dell'IVA detratta e l'eventuale rimborso in favore del soggetto che abbia posto in essere l'operazione»³⁷.

In questo senso, la nozione di abuso del diritto prescinde da ogni riferimento alla natura fittizia o fraudolenta di una determinata operazione contrattuale, «nel senso di una prefigurazione di comportamenti diretti a trarre in errore o a rendere difficile all'Ufficio di cogliere la vera natura dell'operazione. [...] il *proprium* del comportamento abusivo consiste proprio nel fatto che, a differenza delle ipotesi di frode, il soggetto ha posto in essere operazioni reali, assolutamente conformi ai modelli legali, senza imitazioni del vero o rappresentazioni incomplete della realtà».

Ai fini della teoria dell'abuso, l'applicazione della norma fiscale di favore risulta conseguire alla realizzazione di operazioni contrattuali che «pur realmente volute e im-

Corte; sul punto si v. anche GIANONCELLI S., *Contrasto all'elusione fiscale in materia di imposte sui redditi e divieto comunitario di abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 5/2008: 1297 e ss. La Suprema Corte dichiara che l'applicazione delle categorie di diritto civile è generale e che potrebbe, quindi "concorrere" con strumenti che prescindono dalla validità delle fattispecie negoziali, quali l'inefficacia o l'inopponibilità delle stesse all'Amministrazione finanziaria. La Suprema Corte conclude affermando che la scelta dello strumento giuridico idoneo è rimessa all'Amministrazione finanziaria.

³⁶ Cass., sez. trib., n. 21221/06, *cit.*

³⁷ Cass., sez. trib., n. 10352/2006, in *Riv. dir. trib.*, pt. 2, 7-8/2006: 619 e ss., con nota di LA ROSA S., *Sugli incerti confini tra l'evasione, l'elusione e l'assenza del presupposto soggettivo Iva*.

muni da rilievi di invalidità, devono avere essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale»³⁸. La teoria dell'abuso del diritto in campo tributario, compie quindi un salto qualitativo, dapprima con la sentenza *Halifax*, poi con il caso *Part Service*, attestandosi sulla configurazione implicita di un principio generale di divieto di abuso del diritto endogeno al sistema tributario³⁹. Tuttavia, il percorso di definizione della teoria, anche dal punto di vista del diritto interno, ha assunto maggiore chiarezza solo grazie all'intervento delle Sezioni Unite Civili.

2.2. Le ordinanze di rimessione del 2008

All'applicazione della teoria dell'abuso consegue l'inopponibilità all'Amministrazione finanziaria delle fattispecie ritenute abusive, poste in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali sfavorevoli; inopponibilità intesa quale sanzione di inefficacia relativa dell'operazione contrattuale, senza automatica incidenza, quindi, sulla validità della stessa nei rapporti tra i privati⁴⁰.

L'abuso del contratto nel diritto tributario, come emerso dagli orientamenti citati, risulta essere espressione del più generale principio di divieto dell'abuso del diritto, da tempo elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza civilistiche e mira a evitare, sia in campo civile che tributario, che i destinatari delle norme ne facciano un uso improprio, ossia contrario alla *ratio* legislativa; questo è sicuramente un punto in comune.

Tuttavia, il riconoscimento di un comportamento abusivo determina soltanto l'inopponibilità, degli atti e dei contratti e operazioni attraverso i quali esso è realizzato,

³⁸ Cass., sez. trib., n. 21221/06 *cit.*; cfr. anche Cass., sez. trib., n. 10257/2008, in *Riv. dir. trib.*, pt. 2, 7-8/2008: 465 e ss., con nota di BEGHIN M., *Note critiche a proposito di un recente orientamento giurisprudenziale incentrato sulla diretta applicazione in campo domestico, nel comparto delle imposte sul reddito, del principio comunitario del divieto di abuso del diritto.*

³⁹ Corte di giustizia 21 febbraio 2008, Causa C-425/06.

⁴⁰ Come verrà specificato anche nell'esempio concreto elaborato, su cui si v. *infra*, cap. IV, sez. I, par. 4. Sul punto, e a ribadire l'assenza di un tale automatismo, si richiama una recentissima decisione, Cass., sez. civ., n. 10498/2017, in *CED Cassazione*, che afferma (e ribadisce): «In generale, è sempre stato riconosciuto vigente un principio di non interferenza fra le regole del diritto tributario e quelle attinenti alla validità civilistica degli atti, principio che si è ritenuto confermato dalla stessa normativa tributaria di contrasto all'elusione fiscale, la quale sancisce la mera inopponibilità all'amministrazione finanziaria dei fatti, degli atti e dei contratti che siano sprovvisti di "sostanza economica" e finalizzati, "pur nel rispetto formale delle norme fiscali" a realizzare "essenzialmente vantaggi fiscali indebiti" [...].»

all'Amministrazione finanziaria. La norma tributaria non si occupa affatto dei profili civilistici.

Si può affermare certamente che l'abuso del diritto abbia trovato applicazione anche prima dell'entrata in vigore di specifiche norme antielusive, e della clausola generale antiabuso⁴¹, la cui adozione da parte del legislatore si pone come concretizzazione di una regola preesistente; tuttavia dalla fine degli anni Novanta fino all'emanazione del 10 bis, l'evoluzione giurisprudenziale è stata magmatica.

Risultano sintomatiche, in tal senso, le due ordinanze di rimessione del 24 maggio 2008, la n. 12301 e la n. 12302⁴², con cui la sezione tributaria pone due quesiti: l'uno relativo alla possibilità, ancora una volta, per l'Amministrazione finanziaria, di dedurre in sede di accertamento e poi in sede contenziosa la simulazione dei contratti o la loro nullità per abuso del diritto; l'altro relativo alla possibilità, per il giudice tributario, di ritenere comprese nel *thema decidendum*, laddove fosse stato dedotto dall'Amministrazione un procedimento negoziale indiretto, eventuali cause di nullità dei contratti, la cui validità e opponibilità all'Amministrazione abbia costituito oggetto dell'attività assertoria delle parti⁴³.

Si tratta in realtà di questioni che erano già state trattate nei casi del 2005, sulle quali, però, i chiarimenti delle Sezioni Unite non erano stati particolarmente puntuali. Proprio per questo, con le ordinanze di rimessione citate le Sezioni Unite sono chiamate a pronunciarsi nuovamente sul ragionamento giuridico già affrontato, in particolare con la sentenza n. 20398/05⁴⁴, secondo il quale un comportamento abusivo può essere sanzionato mediante il ricorso alla nullità del contratto per difetto causale. In quest'ottica, la teoria dell'abuso si pone ancora come mero presupposto per la ricerca di strumenti civilistici funzionali a contrastare l'elusione fiscale.

Anche in questa occasione la Corte di Cassazione radica il fondamento della teoria dell'abuso del diritto nella Costituzione, sul presupposto che l'abuso del diritto tributario

⁴¹ Si tratta dell'art. 10 bis introdotto nello Statuto dei diritti del contribuente (Legge 27 luglio 2000, n. 212) (appunto intitolato "Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale") dall'art. 1 del D.Lgs. n. 128 del 5 agosto 2015 recante "Disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente", in attuazione degli articoli 5, 6 e 8, comma 2, della Legge 11 marzo 2014, n. 23.

⁴² Reperibili in *Corr. Trib.*, 27/2006: 2143 e ss., con nota di ZIZZO G., *Nullità negoziali ed elusione tributaria*. Sul punto si v. CARLO P., *Ancora dubbi sulle operazioni di "dividend washing"*, in *Riv. giur. trib.*, 10/2006: 882 e ss.

⁴³ Cfr. Corte di Cassazione, sez. trib., n. 8772/08, *cit.*

⁴⁴ Cfr. CORASANITI G., Nota a Cass., sez. trib., n. 12301/2006, in *Obbl. e Contr.*, 10/2006: 859 e ss.

di fonte costituzionale sia del tutto identico all'abuso del diritto tributario di fonte comunitaria e all'abuso del diritto civile.

In tal modo, l'abuso del diritto tributario viene rappresentato come un punto di arrivo di una tendenza sistematica a reprimere l'abuso delle norme in qualunque settore dell'ordinamento⁴⁵.

Il radicamento costituzionale sembrerebbe allontanare la teoria dell'abuso tributario dall'originaria ascendenza comunitaria, per avvicinarla alla teoria dell'abuso di diritto civile, il cui fondamento immediato è nei principi di buona fede oggettiva e correttezza, mediamente riconducibili ai valori costituzionali espressi dall'art. 2 della costituzione⁴⁶.

Nei suoi orientamenti fluttuanti la Corte aveva intrapreso un percorso giurisprudenziale che sembrava trascurare «la specialità dell'ordinamento tributario e la sua “autonomia”, intesa come capacità di dare risposte compiute ed esaustive alle questioni tributarie senza dovere ricorrere, salvo i casi in cui l'ordinamento tributario stesso fa rinvio ad altre branche del diritto, a strumenti o soluzioni che sono “proprie di altri ambiti ordinamentali” (come l'ambito civilistico)»⁴⁷. È proprio su quest'ultimo punto che le ordinanze di rimessione invitavano le Sezioni Unite ad assumere una posizione precisa.

Nella loro motivazione l'abuso del diritto era il principio a tutela del quale l'interprete individuava, quale opportuna soluzione civilistica, la nullità del contratto per difetto causale. Utilizzando questa logica il risparmio di imposta si sarebbe insinuato nella dinamica contrattuale.

Pertanto, l'interprete sarebbe stato chiamato a giudicare la validità del contratto, anche alla luce della qualità dell'interesse perseguito e certamente il mero scopo del risparmio di imposta avrebbe determinato l'assoluta carenza di ragioni economiche tali da reggere validamente l'operazione contrattuale. Sembrerebbe sussistere quella dinamica bilaterale di verifica tra fattispecie concreta e fattispecie astratta che è tipica delle teorie civilistiche in tema di abuso del diritto.

⁴⁵ Cfr. Corte di Cassazione, sez. trib., n. 30055/08, *cit.*; Corte di Cassazione, sez. civ., n. 20106/09, *cit.*

⁴⁶ Si v., in tal senso, Cass., sez. civ., n. 20106/2009, *cit.*

⁴⁷ LUNELLI R., *Il dividend washing rimesso alle Sezioni Unite: ma forse sarebbe preferibile che fosse il legislatore a ribadire le sue scelte*, in *Fisco*, 28/2006: 4396 e ss.

I contraenti abusavano dell'autonomia contrattuale: stipulavano uno o più contratti privi di valide ragioni economiche con il risultato che il risparmio di imposta rappresentava l'unico obiettivo dell'operazione; ciò renderebbe nulla la causa del contratto. Un legame tra la valutazione causale del contratto e l'abuso del diritto vi è certamente, come dimostra la corrente dottrinale minoritaria che radica la teoria dell'abuso in diritto civile proprio nell'accertamento della causa⁴⁸.

Tuttavia, come è noto, le Sezioni Unite non hanno affatto seguito le prospettazioni emergenti dalle ordinanze di rinvio, dando corpo ad un implicito principio generale di divieto dell'abuso del diritto scaturente dalla diretta applicazione dell'art. 53 Cost. (principi di capacità contributiva e di progressività).

Sorprendentemente le Sezioni Unite hanno disatteso tutte le linee interpretative che potevano dar corpo ad una rilevanza di comportamenti elusivi in termini di nullità dei contratti, palesando, allora, un'implicita "opzione" per la concezione dell'abuso basata sul pilastro della buona fede oggettiva.

Altrettanto sorprendentemente, le Sezioni Unite non fanno scaturire dalla violazione della buona fede oggettiva le normali conseguenze risarcitorie pacificamente delineate dalla dottrina civilistica, giungendo pretoriamente a dar corpo alla inefficacia relativa in termini di inopponibilità degli effetti dell'operazione abusiva nei confronti delle autorità fiscali. Per finire le Sezioni Unite tacciono del tutto sulle conseguenze civilistiche rispetto ad atti e contratti fiscalmente abusati.

Dall'analisi della giurisprudenza emergono decisamente incertezze, spesso confusione, tra piani giuridici differenti. Nel seguito della ricerca sarà approfondito il pro-

⁴⁸ Sulla rilevanza dell'elemento causale in relazione all'abuso del diritto si v. il contributo di D'AMICO G., *L'abuso della libertà contrattuale: nozione e rimedi*, in PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Giappichelli, Torino, 2010: 3 e ss. L'A. precisa che la differenza tra il sindacato causale e quello inerente la violazione della buona fede oggettiva stia in ciò: «Mentre l'applicazione della tecnica dell'abuso del diritto implica [...] un controllo "causale" dell'atto di esercizio del diritto (perché mira ad evitare che quest'atto di esercizio possa ipoteticamente essere stato posto in essere per conseguire uno scopo, o un risultato, diverso e ulteriore rispetto alle utilità che l'ordinamento garantisce al titolare della situazione giuridica attiva), nel caso in cui il controllo sull'esercizio del diritto viene operato attraverso il canone della buona fede non si sindacano lo "scopo" per il quale tale esercizio è avvenuto (scopo che, in sintesi, si deve immaginare corrispondente alla finalità per la quale è avvenuta l'attribuzione del diritto), ma si censurano piuttosto le modalità con le quali esso si è realizzato, modalità che per l'appunto possono essere tali da far ritenere sleale la condotta del contraente». Si può tuttavia obiettare che anche nel sindacato di buona fede è ravvisabile un profilo causale, risultando scorretto quel comportamento lesivo dell'interesse altrui che non può essere ragionevolmente giustificato dall'esigenza di salvaguardare un interesse proprio (nello specifico si v.: 6).

blema delle conseguenze civilistiche di un contratto fiscalmente “inquinato”, nella prospettiva di riaffermare la centralità del diritto privato. Sarà inoltre opportuno approfondire i concetti di ‘causa’ e quindi di ‘meritevolezza’ dell’interesse perseguito⁴⁹, nell’ambito del diritto civile, al fine di comprendere i punti di raccordo, o lontananza, tra il concetto di abuso del diritto civile e quello tributario.

Considerata la supremazia del diritto privato sul divieto di abuso del diritto in ambito contrattuale, ci si propone di dimostrare come vi sia la necessità di ricollocare il contratto, la meritevole e genuina volontà delle parti, nonché la causa, al centro della produzione degli effetti.

Lo sfondo, sul quale si intende lavorare, è quello dell’unitarietà del diritto e, soprattutto, della primazia del diritto privato, come diritto dei contratti.

Sezione II

L’abuso e la codificazione di una clausola generale

SOMMARIO: Premessa introduttiva. 1. I principi, le clausole generali e l’abuso del diritto. 2. La mancanza di chiarezza della giurisprudenza. 3. La clausola antiabuso nel diritto tributario e i consueti e persistenti rischi di incertezza. 3.1 Le applicazioni della giurisprudenza dopo l’introduzione della clausola generale antiabuso. 3.2. Il profilo di maggiore “divaricazione” tra il civile e il tributario: quello rimediabile.

Premessa introduttiva

Le riflessioni svolte nel capitolo che precede - intese, come si è visto, a delineare l’abuso del diritto come un istituto “autonomo” rispetto ad altri che, seppur simili, se ne differenziano, e ad aprire il campo di indagine anche al diritto tributario - portano a chiedersi, in questo secondo capitolo, in che modo sia catalogabile l’abuso del diritto al livello di categoria giuridica.

⁴⁹ È condiviso il giudizio secondo cui la causa del contratto è funzionale a rendere possibile la valutazione dell’interesse perseguito. Come è stato affermato da attenta dottrina sul punto, ROLLI R., *Causa in astratto e causa in concreto*, Cedam, Padova, 2008: «Dal possibile giudizio applicativo della causa come clausola generale emerge che il contratto squilibrato, ancorché tipico, è immeritevole e può essere sindacato sotto il profilo della mancanza di causa in concreto» (nello specifico si v.: 234).

Nella presente sezione ci si chiederà se si tratta di una clausola o di un principio, cercando di soffermarsi sulla differenza tra i due, tema, ad oggi, ancora controverso. La difficoltà di inquadramento dell'abuso verrà mostrata tramite un'analisi delle più emblematiche pronunce della Suprema Corte, sia in ambito civile (con riferimento al noto caso *Renault* del 2009) che in ambito tributario (richiamando le note sentenze “gemelle” del 2008).

Non ci si potrà esimere, a questo punto, dal soffermarsi su alcuni punti cardine del novellato art. 10 *bis* dello Statuto dei diritti del contribuente che introduce, nell'ordinamento tributario, una clausola generale antiabuso. Verrà infine evidenziato come, nonostante la positivizzazione dell'istituto tramite il 10 *bis*, sull'abuso del diritto permangono ancora notevoli incertezze.

1. I principi, le clausole generali e l'abuso del diritto

Nella teoria generale del diritto è ad oggi ancora molto acceso il dibattito sul differente significato da attribuire alla distinzione tra clausole generali e principi⁵⁰. La questione definitoria è ancora controversa in dottrina e inoltre appartiene più all'ambito della teoria generale del diritto che al diritto civile in senso stretto. Pertanto, considerato che l'argomento è di ampio respiro teorico e in ragione della copiosa letteratura che si è formata sul tema, non si ha la pretesa di analizzarlo compiutamente in questa sede⁵¹.

⁵⁰ Per un'analisi approfondita della categoria dei principi si v. PINO G., *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi*, 14/2009: 131 e ss.; ID., *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 11/2011: 75 e ss. La definizione dei confini tra le due categorie appare certamente di grande complessità. Sul tema si v. l'importante contributo di PATTI S., *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffrè, Milano 2013, *passim*; ID., *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, in *Contratto e Impresa*, 3/2013: 633 e ss.; ID., *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2013: 263 e ss.; si v. altresì DENOZZA S., *Norme principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2011: 379 e ss., il quale si chiede se abbia effettivamente un senso effettuare la suddetta distinzione, affermando «tanti nomi per dire la stessa cosa o tante cose diverse?» (380).

⁵¹ Tra i tanti contributi autorevoli si vedano: PATTI S., *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffrè, Milano, 2013: 23; MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986: 22 e ss.; CASTRONOVO C., *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986: 21 e ss.; RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987: 709 e ss.; RESCIGNO P., *Appunti sulle “clausole generali”*, in *Riv. dir. comm.*, 1/1998: 1 e ss.; NIVARRA L., *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars Interpretandi*, 7/2002: 373 e ss.; BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Giappichelli, Torino, 2006; DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2/1984: 539 e

Tuttavia, per esigenze di completezza, e al fine di comprendere come possa essere catalogato l'abuso del diritto al livello di categoria giuridica, è opportuno, seppur succintamente, soffermarsi su alcuni concetti fondamentali.

Il dibattito attinente la distinzione tra clausole generali e principi del diritto è tuttora aperto⁵². La maggiore difficoltà sembra quella di individuare un criterio univoco di distinzione tra le due fattispecie, che non di rado sembrano essere sovrapponibili. Le nozioni di clausola generale e di principio sono spesso utilizzate in molteplici accezioni, sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, e ciò provoca sovrapposizioni e confusione.

Partendo dai principi del diritto, si può affermare che essi possono essere classificati sotto più punti di vista: in relazione alla loro genesi, al rapporto intercorrente tra essi e le gerarchie normative, alla funzione che assolvono, alle modalità di applicazione, a caratteristiche strutturali o semantiche.

Guardando al profilo genetico, si è soliti distinguere tra principi espressi e inespresi, a seconda che si individui un principio in un enunciato normativo esplicito o meno. Per ciò che riguarda il rapporto tra principi e gerarchie normative, si è soliti attribuire il rango di principio a enunciati che hanno un'elevata collocazione nel sistema delle fonti di un determinato ordinamento giuridico, oppure ai quali si attribuisce una particolare rilevanza nell'ordinamento giuridico nel suo complesso, o in una parte di esso.

Le funzioni che i principi del diritto possono assolvere sono usualmente tre. I principi rilevano nella produzione, nell'interpretazione o nell'integrazione del diritto. Talune norme, difatti, sono principi in quanto regolano, a vario titolo, la produzione di altre norme. Altre norme indicate come principi rilevano nell'interpretazione ove a enunciati normativi di rango inferiore nella gerarchia delle fonti rispetto al principio non possa essere attribuito un significato in contrasto con il principio stesso. In ultimo i principi rilevano nell'integrazione del diritto in quanto possono essere utilizzati per colmare le lacune, come dispone l'art. 12, comma 2, delle disposizioni preliminari al codice civile⁵³.

ss.; FALZEA A., *Gli standard valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1/1987: 1 e ss.; BELVEDERE A., *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 4/1988: 631 e ss.

⁵² Sul difficile tema si v. le posizioni di: VELLUZZI V., *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2002; PINO G., *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2008.

⁵³ L'art. 12 disp. prel. c.c. prevede la possibilità, da parte del giudice, di ricorrere: a) all'*analogia legis*, estendendo la portata delle disposizioni a casi simili, sulla base di somiglianze ritenute rilevanti (ad esempio, il principio della giusta causa per il recesso da un rapporto giuridico di tipo continuativo è solitamente previsto a livello legislativo per i soli casi di rapporti a tempo indeterminato, ma la giurisprudenza lo ha

I principi, a differenza delle norme che non sono identificabili come tali, si applicano secondo la tecnica del bilanciamento⁵⁴. Si ricorda che i principi sono norme, peculiari certo, ma comunque norme.

In conclusione a questi brevi cenni sul concetto di ‘principio’, è opportuno richiamare l’autorevole differenziazione operata da Mengoni⁵⁵, distinguendo fra principi assiomatici, o deduttivi, e principi dialettici, o argomentativi. I primi si costruiscono muovendo induttivamente da singole disposizioni, per poi, una volta elaborato il principio, applicarsi deduttivamente; i secondi hanno natura di ‘argomenti’, punti di partenza di tipo dialettico utilizzati per suffragare una determinata tesi. Le frontiere tra le due forme sono mobili⁵⁶. Nulla esclude che un principio della seconda specie possa operare come principio deduttivo, e viceversa, divenire quest’ultimo un punto di partenza di un’argomentazione.

Mentre per clausola generale si deve intendere un termine o sintagma di natura valutativa, caratterizzato da indeterminatezza in quanto il significato dei termini, o sintagmi, non risulta determinabile se non facendo ricorso a criteri, parametri di giudizio, interni o esterni al diritto e tra loro potenzialmente concorrenti⁵⁷. Le clausole generali sono termini, o sintagmi, ovvero elementi che compongono norme, non norme in senso stretto⁵⁸. Per questo, non ogni volta che ci si trova davanti ad una clausola generale si ha a che fare con un principio. La semplice presenza di un termine valutativo non comporta la qualificazione dell’enunciato normativo che lo contiene e del suo significato come principio. Ugualmente, non ogni principio è una clausola, nel senso che il non essere costituiti da termini valutativi non è un elemento necessario dei principi. In pratica, il termine valutativo non rappresenta un elemento totalmente discrezionale.

esteso in via interpretativa anche ai rapporti a tempo determinato); b) all’*analogia iuris* come strumento di auto-integrazione del diritto, il che potrebbe autorizzare uno scrutinio di alcune forme di autonomia privata alla luce, ad esempio, del principio costituzionale di solidarietà. Sono fondamentali, sul punto, gli autorevoli contributi di RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1965; *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in «*Rivista di diritto commerciale*», 1/1967: 83 ss. dai quali emerge che il principio di solidarietà, ricavato dall’art. 2 cost., è spesso invocato al fine di integrare le clausole generali del danno ingiusto (art. 2043 c.c.) e della buona fede (art. 1175 c.c.).

⁵⁴ Sul tema si v. PINO G., *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, op. cit.; A. MORRONE, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 2008.

⁵⁵ Sul punto si v. I principi generali del diritto e la scienza giuridica, in *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, in CASTRONOVO, ALBANESE, NICOLUSSI (a cura di), Giuffrè, Milano, 2011: 239 e ss.

⁵⁶ *Ivi*: 245-246.

⁵⁷ In tal senso si v. VELLUZZI V., *Le clausole generali, semantica politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010: 78.

⁵⁸ In tal senso si v. MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, op. cit., 1986: *passim*; BELVEDERE A., *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, op. cit.: *passim*.

Possono esservi norme ritenute principi in ragione della loro elevata collocazione gerarchica nelle fonti, senza, però, che la loro formulazione contenga clausole generali e la distinzione tra principi espressi e principi inespressi non muta il rapporto. Un principio espresso può essere anche una clausola generale se contiene termini valutativi, allo stesso modo, un principio inespresso, una volta esplicitato, può contenere termini valutativi.

Più si è inclini a considerare come qualità distintiva dei principi l'elevata vaghezza, più cresce la possibilità di sovrapporre clausole generali e principi del diritto. Quindi, si avrà un principio che è allo stesso tempo una clausola generale e viceversa solo nel momento in cui si ritiene caratteristica peculiare dei principi l'indeterminatezza semantica.

Come afferma autorevole dottrina «si danno allora quattro tipi di proposizioni normative: i) norme che sono principi e che contengono concetti vaghi socialmente tipici [...], ii) norme che sono principi e che non contengono concetti vaghi socialmente tipici [...], iii) norme che non sono principi e che contengono concetti vaghi socialmente tipici [...], iv) norme che non sono principi e che non contengono concetti vaghi socialmente tipici»⁵⁹.

Di regola le clausole generali operano all'interno dei confini fissati dai principi, purché si chiarisca che in tal senso i principi sono considerati norme di particolare rilevanza per un ordinamento giuridico o per un settore dello stesso e che tale rilevanza non dipende dalla presenza o meno nella loro formulazione di termini valutativi. Le clausole generali che non hanno il carattere necessario per assurgere al ruolo di principi operano quindi all'interno del quadro delineato dai principi medesimi⁶⁰.

Le clausole generali offrono un potere discrezionale all'interprete, che deve concretizzarle in relazione alle circostanze fattuali che il caso da decidere manifesta⁶¹.

⁵⁹ In tal senso si v. LUZZATI C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990: 229 e ss.

⁶⁰ Cfr. RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, op. cit.: 721.

⁶¹ Sul potere che hanno il giudice e il giurista di interpretare le clausole generali si v. l'interessante contributo di CATERINA R., *La dimensione tacita del diritto*, Esi, Roma, 2009. L'A. pone l'accento sulla discrezionalità, oggi, lasciata all'interprete, il quale è influenzato certamente anche dai valori e dalle prassi delle società che non attengono al diritto in senso stretto. Tale dato è lampante di fronte alle clausole generali. L'A. riporta sul punto un'affermazione emblematica di Rodolfo Sacco: «Gli *standard* sociali richiamati dal legislatore (buona fede, colpa, abuso, buon costume, ordine pubblico) aprono visibilmente le porte del fortilizio normativo a regole di fatto, basate sul sentire del cittadino» (si v. nello specifico pagina 4 del contributo di Caterina).

Come affermato da Irti, «Se [...] la norma è espressa con parole della lingua comune, la disciplina procede di massima per clausole generali, che lasciano al giudice largo spazio nella determinazione della fattispecie e degli effetti⁶²».

A questo punto risulta opportuno soffermarsi su specifici profili problematici in relazione all'istituto dell'abuso del diritto. Rispetto a tale istituto si è sempre registrata una certa confusione, non solo per ciò che concerne il suo utilizzo, ma, soprattutto, per quanto attiene la sua catalogazione. Diverse criticità provengono dalla giurisprudenza della Suprema Corte, che da un lato ha spesso svolto un ruolo prossimo a quello del legislatore e dall'altro sembra aver non di rado attribuito all'abuso il rango di principio, conferendogli una sorta di superiorità assiologica rispetto ad altri principi di pari rango, senza spiegare, però, le ragioni che hanno portato a questa conclusione.

In altri termini, la giurisprudenza ha mostrato, nel corso degli anni, una sorta di mancanza di equilibrio in termini di bilanciamento di valori e di principi, specialmente sul piano del metodo argomentativo, utilizzando, peraltro, in modo indistinto, le seguenti espressioni: “abuso del diritto”, “principio dell'abuso del diritto”, “clausola generale antiabuso”, “nozione generale di abuso del diritto”, “clausola generale antielusiva”. Nel campo del diritto tributario, ad esempio, dall'analisi di recenti contributi e secondo una linea di pensiero largamente condivisa dalla Suprema Corte, autorevoli studiosi sono giunti ad identificare l'abuso come una clausola generale di matrice pretoria⁶³ e l'elusione come un abuso codificato⁶⁴.

La difficoltà di dare un *nomen* all'istituto dell'abuso del diritto è particolarmente sentita, sia in ambito civile che tributario, ammesso, tra l'altro, che una sua “categorizzazione” possa avere realmente una qualche utilità sul piano formale e concreto⁶⁵. In effetti, appare opportuno specificare che, al livello rimediale, la qualificazione del divieto di abuso come clausola o come principio non inciderebbe.

⁶² IRTI N., *Introduzione allo studio del diritto privato*, Cedam, Padova, 1990: 72. Sul punto si v. anche l'autorevole contributo di MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, op. cit.: 5 e ss. L'A. ammette, anzi prescrive, l'intervento valutativo del giudice nella selezione dei criteri ricavabili dalla realtà sociale per dare contenuto agli *standard* valutativi.

⁶³ Come spiegato nella parte II del presente lavoro, si sostiene che l'abuso ha radici romanistiche.

⁶⁴ Tra i tanti si v. FLICK G.M., *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 2014; *contra*, GIOVANNINI A., *Note controcorrente sulla sanzionabilità dell'abuso del diritto*, in *Corr. Trib.*, 11/2015: 823 e ss.

⁶⁵ Scriveva autorevole dottrina, già più di trent'anni fa, che l'abuso del diritto costituisce un “universo in espansione”. GALGANO F., *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e impresa*, 1/1985: 1 e ss.

Nonostante la catalogazione dell'abuso del diritto come principio generale non sia univoca, è certamente sostenibile che questo costituisca un valore da salvaguardare, sia sul piano internazionale ed europeo, sia su quello nazionale.

L'istituto è ormai quasi unanimemente riconosciuto in dottrina⁶⁶ ed è stato ampiamente sviscerato nei suoi elementi strutturali anche dalla giurisprudenza. È stato più volte dichiarato espressione di principi e di valori fondamentali contenuti nella Costituzione e nella Carta fondamentale dei Diritti dell'Unione europea⁶⁷, nonché ampiamente valorizzato dalla prassi internazionale. Tuttavia, aleggiavano ancora numerose incertezze⁶⁸.

Da un lato ci si chiede come venga effettivamente percepito l'istituto dell'abuso dai diversi operatori del diritto, dall'altro ci si domanda in che modo venga applicato sul piano argomentativo ed in termini di bilanciamento tra diversi valori da parte della giurisprudenza⁶⁹. Certamente, l'applicazione concreta e la percezione di tale istituto sono due profili che, anche se apprezzabili autonomamente, sono strettamente connessi tra loro. Difatti, nel momento in cui i principi vengono applicati dalla giurisprudenza secondo criteri uniformi, equilibrati e razionali, gli operatori tendono a percepire il contrasto all'abuso in termini virtuosi ed univoci, e non con la diffidenza che, invece, caratterizza, da sempre, l'istituto⁷⁰.

Sembra invece continui ad aleggiare un palpabile senso di instabilità e incertezza derivante dalla eterogenea casistica giurisprudenziale. Si assiste ad una costante applica-

⁶⁶ Vi è ancora qualcuno che nega la sua esistenza, ma certamente si tratta di dottrina particolarmente esigua. Da ultimo, v. MESSINA M., *L'abuso del diritto*, Esi, Napoli, 2003: *passim*.

⁶⁷ Su tale profilo si v. GALGANO F., *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, *op. cit.*: 311. L'Autore ritiene espressamente che il fondamento normativo del contrasto all'abuso del diritto sia da individuare nell'art. 54 della Carta di Nizza. Per considerazioni relative alla materia tributaria si v. PISTONE P., *L'abuso del diritto nella giurisprudenza tributaria della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2/2012: 436.

⁶⁸ Non di rado si è parlato del fenomeno «abuso dell'abuso del diritto». Sul tema si v., in particolare, ZIZZO G., *L'abuso dell'abuso del diritto*, in *Riv. giur. trib.*, 6/2008: 465; MARONGIU G., *Abuso del diritto o abuso del potere?*, in *Corr. trib.*, 13/2009: 1076; DE CARIA R., *La nuova fortuna dell'abuso del diritto nella giurisprudenza di legittimità: la Cassazione sta abusando dell'abuso? Una riflessione sul piano costituzionale e della politica del diritto*, in *Giur. Cost.*, 4/2010: 3627 e ss.

⁶⁹ Sulla necessità di un'analisi concreta della giurisprudenza, per «abbandonare idee generali e approssimative attraverso le quali si giunge spesso a conclusioni altrettanto generali di carattere astratto» si v. CASSESE S., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma, 2009: nello specifico 12. Per ciò che concerne le problematiche inerenti il rapporto tra argomentazione e certezza giuridica si v. PINO G., *Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica. Alcune riflessioni*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1/1998: 84 e ss.

⁷⁰ Così MONTANARI F., *Diritto giurisprudenziale, contrasto ai comportamenti abusivi e certezza nei rapporti tributari*, in *Riv. dir. trib.*, 2/2016: 343 e ss.

zione dell'abuso del diritto, a discapito di altri principi e valori, quanto meno da considerare di pari rango, senza che nella motivazione delle sentenze e dal loro *iter* logico emerga chiaramente un'argomentazione che giustifichi la sua applicazione e, soprattutto che definisca in modo univoco l'istituto.

Certo è che dall'analisi della giurisprudenza emerge che l'abuso del diritto è di applicazione generale, potendo ricorrere astrattamente con riguardo a tutte le ipotesi di esercizio (abusivo) del diritto e che rappresenta una valvola del sistema che concorre, insieme ad altri *standard* valutativi e ad altre clausole generali, a colmare le lacune della legge e a riporre determinate azioni nell'ambito dei limiti del sistema⁷¹.

La figura dell'abuso è peculiare rispetto a quelle con cui l'interprete è abituato a lavorare. Il giurista positivo, quando si trova a operare con regole,⁷² ha dinanzi a sé una disposizione che, una volta interpretata e applicata al caso concreto, produce determinati effetti. La criticità dell'abuso è che questo non dice nulla sul "se x" (mancando una disposizione regolante la fattispecie, o, dove vi sia, essendo quest'ultima particolarmente indeterminata) né tanto meno sull' "allora y" (difettando la predeterminazione degli effetti)⁷³.

Generalmente, l'utilizzo delle clausole provoca il ricorso al criterio della morale comune, che non è esente da critiche. Infatti, il riferimento alla "coscienza sociale" praticata entro una determinata collettività certamente non presenta profili di certezza.

Il problema del divieto di abuso del diritto è che ove in esso si ravvisi una clausola generale⁷⁴ è privo di disposizione da cui indurre una qualche bussola per orientarsi dentro il labirinto di valori che arredano le società pluraliste (come quella italiana attuale)⁷⁵. In primo luogo, è questione affatto contingente se la formulazione del divieto di abuso del diritto implichi o meno un rinvio alle valutazioni diffuse nel corpo sociale: se guardiamo

⁷¹ In tal senso si v. l'autorevole contributo di LIPARI N., *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013.

⁷² Ciò vale anche per i principi, i quali, per parte della dottrina, non sono suscettibili di applicazione mediante il metodo deduttivo proprio del sillogismo giudiziale, ma mediante la logica del bilanciamento. Sul punto si v. ALEXY R., *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in *Ars interpretandi*. 1/2007: 45 e ss.

⁷³ Sul punto si v. il contributo di GENTILI A., *L'abuso del diritto come argomento*, *op. cit.*: 298. L'A. definisce l'abuso del diritto "connotazione denotativa".

⁷⁴ Con riguardo alla tematica delle clausole generali, e alle problematiche ad essa connesse, si v. VELLUZZI V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, *op. cit.*, 2010.

⁷⁵ Si legga una tale conclusione in BENATTI F., *Norme aperte e limiti ai poteri del giudice*, in *Eur. dir. priv.* 1/2013: 19 e ss.

in generale al modo in cui sono di fatto formulate le clausole generali e gli *standard* valutativi nel linguaggio giuridico, ci accorgiamo che effettivamente vi sono dei casi in cui lo *standard* giuridico fa esplicito rinvio alle valutazioni correnti nella società⁷⁶, mentre altre sembrano demandare al giudice una valutazione o un accertamento di tipo diverso, ad esempio di tipo tecnico.

Coloro che intendono l'abuso del diritto come principio⁷⁷ muovono dalla disposizione dell'art 833 c.c. in materia di atti emulativi; poi, servendosi anche dalle disposizioni del libro IV del codice civile in cui è menzionata la buona fede (nelle trattative *ex art.* 1337, nel rapporto obbligatorio *ex art.* 1175, nell'esecuzione del contratto *ex art.* 1375, nella sua interpretazione *ex art.* 1366), rinvencono in tali disposizioni una *ratio* analoga a quella che, appunto, nell'ambito dei diritti reali è sottesa al divieto di atti emulativi. La buona fede, in tal senso, risulterebbe strumento per estendere⁷⁸ quel divieto di abuso del diritto, esplicito nei rapporti reali, nell'ambito dei rapporti obbligatori, secondo l'argomentativo in forza del quale se il legislatore ha inteso espressamente limitare il diritto soggettivo per eccellenza, ovvero la proprietà, a maggior ragione dovrà immaginarsi la possibilità che quello stesso limite operi per i diritti di contenuto meno pieno di quello, quali sono i diritti di credito⁷⁹. Ed è questa la tesi che qui si intende accogliere.

⁷⁶ Esempio tipico, spesso richiamato anche dalla dottrina, è l'art. 529 c.p., che fa riferimento agli "atti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore". Osservazione analoga, riferita criticamente alla posizione di Alchurrón e Bulygin, è formulata da ATIENZA M., RUIZ MANERO J., *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid, 2000: 45, secondo i quali una posizione di questo tipo è costretta a postulare la presenza di una meta-norma che impone di interpretare le norme che contengono standard alla luce dei criteri valutativi diffusi nella società.

⁷⁷ PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, vol. II, Esi, Napoli, 2006, 643-645 e 902-906; NATOLI U., *Note preliminari per una teoria dell'abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1958: 18 e ss.

⁷⁸ Tale operazione è compiuta da PERLINGIERI P., *Il diritto civile*, *op. cit.*, 903; NATOLI U., *Note preliminari*, *op. cit.*: 29, nonché da PIRAINO F., *Il divieto di abuso del diritto*, *op. cit.*: 124.

⁷⁹ Tale fine argomentazione è di CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2006: 29. L'A. tuttavia non ritiene l'abuso del diritto un principio, né un argomento (ID., *L'eclissi del diritto civile*, 2015: 113 e ss.; 117-118), quanto un elemento ulteriore della fattispecie il quale, ove presente, darà luogo a invalidità o ad inefficacia, se influente sul contratto, o a responsabilità, se rilevante sul piano dell'illecito.

2. La mancanza di chiarezza della giurisprudenza

Sia in ambito civile che in ambito tributario, talune decisioni della Corte di Cassazione hanno dato adito ad un ampio dibattito e alla confusione cui si accennava *supra*.

In materia tributaria sono state emblematiche le note sentenze a Sezioni Unite del 2008⁸⁰, le quali hanno riguardato più che altro profili di certezza del diritto; in ambito civile il *leading case* è certamente il noto caso *Renault* del 2009.

Si ricorda che la trattazione in merito all'abuso del diritto ha radici profonde e riguarda tematiche di natura teorica, ampiamente analizzate dalla dottrina e sulle quali non si ha la pretesa di soffermarsi in questa sede⁸¹.

A seguito delle sentenze del 2008, l'«incertezza del sistema» è stata subito attribuita alla mancanza di codificazione, all'interno dell'ordinamento tributario, di una clausola antiabuso e, quindi, ad un ruolo eccessivamente creativo della giurisprudenza⁸², senza uno specifico appiglio normativo⁸³.

Dal punto di vista della certezza del diritto, in effetti, suscitavano meno perplessità le prime sentenze in tema di *dividend washing* e *dividend stripping*, in quanto la Corte applicava *de plano* figure tradizionali di stampo civilistico quali il contratto in frode alla legge, la nullità per mancanza di causa in concreto, etc⁸⁴.

⁸⁰ Così le note, e già richiamate, sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite civ., nn. 30055, 30056 e 30057 del 23 dicembre 2008.

⁸¹ Un breve *iter* storico ricostruttivo all'istituto è stato effettuato nella prima parte del lavoro.

⁸² Si v., in particolare, PISTONE P., *L'abuso del diritto nella giurisprudenza tributaria della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. prat. trib. int.*, 1/2012: 460; CONTE D., *La (ir)rilevanza penale delle condotte elusive/abusiva e il reato di dichiarazione infedele: una lettura critica alla luce della delega fiscale e della loro attuazione*, in *Riv. dir. trib.*, 1/2014: 781 e ss.

⁸³ La necessità di avere delle norme scritte e la loro “certezza” viene costantemente richiamata anche sui principali organi di stampa. Si v., fra i tanti, MANZITTI A., *Sull'abuso del diritto occorre ripristinare il ruolo della legge*, in *Il sole 24 ORE*, 23/04/2014: 33, il quale identifica nella Legge Delega n. 23/2014 «una occasione imperdibile per rimettere le cose nell'ordine di priorità corretto»; su tale ultimo profilo si v. *retro*, *premessa*, sez. I, cap. IV. Da ultimo I.D., *Se l'arbitro è di parte*, in *Il sole 24 ORE*, 6/2/2018, in cui viene evidenziata la priorità di recuperare certezza e stabilità nell'ambito dell'ordinamento tributario. Ci si riferisce alla Delega al Governo recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita. In particolare, l'articolo 5 della Legge Delega attribuisce al Governo il compito di procedere alla revisione delle vigenti disposizioni antielusive “al fine di unificarle al principio generale del divieto dell'abuso del diritto”, in aderenza ai principi e ai criteri direttivi contenuti nella raccomandazione della Commissione europea sulla pianificazione fiscale aggressiva n. 2012/772/Ue del 6 dicembre 2012.

⁸⁴ Per un'analisi delle decisioni che hanno utilizzato strumenti propri del diritto civile si v. *retro*, parr.2, 2.1 e 2.2, sez. I del presente cap.

Le Sezioni Unite del 2008 cambiano orientamento, utilizzando un diverso *iter* argomentativo e facendo discendere il contrasto all'abuso del diritto direttamente dal principio costituzionale di capacità contributiva, ampliando, inoltre, la nozione di abuso accolta e utilizzata dalla giurisprudenza europea⁸⁵.

Anche a seguito delle citate sentenze gemelle, che hanno affermato, tra l'altro, anche la rilevabilità d'ufficio dell'abuso del diritto, si è assistito, e tuttora si assiste, ad un continuo mutamento di orientamenti.

In alcuni casi è stata data priorità al contrasto all'abuso ed è stata ribadita la posizione delle Sezioni Unite. In altre ipotesi i principi affermati dalle Sezioni Unite del 2008 sembrano essere stati superati.

La Suprema Corte è stata netta, ad esempio, quando si è trattato di far prevalere l'abuso sul principio della stabilità del giudicato affermando che «le controversie in materia di Iva richiedono il rispetto di norme comunitarie imperative, la cui applicazione non può essere ostacolata dal carattere vincolante del giudicato nazionale, previsto all'art. 2909 c.c., e dall'eventuale sua proiezione anche oltre il periodo di imposta che ne costituisce specifico oggetto, ove sia impedita la realizzazione del principio di contrasto dell'abuso del diritto come strumento teso a garantire la piena applicazione del sistema armonizzato di imposta»⁸⁶.

Si tratta di una decisione non condivisibile, in quanto se è vero che occorre dare prevalenza ai principi europei, allo stesso tempo si dovrebbero applicare tali conclusioni in ogni campo, e non solamente allo strumento dell'abuso, senza appiattirsi su asserite esigenze di effettività nell'applicazione del diritto dell'Unione.

Come ha affermato autorevole dottrina «se si parla di effettività nel senso di pura supremazia ha scarso significato perché non vi può essere un'applicazione (e, quindi, un riconoscimento) dell'enunciato al di fuori dell'esperienza giuridica dei singoli Stati. La

⁸⁵ Su tali tematiche la dottrina è ormai sterminata, senza pretesa di completezza si segnalano: SCHÖN W., *Abuse of right and European tax law in Comparative Perspectives on revenue Law*, a cura di AVERY JONES J., HARRIS P., OLIVER D., Cambridge, 2008: 75; F.A. GARCIA PRATS, *The abuse of tax law: prospects and analysis*, in AA. VV., *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law?*, DE LA FEIRA, VOGENHAUER (a cura di), Oxford, 2011; D. WEBER, *Abuse of law in European tax law: an overview and some recent trends in the direct and indirect tax case law of the ECJ: part I and part II*, in *European Taxation*, 2013: 251, 313.

⁸⁶ Cass, sez. trib., n. 16996/2012, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass., sez. trib., n. 23561/2014, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

singularità dell'ordinamento europeista proprio qui, nel fatto di porsi come elemento essenziale di un amalgama che ciascuno Stato realizza nella sintesi con le regole di fonte interna»⁸⁷.

D'altronde la stessa Corte di Giustizia ha più volte invitato gli Stati membri ad applicare con cautela i principi richiamati *supra* ed ha altresì individuato nei principi di effettività ed equivalenza i “controlimiti”.

Il diritto europeo non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme nazionali che attribuiscono forza di giudicato a una pronuncia giurisdizionale, neanche quando ciò costituisse un rimedio ad una situazione nazionale contrastante con il diritto europeo o con i principi generali dell'Unione.

È strano pensare che sia la Suprema Corte stessa a ponderare i diversi principi della stabilità del giudicato, della certezza del diritto e, in generale, dei principi dell'unione quando non si verte in tema di abuso.

La maggiore preoccupazione è che emerga quel fenomeno secondo cui il diritto giurisprudenziale diviene mera ricerca di giustizia caso per caso. Invece, sarebbe opportuno ricercare uniformi criteri applicativi che possano realmente costituire il substrato del diritto vivente.

Sarebbe auspicabile, da parte della giurisprudenza, un mutamento di prospettiva sul piano del corretto equilibrio tra diversi valori, e nell'individuazione di criteri applicativi adeguati, in quanto la mancanza di uniformità da parte della giurisprudenza influenza inevitabilmente anche la dottrina, alimentando scetticismo e confusione nei confronti dell'istituto dell'abuso del diritto.

⁸⁷ LIPARI N., *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1/2009: 891. Sul punto si v. anche l'autorevole ricostruzione di DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti*, Il Mulino, Bologna, 2010: nello specifico 69.

L'orientamento applicato dalla Corte ha colto "di sorpresa" gli studiosi del diritto tributario, necessariamente influenzati dal vincolo di riserva di legge⁸⁸ e, al tempo stesso, ha attratto l'attenzione della dottrina civilistica sul tema⁸⁹.

Quest'ultima, seppur abituata ad un acceso dibattito di ormai oltre mezzo secolo, si è prevalentemente orientata verso tre profili, più o meno definiti. Ciò vale non solo per la dottrina, ma anche per la giurisprudenza civile. Parte della dottrina preferisce ricorrere alla cd. correttezza contrattuale (ci si riferisce alla buona fede oggettiva), altra si riallaccia al divieto di atti emulativi (ma tale equiparazione è ormai da lungo tempo superata), altri ancora ricollegano l'abuso del diritto alla categoria del cd. illecito atipico o alla teoria della mancanza di causa concreta.

La reazione della dottrina nei confronti di questa "creatività" della giurisprudenza è stata subito quella di sostenere la riaffermazione del ruolo, o ancora meglio della supremazia, della legge.

In effetti, la giurisprudenza sembra ormai aver acquistato un ruolo assai prossimo a quello del legislatore e per molti versi sembra ridursi in modo sempre più significativo la distanza tra ordinamenti di *civil law* e di *common law*⁹⁰.

⁸⁸ La necessità di avere delle norme scritte e la loro "certezza" viene costantemente richiamata anche sui principali organi di stampa. Si v., fra i tanti, MANZITTI A., *Sull'abuso del diritto occorre ripristinare il ruolo della legge*, in *Il sole 24 ORE*, 23/04/2014: 33, il quale identifica nella Legge Delega n. 23/2014 «una occasione imperdibile per rimettere le cose nell'ordine di priorità corretto». Su tale ultimo profilo si v. *retro*, *Premessa*, sez. I, cap. IV. Da ultimo, sempre Manzitti, in *Se l'arbitro è di parte*, in *Il sole 24 ORE*, 6/2/2018, in cui viene evidenziata la priorità di recuperare la certezza e stabilità nell'ambito dell'ordinamento tributario. Ci si riferisce alla Delega al Governo recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita. In particolare, l'art. 5 della Legge Delega attribuisce al Governo il compito di procedere alla revisione delle vigenti disposizioni antielusive «al fine di unificarle al principio generale del divieto dell'abuso del diritto», in aderenza ai principi e ai criteri direttivi contenuti nella Raccomandazione della Commissione europea sulla pianificazione fiscale aggressiva n. 2012/772/Ue del 6 dicembre 2012.

⁸⁹ Tra i tanti si segnalano: GENTILI A., *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, in *Ianus*, 1/2009: 1 e ss.; PROSPERI F., *L'abuso del diritto nella fiscalità vista da un civilista*, in *Dir. prat. trib.*, 1/2012: 717 e ss.; ADDIS F., *L'abuso del diritto tra diritto civile e tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 1/2012: 872 e ss.; SALVI C., *Note critiche in tema di abuso del diritto e di poteri del giudice*, in *Riv. crit. di dir. priv.*, 1/2014: 27 e ss.; BIANCA C.M., *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2014: 251 e ss. Nello specifico, per ciò che riguarda i rapporti tra abuso e causa concreta si v. ROLLI R., *Causa in astratto e causa in concreto*, *op. cit.*; nonché, da ultimo, BARCELONA M., *Della causa*, Cedam, Padova, 2015: 563 e ss.

⁹⁰ Su tali aspetti ci si limita a rinviare al contributo di LIPARI N., *Per un ripensamento delle fonti-fatto nel quadro del diritto europeo*, *op. cit.*: 1207 e ss., e all'ampia bibliografia citata dall'Autore, nonché ai vari scritti contenuti in AA. VV., *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, SOMMA (a cura di), Giappichelli, Torino, 2009.

Forse non rimane che prendere atto del fenomeno per cui ormai il diritto, tramite la giurisprudenza nazionale ed europea, tende ad auto modellarsi per costruire una scala di valori condivisi⁹¹ e anche per superare alcuni “limiti” del legislatore.

In effetti, la giurisprudenza, negli ultimi anni, ha assunto e si è attribuita una funzione ed una responsabilità tale da assurgere al rango di “legislatore per principi e per valori”⁹².

Il fenomeno non stupisce più di tanto, poiché ormai anche la Corte di Giustizia si pone come principale attore nella formazione, oltre che nell’interpretazione, del diritto europeo, anche per sopperire alla difficoltà delle istituzioni di legiferare⁹³.

D’altronde, è piuttosto diffusa nella dottrina, specie in quella tributaria, l’idea della necessità di una riaffermazione dei principi generali che possa fronteggiare una disciplina positiva caotica⁹⁴.

Stando a quanto appena detto, allora, sembrerebbe piuttosto incoerente affermare che la mancanza di norme *ad hoc* contribuisca ad alimentare incertezze e incoerenze nel sistema.

Basti pensare a taluni principi di matrice europea quali, a titolo esemplificativo, il principio di equivalenza, il principio di effettività, il principio di proporzionalità, a fronte di formidabili principi quali la tutela della buona fede e del legittimo affidamento.

Questi principi, da tempo, influenzano il diritto vivente senza che mai si sia posto il problema di introdurre una disciplina positiva *ad hoc* nel rispetto della certezza del diritto.

Non risulterebbe allora chiaro il motivo per il quale riferendosi all’abuso del diritto appaia inevitabile un appiglio a soluzioni formalistiche.

Il problema sembrerebbe piuttosto il seguente. Per ciò che concerne i principi di stampo europeo sopra richiamati, la Suprema Corte ha sempre esplicitato ampiamente i

⁹¹ Si v., in tal senso, l’approfondita analisi di VIOLA F., *Il diritto come pratica sociale*, Giuffrè, Milano, 1990.

⁹² Sul tema si veda l’autorevole analisi di SCHAUER F., *The Force of Law*, Harvard, 2015.

⁹³ Sul tema si v. MONTANARI F., *Le operazioni esenti nel sistema dell’Iva*, Giappichelli, Torino, 2013.

⁹⁴ Sul punto si v. MONTANARI F., *Evoluzione del principio di effettività e rimborso dei tributi incompatibili con il diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1/2009: 89 e ss.; MOSCHETTI F., *I principi di giustizia fiscale della costituzione italiana, per l’ordinamento giuridico in cammino dell’Unione europea*, in *Riv. dir. trib.*, 1/2010: 427 e ss.; DEL FEDERICO L., *Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea - Contributo allo studio della prospettiva italiana*, Giuffrè, Milano, 2010; AA.VV., *Convenzione europea dei diritti dell’Uomo e giustizia tributaria italiana*, BILANCIA, CALIFANO, DEL FEDERICO, PUOTI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2014: *passim*; AA.VV., *I principi europei del diritto tributario*, DI PIETRO, TASSANI (a cura di), Cedam, Padova, 2014: *passim*.

criteri applicativi, nonché dimostrato grande equilibrio nell'utilizzarli all'interno delle proprie decisioni.

Al contrario, rispetto all'abuso del diritto non c'è mai stata fino ad oggi una linearità applicativa ed argomentativa, né una stabilità di giudizio.

Ci si dovrebbe chiedere come mai un principio di origine pretoria quale quello dell'abuso del diritto sia fonte, ancora oggi, di plurime incertezze. E come mai appare appropriato altresì sostenere che l'introduzione, la positivizzazione, di una clausola generale sia in grado di risolverle.

Sembrerebbe trattarsi di una posizione rigidamente formalistica e priva, perlomeno ad oggi, di senso pratico, in quanto l'ordinamento, sia quello civile che quello tributario, sembrano da ormai lungo tempo, propendere per logiche marcatamente sostanzialistiche⁹⁵.

⁹⁵ Si pensi che l'ordinamento tributario tende a una logica marcatamente sostanzialistica anche in settori tradizionalmente formali come quello del procedimento. Sul punto si v. DEL FEDERICO L., *L'evoluzione del procedimento nell'azione impositiva: verso l'amministrazione di risultato*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 1/2013: 886; da ultimo si v. MONTANARI F., *La violazione di obblighi formali, documentali e contabili*, in AA.VV., *Trattato di diritto sanzionatorio tributario, doganale e valutario*, MARZADURI, DI MARTINO (a cura di), Giuffrè, Milano, 2016: *passim*. Per ciò che concerne l'ordinamento civile, il quale assume certamente ambito primario nell'ambito della ricerca svolta, si v. l'autorevole contributo di LIPARI N., *Per un ripensamento delle fonti-fatto nel quadro del diritto europeo*, *op. cit.*: 1207 e ss. La teoria dell'abuso del diritto è da intendersi come strumento di raccordo tra la sfera del diritto in senso stretto e formale e quella della morale, guardando alla sostanza. Tale idea, inizialmente elaborata dalla dottrina francese, fu abbandonata sia sul piano teorico che su quello normativo, nella fase di formazione del moderno diritto privato apparendo incongruente e contraddittoria. Difatti, ci sarebbe stata una sovrapposizione di due giudizi qualitativamente differenti: un primo di stretto diritto e un secondo di ordine etico-morale. Essendo prevalsa l'idea, anche con le nuove codificazioni, che l'abuso del diritto non potesse esprimere l'antica tensione tra morale e diritto, la figura dell'abuso ha trovato il suo referente nella tendenza all'allargamento del controllo giudiziale sugli atti dei privati, rappresentando lo strumento attraverso il quale 'controllare' tale tendenza. In tal senso si v. MONATERI P.G., *Abuso del diritto e simmetria del contratto (un saggio di Comparative Law and Economics)*, in AA.VV., *Diritto privato*, vol. III, *L'abuso del diritto*, Cedam, Padova: 93 e ss. L'A. ha sottolineato come vi sia stata anche la spinta dei giuristi anglosassoni ad aver contribuito a far prevalere questa seconda visione, mediante la teorizzazione della necessità di un approccio sostanzialistico, empirico ed economico al problema. È proprio attraverso questo approccio che l'abuso del diritto ha cominciato a rappresentare un correttivo rispetto a un sistema che potesse rimanere totalmente fedele alle scelte normative effettuate e a diritti astrattamente e formalmente attribuiti ai consociati pur quando il concreto atto di esercizio del diritto stesso risultasse in contrasto con alcuni principi ispiratori dell'ordinamento, sacrificando in tal modo un certo grado di certezza alle superiori esigenze della giustizia. In questo senso si è espresso PATTI S., *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Utet, Torino, 1987: 1.

3. La clausola antiabuso nel diritto tributario ed i consueti e persistenti rischi di incertezza

Con riferimento all'inquadramento dell'abuso del diritto come categoria giuridica appare opportuno soffermarsi sulla struttura della clausola antiabuso introdotta nell'ordinamento tributario e su alcuni capisaldi teorici che la riguardano. Come si è già avuto modo di anticipare, quello del diritto tributario è stato il primo settore in cui è stato specificamente codificato il fenomeno dell'abuso del diritto, tramite l'inserimento dell'art. 10 *bis*, in cui sono sfociati i tentativi di codificazione di norme antiabuso susseguitisi nell'ultimo decennio. Si tratta della prima norma antiabuso nel diritto italiano.

Tuttavia, la nuova clausola generale, come anticipato, è estremamente vaga e utilizza formule come: «Operazioni prive di sostanza economica», «non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato»⁹⁶, *vantaggi fiscali indebiti* «realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali e con i principi dell'ordinamento tributario».

Allo stesso tempo, viene esclusa l'abusività di un comportamento se «caratterizzato da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente» e «resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale».

L'intenzione del legislatore sembra essere quella di bilanciare le esigenze di contrasto all'abuso con la libertà di iniziativa economica.

Come è proprio di tutte le clausole, la funzione della novella è quella di fornire delle linee guida per un'applicazione "prudente" dell'abuso e bilanciata tra diversi valori, nonché esigenze, dell'ordinamento. Chiaro è, tuttavia, che la concretizzazione dei criteri delineati dal legislatore spetta alla giurisprudenza.

In una nota sentenza, considerata un punto di svolta in tema di abuso, veniva affermato che «l'applicazione del principio dell'abuso del diritto deve essere guidata da una

⁹⁶ La sezione tributaria della Suprema Corte esclude infatti l'abuso nel momento in cui l'operazione economica volta a ottenere un vantaggio fiscale appare sorretta anche da ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione ovvero si palesi coerente con le normali logiche di mercato.

particolare cautela essendo necessario trovare una giusta linea di confine tra pianificazione fiscale eccessivamente aggressiva e libertà di scelta delle forme giuridiche, soprattutto quando si tratta di attività di impresa»⁹⁷.

Ma è proprio la mancata individuazione dei criteri per definire la menzionata “linea di confine” che caratterizza la giurisprudenza prevalente.

A questo punto non si comprende come la codificazione dell’abuso del diritto all’interno di una clausola generale possa ridurre la discrezionalità giudiziale se l’abuso continua ad assumere superiorità assiologica incontrastata, e senza la spiegazione dei criteri di scelta utilizzati, rispetto a principi generalmente riconosciuti, anche di matrice europea ed internazionale.

Se da un lato va sottolineato il merito del legislatore tributario di aver fatto un importante passo in avanti con l’introduzione della clausola antiabuso, dall’altro bisogna affermare che ciò non appare ancora sufficiente in termini di chiarezza e di certezza in materia di abuso del diritto.

In tale ottica risulta centrale il comma 12 della clausola antiabuso dispone che «in sede di accertamento l’abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie». Ciò sta a significare che la norma in oggetto può essere applicata soltanto in via residuale. Quindi, fuori dal 10 *bis* non sarebbe possibile utilizzare altri meccanismi di contrasto all’abuso, a meno che non risultino specificamente positivizzati⁹⁸.

La struttura della norma e il fatto che lo strumento dell’abuso sia residuale mostrano come, in tale ambito, vi sia stata una netta supremazia del Parlamento rispetto alla creatività della giurisprudenza. In effetti sarebbe bastata la giurisprudenza pretoria a “legittimare” l’utilizzo del principio del divieto di abuso.

⁹⁷ Cass., sez. trib., n. 1372/2011. Per un commento positivo sulla sentenza si v. BASILAVECCHIA M., *L’autonomia contrattuale recupera sull’abuso del diritto*, in *Riv. giur. trib.* 6/2011: 285 e ss. Peraltro detta sentenza è espressamente richiamata nella relazione illustrativa agli schemi di decreti legislativi, in cui si afferma che tale inciso dovrebbe fungere da monito alla Giurisprudenza di legittimità per un’applicazione cauta ed equilibrata dell’istituto. Parte della dottrina ritiene che tali criteri dovrebbero servire ad amministrare l’uso della clausola generale dell’abuso del diritto nell’ambito civilistico, in tal senso si v. SCOGNAMIGLIO C., *L’abuso del diritto*, in *I Contratti*, 1/2012: 5 e ss. L’A. evidenzia il nesso tra l’abuso del diritto e la razionalità del mercato.

⁹⁸ Sul tema si v. il contributo di DEL FEDERICO L., TRAVERSA E., *Il nuovo regime punitivo dell’abuso del diritto in materia tributaria: disciplina nazionale e quadro europeo (The new punitive regime of tax abuse: Italian legislation and European framework)*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 3-4/2017: 597 e ss.

3.1. *Le applicazioni della giurisprudenza dopo l'introduzione della clausola antiabuso*

Pur essendo stati fatti diversi passi avanti permane una certa incertezza, derivante certamente anche dalla struttura stessa delle clausole e dalla loro indeterminatezza.

In primis, può darsi per assodato che la caratteristica, intrinseca, propria di tutte le clausole generali, sia quella dell'indeterminatezza, tant'è che alcuni autori, riferendosi alle clausole generali ed alla integrazione valutativa, parlano di “vaghezza socialmente tipica” e di “variabili parametri di giudizio e alle mutevoli tipologie della morale sociale e del costume”⁹⁹. Perciò, non deve stupire la vaghezza¹⁰⁰ della recente clausola antiabuso introdotta nell'ordinamento tributario.

Questa peculiarità si palesa subito dal punto di vista semantico ed è proprio da qui che deriva la necessità di un'integrazione valutativa da parte degli operatori del diritto¹⁰¹.

Autorevole dottrina afferma, infatti, che norme aperte, clausole e principi generali «hanno un tratto comune, cioè di lasciare all'interprete il compito di procedere alla loro concretizzazione, con il pericolo, da un lato, di convertire il nostro ordinamento – che è un ordinamento scritto – in un ordinamento di equità e, dall'altro, di consentire arbitrii nell'opera di concretizzazione, non agevolmente controllabili»¹⁰².

Sicché, nonostante nell'ambito del diritto tributario sia stata introdotta una clausola generale antiabuso, i termini del problema sembrano rimanere i medesimi.

Secondo alcuni autori rimarrebbe alla giurisprudenza il compito di creare regole e criteri applicativi in tutte le ipotesi di comportamenti abusivi in quanto sia le clausole

⁹⁹ Si v., per tutti, LUZZATI C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990: 299 e ss.; PINO G., *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, op. cit., al quale si rinvia anche per ampi riferimenti bibliografici. Si v. altresì FABIANI E., *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Utet, Torino, 2003: 17, nonché *Id.*, *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2004: 581 e ss.

¹⁰⁰ Sul tema della vaghezza delle clausole generali si v. *retro*, par. 1 della presente sez.

¹⁰¹ Sul punto si v. VELLUZZI V., *Osservatorio sulla semantica delle clausole generali*, in *Etica e politica*, 1/2006: 12 e ss., nonché, *Id.*, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010; RESCIGNO P., *Una nuova stagione delle clausole generali*, in *Giur. it.*, 2011: 7 e ss. Per un'approfondita ricostruzione del dibattito attuale si rimanda a FORCELLINI F., GIULIANI A., *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *Europa dir. priv.*, 2/2013: 395 e ss.

¹⁰² BENATTI F., *Norme aperte e limiti ai poteri del giudice*, in *Europa e dir. priv.*, 1/2013: 19 e ss. Lo stesso A. parla espressamente di “procedimento di concretizzazione” in *La clausola generale di buona fede*, in *Banca, Borsa e tit. di cr.*, 1/2009: 241 e ss.; ANGELETTI A., *L'eccesso di potere e la violazione di clausole generali*, in *Giur. it.*, 5/2012: 1225.

generali che i principi hanno la seguente funzione: dare prevalenza alla consuetudine giuridiale o sociale sulla legge scritta¹⁰³.

Osserva, infatti, autorevole dottrina, che le clausole generali implicano un'interpretazione per valori¹⁰⁴.

L'indeterminatezza della clausola antiabuso introdotta all'art. 10 *bis*¹⁰⁵ dello Statuto del Contribuente, all'interno del quale le operazioni rilevanti in termini di abuso vengono identificate con quelle "prive di sostanza economica", giustificabili soltanto se mosse da "valide ragioni extra fiscali, non marginali" è lampante.

L'introduzione della clausola, se da un lato ha, certamente avuto il pregio di effettuare un tentativo nel definire "l'uso distorto di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio di imposta", dall'altro, ha lasciato aperta la possibilità di concludere "operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali". E, di nuovo, ci si trova di fronte ad una norma di estrema vaghezza, che lascia eccessivo spazio all'interprete.

Proprio in questo spazio sembrerebbe possibile argomentare secondo alcune categorie classiche del diritto civile. Riecheggiano, infatti, nelle decisioni della Corte di Cassazione, la frode alla legge, la simulazione, l'interposizione, la mancanza di causa concreta, la buona fede oggettiva.

Il legislatore tributario ha introdotto la clausola antiabuso utilizzando termini volutamente vaghi e generici, che implicano, di certo, un'integrazione valutativa da parte dei giudici. Basti pensare alla nozione di "valide ragioni economiche", ai comportamenti "non ragionevoli".

¹⁰³ Come osservato da ZACCARIA G., in *La storicità recuperata: l'insegnamento di Paolo Grossi*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2013: 171 e ss., la giurisprudenza, «legandosi indissolubilmente alla vita, configura un'impresa ben più ampia legata alla ragionevolezza pratica e volta ad amministrare l'uso del diritto nelle società pluralistiche del nostro tempo». Sul tema relativo al ruolo della giurisprudenza, a volte "eccessivo", si v. l'autorevole contributo di CASSESE S., *I Tribunali di Babele*, Donzelli, Roma, 2009.

¹⁰⁴ Si v. LIBERTINI M., *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato, Una proposta di distinzione*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, SACCHI (a cura di), Giuffrè, Milano, 2011: 116 e ss.

¹⁰⁵ Per ciò che riguarda la struttura della clausola si v. *infra*, cap. IV, sez. I, par. 1.

Questa tendenza si riscontra anche oltre il livello nazionale. Si pensi allo stesso concetto di “operazione artificiosa” coniato dalla Corte di Giustizia¹⁰⁶ o alla nozione di “forma giuridica appropriata” presente nell’ordinamento tedesco¹⁰⁷.

D’altro canto, anche le esperienze straniere insegnano che il punto centrale della problematica rimane il ‘come’ le Corti nazionali utilizzano le clausole antiabuso¹⁰⁸ e, in effetti, specialmente le clausole di recente introduzione sono state elaborate ed implementate proprio sulla base della casistica giurisprudenziale.

Non parrebbe del tutto conveniente sostenere che una clausola generale codificata sia più certa rispetto ad un principio immesso nel sistema dalla giurisprudenza.

D’altra parte, come è stato osservato «una sentenza errata e perfino arbitraria può basarsi su una norma specifica per il fatto che quest’ultima non è in grado di tenere conto di tutte le circostanze della fattispecie concreta: sotto tale profilo, la clausola generale serve ad impedire il risultato ingiusto che, in alcuni casi, potrebbe derivare dall’applicazione, sia pure rigorosa, di una norma non elastica»¹⁰⁹.

La vera incertezza sembra crearsi nel momento in cui venga a mancare un corretto bilanciamento in termini di coerenza, ragionevolezza¹¹⁰, proporzionalità tra diversi valori

¹⁰⁶ Il riferimento è alle sentenze: 16 luglio 1998, causa C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc vrs Kenneth Hall Colmer*, punto 28; 6 giugno 2000, causa C-35/98, *Verkooijen*, punto 59; 12 dicembre 2002, causa C-324/00, *Lankhorst-Honorst GmbH*, punto 36.

¹⁰⁷ Il riferimento è al §42 dell’ABGABENORDUNG (AO), ovvero il codice tributario tedesco. Sull’ordinamento tedesco si v. PISTONE P., *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Cedam, Padova, 1995; CRAZZOLARA A., *Abuso del diritto ed elusione fiscale: la clausola generale antiabuso nel diritto tributario tedesco*, in *Dir. prat. trib. int.*, 1/2010: 22 e ss. Inoltre, per una breve panoramica dei principali paesi europei si v. anche GIRELLI G., *Abuso del diritto e imposta di registro*, Giappichelli, Torino, 2012: 3 e ss.

¹⁰⁸ Si prenda, ad esempio l’ordinamento inglese, il quale ha recentemente (nel 2013) codificato una clausola generale antiabuso. Sul tema si v. l’approfondito contributo di J. FREEDMAN, *Lord Hoffmann, Tax Law and Principles* - Oxford Legal Studies Research Paper n. 14/2015, in AA.VV., *The Jurisprudence of Lord Hoffmann*, DAVIES, PILA (a cura di), Oxford, 2015.

¹⁰⁹ PATTI S., *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in *Riv. not.*, 4/2010: 303 e ss. Sul tema specifico della certezza e incertezza delle clausole generali si v. DI MARZIO F., *Teoria dell’abuso e contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2007: 681.

¹¹⁰ Sui rapporti tra clausole generali e ragionevolezza nella loro applicazione si v. RICCI A., *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Cedam, Padova, 2007; PATTI S., *La ragionevolezza nel diritto civile*, Esi, Napoli, 2012; TROIANO S., *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Cedam, Padova, 2005; ROLLI R., *Causa in astratto e causa in concreto, op. cit.*, nello specifico: 203 e ss. Certamente, anche molti studiosi del diritto costituzionale si sono occupati del tema. Sui diversi significati del principio della ragionevolezza, anche in contrapposizione tra loro, si v., per tutti, MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001; ZAGREBELSKY G., *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012. Per una prospettiva europea, si v., per tutti, NAVARRETTA E., *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Europa e diritto privato*, 3/2012: 953 e ss. Il tema della ragionevolezza è stato ampiamente trattato anche dalla dottrina penalistica, si v., per tutti, INSOLERA G., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Giappichelli, Torino, 1997: 264 e ss.

e principi e, dunque, quando si passa dall'interpretazione al mero arbitrio e alla mancanza di argomentazione per principi. Ciò crea una sorta di imprevedibilità dell'assetto finale della decisione del giudice, l'imprevedibilità dei possibili effetti. Sul tema e sull'importanza della prevedibilità della decisione è opportuno soffermarsi sull'autorevole pensiero di Irti, che ritiene "il venir meno della calcolabilità del diritto" uno dei fattori costitutivi della crisi profonda del funzionamento del diritto¹¹¹.

Autorevole dottrina afferma che se si chiedesse al giudice di esplicitare il ragionamento giuridico attraverso il quale si forma il suo convincimento e di indicare il metro di valutazione cui ha fatto ricorso, evitando il ricorso a formule di maniera o di stile oppure a luoghi comuni privi di valenza argomentativa, si ridurrebbe certamente la possibilità di arbitrio, di uso discrezionale non controllato e di creazione di una regola non fondata oppure legata ad una determinata ideologia¹¹².

La questione appare, quindi, quella del corretto equilibrio tra parametri di giudizio e valori tra loro potenzialmente concorrenti, ovvero quella della discrezionalità giudiziale, di un potere insindacabile del giudice¹¹³, piuttosto che di una positivizzazione dell'istituto. E parrebbe condivisa in dottrina l'idea che le clausole generali abbiano proprio la funzione di bilanciare beni e interessi tra loro potenzialmente contrapposti, al fine di sopperire "alla rigidità del formalismo" per il tramite delle applicazioni giurisprudenziali¹¹⁴.

Il problema sembra allora riguardare l'interpretazione giudiziale¹¹⁵. Risulterebbe opportuno comprendere cosa accade quando il ragionamento del giudice supera i confini

¹¹¹ IRTI N., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 1/2014: 36 e ss. L'A. attribuisce la mancanza di certezza alla crisi della fattispecie, da sempre uno dei fondamenti essenziali della tradizione civilistica. Per l'A. la crisi della fattispecie è dovuta al ricorso alle norme costituzionali. Si segnala che di diverso avviso è gli altrettanto autorevoli contributi di CATAUDELLA A., *Nota breve sulla fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2015: 245 e ss; LIPARI N., *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2/2015: 1115 e ss. L'A. afferma che certamente le norme costituzionali determinano uno spostamento del criterio di valutazione della prescrivibilità legale al valore degli interessi» cui è necessario conseguire una centralità del «principio di ragionevolezza come criterio principe nello strumentario del giurista.

¹¹² Così BENATTI F., *La clausola generale di buona fede*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1/2009: 241 e ss.

¹¹³ Questo profilo viene analizzato in maniera specifica da LIBERTINI M., *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, *op.cit.*: 123 e ss.

¹¹⁴ CAPRARA A., *La giurisprudenza e le fonti del diritto commerciale: l'approccio sostanziale alla teoria delle fonti*, in AA.VV., *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia, Le clausole generali nel diritto societario*, TANTINI, MERUZZI (a cura di), Cedam, Padova, 2011: 71-72. Sullo specifico profilo del bilanciamento di interessi si v. RADOCCIA I., *Abuso del diritto come bilanciamento degli interessi*, in *Giur. mer.*, 4/2013: 742 e ss.

¹¹⁵ Sul punto si v. il contributo di COMANDUCCI P., *Abuso del diritto e interpretazione giuridica*, in *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, *op. cit.*:19 e ss. L'A. pone l'accento proprio sul rapporto tra

di ciò che convenzionalmente si intende come “diritto”, e allo stesso tempo di individuare quali siano le garanzie di razionalità e di ragionevolezza, di “controllabilità di quei numerosi aspetti della decisione giudiziaria che non sono, né direttamente, né indirettamente controllati o determinati dal diritto”¹¹⁶.

Stando a quanto appena detto, autorevole dottrina afferma che «la vera esigenza è che gli ampi poteri creativi attribuiti al giudice siano esercitati secondo criteri razionali e controllabili ed il requisito della razionalità porta l’attenzione sul procedimento decisorio e sulle modalità del suo svolgimento in modo corretto. La controllabilità richiede che il giudice utilizzi procedure argomentative controllate sul piano linguistico, logico e metodologico, si avvalga, cioè di strumenti discorsivi razionali idonei a legittimare il suo operato proprio in quanto razionali e, quindi, contestabili e capaci di scongiurare il pericolo di decisioni arbitrarie»¹¹⁷.

Pertanto, il “nocciolo della questione” è che, spesso, nelle applicazioni giurisprudenziali in tema di abuso del diritto, emerge dell’arbitrarietà che, nel caso del diritto tributario, attribuisce quasi un potere di fatto all’Amministrazione finanziaria¹¹⁸.

In tempi ormai lontani un maestro affermava: «Caratteri che contraddistinguono l’interpretazione anche in funzione integrativa e ne fanno risaltare l’antitesi con la discrezionalità sono: l’univocità, che conduce a riconoscere esatta, almeno teoricamente, una sola soluzione (in quel dato momento storico e in quella data situazione di fatto); quindi la prevedibilità e la rigorosa controllabilità del risultato, assicurate, almeno in teoria, dal fatto che in essa sono escluse valutazioni di mera opportunità con la possibilità di usare due pesi e due misure»¹¹⁹.

Di certo non è possibile applicare un *case to case approach*, che fa parte degli ordinamenti di *common law*, al contrario, risulterebbe opportuno trarre dalla prassi argomentazioni, criteri applicativi e valori di portata generale da poter applicare ai casi concreti.

interpretazione giuridica e abuso del diritto e afferma «tutta l’attività interpretativa (in senso ampio) realizzata dal giudice – o dalla dogmatica – per determinare se un’azione sia stata o non un esercizio abusivo di un diritto è segnata da una molteplicità di decisioni discrezionali» (27).

¹¹⁶ TARUFFO M., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 2002: 122-123; Id., *Considerazioni sulle massime d’esperienza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2/2009: 551 e ss.

¹¹⁷ GAMBA C., *Diritto societario e ruolo del giudice*, Cedam, Padova, 2008: 146.

¹¹⁸ Sul tema si v., LA ROSA S., *L’accertamento tributario antianti: profili procedimenti e processuali*, in *Riv. dir. trib.*, 1/2014: 226 e ss.

¹¹⁹ BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1971: 161.

Come osservato da attenta dottrina, «la certezza del diritto deve oggi apprezzarsi non tanto e non semplicemente nell'orizzonte di attesa del risultato della decisione giudiziale quanto, più intensamente, nel rispetto delle procedure interpretative legalmente imposte per attingere al risultato nonché nel rispetto delle procedure anche non legalmente imposte ma comunque richieste per la piena legittimazione dell'operato dell'interprete in generale e soprattutto del giudice»¹²⁰.

Diritto giurisprudenziale, allora, significa diritto che nasce dalla considerazione dei casi concreti; il che non equivale, appunto, a una giustizia “caso per caso”¹²¹.

Ancora, autorevole dottrina afferma che «il destino della sentenza è, al pari della legge, di distaccarsi dall'autore, di sciogliersi dalla determinatezza individuale, e di porsi come oggettiva parola del diritto»¹²².

Il problema non pare essere la mancanza di una disciplina positiva, quanto piuttosto la irragionevolezza nella applicazione delle norme, la mancanza di equilibrio nella risoluzione delle controversie da cui deriva la cosiddetta “inadeguatezza della decisione”¹²³, la quale dovrebbe basarsi sul bilanciamento dei valori.

D'altronde il corretto bilanciamento tra principi e interessi viene applicato ormai da tempo, sia nella giurisprudenza della Corte di Giustizia¹²⁴ che nella giurisprudenza costituzionale¹²⁵.

Generalmente si avverte una diffusa sfiducia nei confronti della capacità della normativa tributaria di garantire certezza: si è parlato di *panoplia* fiscale, di strategia della rincorsa e di *hyperlexis*. Allo scopo di integrare e completare la normativa, il legislatore deve intervenire senza interruzioni, attuando una vera e propria strategia della rincorsa, al fine di neutralizzare il contribuente che abbia trovato uno stratagemma per aggirarla¹²⁶.

¹²⁰ DI MARZIO F., *Teoria dell'abuso e contratti dei consumatori*, op. cit.: 691.

¹²¹ GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2009: 130-131.

¹²² IRTIN., *Per la magistratura ordinaria nella storia dell'Unità d'Italia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1/2013: 128 e ss. Si v., anche, TARUFFO M., *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1/2014: 35 e ss.

¹²³ Sul tema di v. GAMBA C., *Diritto societario e ruolo del giudice*, op. cit.: 147 e ss.

¹²⁴ Sul punto si v. MONDINI A., *Contributo allo studio del principio di proporzionalità nel sistema dell'Iva europea*, Pisa, 2012; DACIO ROLIM J., *Proportionality and fair taxation*, 2014. Sui rapporti tra certezza e diritto si v. anche TAVEIRA TORRES H., *The principle of legal Certainty of the Tax Constitutional System*, in *Dir. prat. trib. int.*, 1/2012: 513 e ss.

¹²⁵ Su tali profili si v., in particolare, MORRONE A., voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. II, Tomo VIII, Giuffrè, Milano, 2008: 185 e ss.

¹²⁶ Di cd. strategia della rincorsa parla CIPOLLINA S., *La legge civile e la legge fiscale*, Cedam, Padova, 1992, in particolare: 55 e ss. L'A. afferma che l'eshaustività della legislazione analitica riveste un carattere

Allora, risulterebbe illusorio il tentativo del legislatore tributario di cogliere tutta la complessità del reale, attraverso un'ipertrofica legislazione analitica e tassativa. D'altronde eludere come si evince dall'etimologia latina¹²⁷, vuol dire “prendersi gioco”, aggirare. E, purtroppo, un sistema frammentato come quello italiano fornisce molteplici occasioni per essere aggirato.

Questi termini stanno ad indicare una produzione legislativa sovrabbondante e la crescente complessità delle normative antielusive, le quali finiscono per accrescere anziché ridurre l'incertezza del sistema. In effetti, studi recenti hanno affermato che le norme antielusive costituiscono, per gli operatori del diritto, la principale causa di incertezza della normativa fiscale, anche per la discrezionalità che lasciano all'Amministrazione finanziaria.

Inoltre, anche una disposizione ben scritta non è detto sia fonte di chiarezza e garanzia di certezza. Infatti, molto dipende dall'atteggiamento che in concreto potranno in essere gli operatori giuridici.

La certezza, tanto desiderata dal legislatore, che avrebbe voluto perseguire attraverso l'introduzione della clausola generale prevista dall'art. 10 *bis* sembra rimanere una questione di equilibrio tra gli operatori economici. Il ruolo davvero decisivo sarà quello dei giudici e dell'Amministrazione finanziaria.

provvisorio, essendo passibile di negazione tutte le volte che si verifica un caso non previsto dalla legge stessa. D'altronde, se è vero che concretamente è possibile raggiungere, attraverso una pluralità di forme, uno stesso risultato, è altrettanto vero che la disciplina di un tributo non può prevederle tutte, in quanto concepire un tributo con maglie tanto fitte da acquisire al prelievo la totalità del suo presupposto teorico (reddito, patrimonio, consumo) «è un'utopia antieconomica». «Tornano, dunque, alla mente le disincantate riflessioni rousseauiane sulla “*folie de vouloir tout prévoir*” e le numerose opinioni con-generiche che si possono rintracciare spaziando dal diritto romano alle più recenti analisi dei giuristi di *common law*», (nello specifico si v.: 127). Come anche affermato da altri autori sul tema, il perpetuo divenire della realtà economica e sociale finisce inevitabilmente per sfuggire a una descrizione minuziosa delle condotte, che si basa eminentemente su una casistica dei fatti pregressi; sul tema si v. CONTRINO A., *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, il Mulino, Bologna, 1996: 12 e ss., nonché DE MITA E., *Diritto tributario e diritto civile: profili costituzionali*, in *Riv. dir. trib.*, 1/1995: 151 e ss. Sul tema della certezza del diritto in relazione al diritto tributario si v. da ultimo CANÈ D., *Certezza del diritto e norme generali antielusive*, in AMATUCCI, CORDEIRO GUERRA (a cura di), *L'evasione e l'elusione fiscale in ambito nazionale e internazionale. Studi dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Tributario*, 2017, Aracne, Roma: 357 e ss.

¹²⁷ Elusione deriva dal latino *eludĕre*, ovvero “prendersi gioco di qualcuno”, evitare, sfuggire, con l'inganno o con l'astuzia o anche sottrarsi, con malizia o con astuzia, ad un dovere, ad un impegno.

In effetti, l'incertezza, ovvero l'imprevedibilità dell'assetto attraverso cui la decisione viene formulata, si determina, in particolare, nel momento in cui vengono fatti valere determinati valori e principi su altri senza che ne venga spiegata la ragione sul piano argomentativo, da cui anche la confusione sull'abuso del diritto.

In tal senso sembrerebbe opportuna, da parte della giurisprudenza, maggiore chiarezza nell'*iter* argomentativo.

3.2. Il profilo di maggiore "divaricazione" tra il civile e il tributario: quello rimediabile

Altro importante profilo sul quale soffermarsi è quello "rimediabile": l'art. 10 *bis* non fa derivare dall'abuso la nullità, né il risarcimento del danno, ma l'inefficacia. Su quest'ultimo punto risulta opportuno soffermarsi sui rimedi utilizzati, per contrastare i comportamenti abusivi, nel diritto civile, rimedi totalmente diversi da quelli previsti dall'ordinamento tributario.

Chiaro è che la non univocità della valutazione di un comportamento abusivo si riverbera sulla diversità degli strumenti di reazione allo stesso approntati dall'ordinamento. Secondo alcuni autori il rimedio specifico sarebbe quello dell'*exceptio doli generalis*¹²⁸. In questi casi l'ordinamento non va a sanzionare, ma a negare tutela ad un determinato comportamento. Dai contributi della dottrina e dalle applicazioni giurisprudenziali emerge la variabilità dei rimedi in relazione all'ambito in cui il divieto di abuso del diritto opera. Si va, infatti, dall'inopponibilità o inefficacia dell'atto abusivo, all'efficacia

¹²⁸ In tal senso si v. l'autorevole contributo di RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, op. cit.: 62, il quale riconosce che «i rimedi saranno diversi (e non sempre sufficienti a garantire gli interessi che si vogliono tutelare): a volte l'inopponibilità della situazione soggettiva nuova; altre volte la possibilità di portare alla luce "la realtà" dei rapporti contro e al di là della forma (che è il rimedio largamente usato nei casi di abuso della personalità giuridica); infine l'*exceptio doli generalis*, che per ampiezza ed elasticità di contenuto appare utilizzabile in molti casi di abuso»; si v., inoltre, l'importante contributo di BUSNELLI F.D., NAVARRETTA E., *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, III, FURGIUELE (a cura di), *L'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 1997: 185. Gli AA. pongono, qui, l'accento sul rimedio dell'*exceptio doli generalis* per contrastare l'abuso del diritto in ambito contrattuale.

della situazione soggettiva lesa, all'invalidità, alla risarcibilità del danno¹²⁹. Difatti, autorevole dottrina giunge addirittura a prospettare una strategia che abbracci quasi l'intero spettro dei rimedi¹³⁰.

Va sottolineato che l'opinione dottrinale prevalente¹³¹, avallata anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹³², ritiene che ci sia una distinzione tra regole di validità e regole di correttezza (comportamento): la violazione delle prime dà luogo alla nullità del contratto, la violazione delle seconde a responsabilità con obbligo di risarcimento del danno. Va considerato che il principio della buona fede è considerato il prototipo delle regole di comportamento e la sua violazione determina responsabilità (contrattuale o precontrattuale) ed eventuale risoluzione del contratto. Difatti, nella decisione delle Sezioni Unite, la buona fede risulta legata alle circostanze del caso concreto, pertanto non può costituire un requisito di validità, che andrebbe accertato in base a regole prestabilite. Se si assimilasse la buona fede oggettiva all'abuso del diritto, allora, anche la violazione del divieto di abuso del diritto non dovrebbe comportare la nullità.

Tuttavia si intende sostenere la tesi secondo cui applicando la teorica dell'abuso del diritto si effettua un controllo causale dell'atto con cui è esercitato il diritto. Il fine è quello di evitare che l'atto di esercizio possa essere compiuto al fine di conseguire uno

¹²⁹ Sul punto si v. MERUZZI G., *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Cedam, Padova, 2005, nello specifico: 368-369.

¹³⁰ In tal senso si è espresso SACCO R., *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. VII agg., Utet, Torino, 2012: 1 e ss.

¹³¹ Sulla distinzione tra regole di validità e di correttezza si v. l'autorevole contributo di NATOLI R., *I rimedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità)*, in PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Giappichelli, Torino, 2010: 303 e ss.; nonché il contributo di DI MAJO A., *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, *op. cit.*: 1486 e ss.

¹³² Il riferimento è a Cass. S.U. civ., n. 26724/2007, in *Corr. giur.* 10/2008: 223 e ss., in tema di violazione di obblighi di informazione dell'intermediario finanziario, in cui la Suprema Corte ha ritenuto che «la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazione avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c.». Alla luce di quanto statuito dalla Corte di Cassazione la violazione della buona fede non dà luogo alla nullità. Pertanto, si ritiene possibile fare un analogo discorso per l'abuso del diritto nell'ipotesi in cui lo stesso sia assimilabile alla buona fede oggettiva.

scopo diverso rispetto a quello previsto e tutelato dall'ordinamento. Al contrario, attraverso il principio di buona fede, viene realizzato un controllo di tipo modale, vengono censurate le modalità con cui il diritto è esercitato e che inducono a ritenere scorretta la condotta del contraente: è un sindacato di tipo procedurale, che prescinde dallo scopo per cui il diritto è esercitato. Pertanto, l'autonomia dell'abuso del diritto rispetto al principio di buona fede permetterebbe una diversità anche al livello rimediale¹³³.

Quanto appena detto pone in luce un profilo di netta divaricazione tra i rimedi utilizzati nel diritto tributario e nel diritto civile. Ci si chiede, a questo punto, se prevarrà quella giurisprudenza che utilizza i principi, le clausole e i divieti come espediente logico per superare leggi per far saltare leggi e contratti e fornire soluzioni meramente equitative o la giurisprudenza più prudente che, pur eliminando gli effetti inopponibili, giacché conseguenti ad un comportamento abusivo, giungerà ad una soluzione ancorata ai residui effetti legittimamente prodottisi.

¹³³ In tal senso si v. il contributo di D'AMICO G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, op. cit.: 19 e ss.

Sezione III

L'abuso del diritto, un diverso principio rispetto alla buona fede

SOMMARIO: Premessa introduttiva. 1. L'incertezza permane anche – e soprattutto – in ambito civilistico. 2. L'abuso del diritto e la buona fede. 3. L'abuso come dato caratterizzante l'esperienza giuridica odierna.

Premessa introduttiva

Se da un lato è vero che nel diritto tributario, come posto in luce nelle sezioni precedenti, regna ancora grande incertezza sull'istituto, dall'altro vi è stata quantomeno l'introduzione del 10 *bis*, mentre, nel diritto civile non solo vi è indeterminazione interpretativa ma, l'abuso del diritto rimane, altresì, di matrice pretoria, non essendo positivizzato esplicitamente in alcuna norma codicistica. Verrà rilevato come tra le questioni più dibattute intorno alla figura dell'abuso del diritto vi è quella di definire il rapporto tra abuso e buona fede oggettiva e si cercherà di prendere una posizione sul punto. Si abbraccerà la tesi che considera l'abuso e la buona fede come istituti distinti, secondo cui l'abuso rappresenta un criterio di confronto del singolo atto di esercizio del diritto con la corrispondente funzione per la quale il diritto è stato attribuito; il dovere di buona fede verte sui comportamenti e sulla condotta delle parti e postula un determinato modello di contraente dal quale vengono ricavate le condotte doverose per la soddisfazione del modello.

Nonostante i tentennamenti e le perduranti perplessità sull'istituto, emergerà un dato oggettivo: l'abuso del diritto è ormai insito nell'esperienza giuridica odierna.

1. L'incertezza permane anche – e soprattutto – in ambito civilistico

Una delle critiche principali mosse dalla dottrina civilistica all'istituto dell'abuso del diritto è che si tratti di uno strumento superfluo, sia per il giurista che per il giudice, riducendosi spesso ad essere «in qualche caso un rimedio logico inutile, negli altri casi

un doppione inutile» o una categoria che semplicemente si affianca a quella della buona fede che «non vale ad arricchire teoria e prassi, ma piuttosto le rende confuse»¹³⁴.

Come anticipato nel primo capitolo¹³⁵, secondo la dottrina e la giurisprudenza di gran lunga prevalenti, la disciplina codicistica delle obbligazioni e dei contratti contiene numerose norme che sono manifestazione del divieto di abuso del diritto o che comunque lo evocano.

Il più spesso delle volte il referente normativo dell'abuso del diritto è stato individuato nella clausola generale di buona fede e correttezza¹³⁶.

Un atto di esercizio di un potere è abusivo, in sostanza, quando risulta alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede.

L'abuso, quindi, consiste nella utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli previsti dalla legge. Si ha abuso del diritto quando la finalità perseguita non è quella consentita dall'ordinamento. La concezione dell'abuso del diritto accolta dalla Cassazione è, dunque, essenzialmente teleologica.

La Suprema Corte, ad oggi, rifiuta palesemente la concezione dell'abuso del diritto che necessariamente «postula il concorso di un elemento oggettivo, consistente nell'assenza di utilità per il titolare del diritto, e di un elemento soggettivo costituito dall'*animus nocendi*».

Gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto - ricostruiti attraverso l'apporto dottrinario e giurisprudenziale - sono i seguenti: 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto utilizzo di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attribuita

¹³⁴ Si v. SACCO R., *L'abuso del diritto*, in AA.VV., *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. dir. civ.*, Utet, Torino, 2001: 364 ss. (nello specifico si v.: 373); SACCO R., *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Diritto privato* 1997, *L'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 1998: 217 e ss. (nello specifico si v.: 218, 226 e 234).

¹³⁵ Si v. *retro*, *Introduzione*, par. 1.

¹³⁶ Il riferimento è, in particolare, agli articoli 1175 e 1375 c.c., cui vengono spesso aggiunti gli articoli 1337 e 1366 c.c. e gli articoli 1358 e 1359 c.c. Sullo specifico tema inerente l'accostamento della buona fede all'abuso del diritto la dottrina è sterminata. A titolo esemplificativo si v. BENATTI F., *La clausola generale di buona fede*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1/2009: 241 e ss. secondo cui dagli articoli 1175 e 1375 c.c. «traggono origine le regole che controllano il corretto esercizio dei diritti e dei poteri dei privati»; ASTONE F., *L'abuso del diritto in materia contrattuale. Limiti e controlli all'esercizio dell'attività contrattuale*, in *Giur. mer.*, 2/2007: 8 e ss.

di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico o extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte.

Il divieto di abuso del diritto viene concepito come «criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva».

Si tratta di due principi distinti, che «si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti, [...] e, prospettando l'abuso, la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti».

I principi espressi dalla Suprema Corte¹³⁷ hanno costituito un vero e proprio precedente per la giurisprudenza successiva, sia in relazione a fattispecie del tutto analoghe rispetto a quella del recesso *ad nutum*, sia in relazione a fattispecie contrattuali diverse, anche al fuori dall'ambito negoziale.

La Corte di Cassazione sembra approdare alla conclusione secondo cui il divieto di abuso del diritto deriva dalla clausola generale di buona fede e correttezza.

Ma, l'*iter* logico attraverso il quale la Suprema Corte giunge a tale affermazione appare, a prima vista, contraddittorio e confusionario. Si parla di derivazione diretta dalla Costituzione, dal precetto di buona fede e dal principio di solidarietà, di bilanciamento di interessi, di giustizia contrattuale, di controllo giudiziale sugli atti di autonomia privata.

La Corte afferma alcuni concetti fondamentali. Prima di tutto viene affermato che quelli secondo cui le parti di un rapporto contrattuale devono comportarsi secondo le regole della correttezza *ex art. 1175 c.c.* devono essere considerati principi generali delle obbligazioni e quindi, in tema di contratti il principio della buona fede oggettiva, ovvero della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione e, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase¹³⁸.

Ne consegue allora che la clausola generale di buona fede e correttezza è operante, tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo

¹³⁷ Si tratta del noto Caso *Renault*, analizzato nel precedente capitolo.

¹³⁸ In tal senso si v.: Cass., sez. civ., n. 5348/2009, reperibile in *Giur. It.*, 3/2010: 581; Cass., sez. civ., n. 15476/2008, *cit.*

rapporto obbligatorio, quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto.

La Corte afferma, altresì, che, ad oggi, i principi di buona fede e correttezza sono entrati nel tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico e che l'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce, infatti, un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica. Difatti, una volta collocato nel quadro dei valori introdotto dalla Carta costituzionale, poi, il principio deve essere inteso come una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" imposti dall'art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o da quanto stabilito da singole norme di legge. Pertanto, la Corte è giunta ad affermare che il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi.

Nella decisione della Corte viene richiamata anche la Relazione ministeriale al codice civile, che sul punto, dichiarava: «il principio di correttezza e buona fede richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore, operando, quindi, come un criterio di reciprocità».

La Corte rileva che il "disporre" di un potere non è condizione sufficiente di un suo legittimo esercizio se, nella situazione data, la patologia del rapporto può essere superata facendo ricorso a rimedi che incidono sugli interessi contrapposti in modo più proporzionato. In quest'ottica, infatti, la clausola generale della buona fede *ex artt. 1175 e 1375 c.c.* è stata utilizzata, anche nell'ambito dei diritti di credito, per scongiurare, per es. gli abusi di posizione dominante.

La buona fede, allora, servirebbe a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione. Il criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede è proprio quello dell'abuso del diritto.

Inoltre, la Corte di Cassazione afferma che il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve accompagnare il contratto nel suo svolgimento, dalla formazione all'esecuzione e, essendo espressione del dovere di solidarietà

fondato sull'art. 2 Cost., impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire nell'ottica di un bilanciamento degli interessi vicendevoli, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di norme specifiche.

La sua violazione, pertanto, costituisce di per sé inadempimento e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato¹³⁹.

Il criterio della buona fede costituisce, quindi, uno strumento, per il giudice, finalizzato al controllo – anche in senso modificativo o integrativo – dello stato negoziale; e ciò quale garanzia di contemperamento degli opposti interessi. Il giudice, quindi, nell'interpretazione secondo buona fede del contratto, deve operare nell'ottica dell'equilibrio fra i detti interessi.

Tale atteggiamento giurisprudenziale non è affatto nuovo, come dimostrano le numerose pronunce richiamate. È chiaro che più le argomentazioni sono accolte più le motivazioni risultano condivisibili dalla giurisprudenza stessa: appare normale la propensione ad accogliere la continuità di un itinerario e non era di certo la prima volta che la Corte di Cassazione richiamava principi di rilievo costituzionale per argomentare le proprie decisioni¹⁴⁰.

2. *L'abuso del diritto e la buona fede*

Il rapporto tra l'abuso del diritto e la buona fede (oggettiva) ha da sempre costituito uno dei profili più dibattuti e, probabilmente, non ancora unanimemente risolto¹⁴¹.

¹³⁹ Sul punto su v.: S.U. civ., 15 novembre 2007 n. 23726 *cit.*; Cass., sez. civ., n. 1618/2009, in *Contratti*, 5/2009: 484; Cass., sez. civ., n. 21250/2008, in *Giur. Comm.*, 2/2010: 229 e ss; Cass., sez. civ., 23273/2006; Cass., sez. civ., n. 13345/2006, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass., sez. civ., n. 264/2006, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

¹⁴⁰ Cfr. Cass., S.U. civ., n. 23726/2007, *cit.*; Cass., S.U. civ., n. 18128/2005, *cit.*; Cass., sez. civ., n. 20106/2009, *cit.*

¹⁴¹ Sui rapporti tra buona fede e abuso del diritto si v. CRUCIANI L., *Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 3/2011: 473 e ss. L'A. ripercorre le teorie, le nozioni e la casistica dell'abuso del diritto nel contesto europeo e sottolinea che a suo parere sarebbero tre i concetti ancora poco chiari: abuso del diritto, buona fede e ragionevolezza.

Si può affermare che, specialmente in Europa, la tendenza è quella di far derivare l'abuso del diritto dalla buona fede in funzione valutativa¹⁴² e tale tendenza è stata recepita anche dalla dottrina italiana. È opportuno soffermarsi, seppur succintamente, su tale concetto.

L'iniziatore della teoria della funzione valutativa della buona fede è unanimemente considerato Ugo Natoli, il quale afferma «può tenersi fermo che le regole della correttezza e della buona fede *ex art.* 1175 e 1375 esplicano la loro rilevanza soltanto nella fase di attuazione del rapporto obbligatorio, influenzando sulle modalità concrete di essa e, più specificamente, imponendo al giudice di valutare il comportamento delle parti non soltanto sulla base del mero criterio formale offerto dalla *regula iuris* riferibile alla fattispecie, ma anche sotto l'angolo visuale della sua congruità rispetto a certe esigenze, che le circostanze del caso possono rilevare»¹⁴³. Inoltre, secondo l'Autore, «ciò stesso giustifica ulteriormente l'affermazione dell'impossibilità di una definizione precisa e aprioristica del contenuto normativo delle regole della correttezza e della buona fede»¹⁴⁴.

Nella valutazione di queste esigenze si ritiene che l'interprete debba essere guidato, *in primis*, dal dovere di solidarietà sociale *ex art.* 2 della Costituzione ma, più in generale dai principi che “guidano” l'ordinamento giuridico italiano in generale¹⁴⁵, in particolare rispettando quei principi che pongono l'attenzione al rispetto della persona umana, della sua sicurezza, della libertà e della dignità.

Come afferma Natoli, «il riferimento alle regole della correttezza e della buona fede negli artt. 1175 e 1375 c.c. vale, appunto, a tenere avvertito il giudice della necessità che, anche ai fini della valutazione della legittimità del comportamento delle parti nell'attuazione del rapporto obbligatorio [...] egli operi nel caso concreto l'indispensabile collegamento della disposizione particolare di legge con i fondamenti e le direttive etico-sociali di tutto l'ordinamento»¹⁴⁶.

La buona fede consisterebbe, in tal senso, in un metro oggettivo ed elastico di valutazione, che instaura un giudizio a posteriori, vale a dire di secondo grado.

¹⁴² Sul tema si v. WHITTAKER S., ZIMMERMANN R., *Good Faith in European Contract Law: surveying the legal landscape*, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000: 35.

¹⁴³ NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, tomo I, Giuffrè, Milano, 1974: 27.

¹⁴⁴ *Ivi*: 28.

¹⁴⁵ *Ivi*: 33-34.

¹⁴⁶ *Ivi*: 36.

Secondo parte della dottrina va condivisa certamente l'idea secondo cui la buona fede rappresenta un criterio elastico di valutazione a posteriori, preordinato a sottoporre a vaglio le modalità di esercizio dei diritti e di adempimento degli obblighi, così da impedire soluzioni formalistiche, destinate a chiarire la sostanza dei rapporti o a pregiudicare la libertà, la dignità e la centralità della persona¹⁴⁷.

Si tratta di una valutazione che deve necessariamente avere luogo dopo che sia stata effettuata quella *sub specie stricti iuris*, in cui viene accertata la corrispondenza, formale o la non conformità del comportamento posto in essere rispetto alla previsione di legge. In tal senso si tratterebbe di uno strumento preordinato ad assicurare il rispetto sostanziale dell'assetto di interessi consacrato nell'obbligazione e nel contratto e, allo stesso tempo, a conciliare interessi contrapposti tenendo specialmente conto delle circostanze del caso concreto, che potrebbero esigere una correzione delle soluzioni normative ispirate allo stretto diritto, ossia improntate ad una concezione formalistica del diritto¹⁴⁸.

Dai contributi sul tema emerge che, se da un lato i "fondatori" della teoria valutativa della buona fede affermano l'inutilità di 'concettualizzare' una dimensione sostanziale della buona fede, parallelamente la medesima scuola sviluppa una concezione del divieto di abuso del diritto che si avvale fortemente della buona fede, indicata come una delle "due gambe" su cui fondare la figura¹⁴⁹.

L'evoluzione subita dalla tesi della funzione valutativa vi ha innestato la figura del divieto dell'abuso del diritto, che ha assunto il ruolo di dispositivo tecnico al fine di formalizzare, per quanto possibile, il ragionamento giudiziale fondato sulla buona fede in funzione valutativa, con lo scopo di contenere la notevole dose di discrezionalità che inevitabilmente lo caratterizza e, soprattutto, di offrire uno strumento di controllo del giudizio di valore che ne scaturisce¹⁵⁰.

È opportuno chiarire tuttavia che la buona fede in funzione valutativa ha una portata più ampia rispetto all'abuso del diritto.

¹⁴⁷ In questo senso si veda il dettagliato e pregiato contributo di PIRAINO F., *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2015.

¹⁴⁸ NATOLI U., *op. cit.*: 39 e ss.

¹⁴⁹ NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, *op. cit.*: 28 e ss. Si v., inoltre, il contributo di BUSNELLI F.D., NAVARRETTA E., *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, vol. V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1998: 171 e ss. (in particolare: 177).

¹⁵⁰ PIRAINO F., *La buona fede in senso oggettivo*, *op. cit.*: 345.

Infatti quest'ultimo presuppone l'esercizio di un diritto soggettivo o di una qualsiasi altra situazione giuridica attiva, incluse le libertà, ma non è applicabile, perlomeno in senso proprio, quando è in questione il sindacato sulle modalità di adempimento di un obbligo o di una situazione giuridica passiva, rispetto ai quali pure si profila il rischio di condotte impronta a un rigido o pretestuoso formalismo invece che al rispetto della sostanza dell'assetto conferito agli interessi dal titolo.

Secondo Piraino¹⁵¹ il divieto di abuso del diritto non costituisce autonoma clausola generale. Per l'Autore la natura dell'abuso del diritto è quella di struttura dogmatica deputata a concretizzare la buona fede in funzione valutativa. Dunque, il divieto esprime una delle finalità della buona fede in senso oggettivo¹⁵².

La rappresentazione del divieto risulterebbe affidata all'idea dello sviamento dall'interesse¹⁵³ protetto realizzato dall'atto di esercizio che farebbe segnare il disallineamento della liceità dalla legittimità e imporrebbe, dunque, un intervento correttivo nella direzione del secondo corno della diade¹⁵⁴.

Inoltre va chiarita la ragione per cui si tende a inquadrare la funzione valutativa della buona fede in una struttura dogmatica, quale il divieto di abuso del diritto ossia il divieto di sviamento dall'interesse. La ragione consiste nel fornire all'interprete un criterio sufficientemente certo per concretizzare la clausola generale di buona fede, sollevandolo dall'onere costante della valutazione e della motivazione dettagliata della propria decisione fondata, nonché nel conferire ai fruitori della decisione di uno strumento di

¹⁵¹ Si v. PIRAINO F., *Il divieto di abuso del diritto*, op. cit.: 75 e ss.; dello stesso A., *La buona fede in senso oggettivo*, op. cit.: 343 e ss. (nello specifico: 421).

¹⁵² *Ivi*: 421.

¹⁵³ Secondo Piraino lo sviamento dall'interesse costituisce la sublimazione della funzione valutativa della buona fede, riconcettualizzata secondo lo schema del diritto soggettivo, ma al contempo consente il superamento dei confini di quest'ultima, candidandosi a criterio di emersione dell'abuso di applicazione generalizzata, caricandolo della valenza di principio. Ciò fornirebbe un criterio esaustivo e renderebbe superfluo il ricorso alla buona fede, il che equivarrebbe a dimenticare l'origine remota dello sviamento, rappresentata proprio dal precetto di buona fede, e soprattutto smarrire il significato più profondo di tale sviamento, che va individuato nell'inconcepibilità di un sindacato sulla strumentalità dell'atto di esercizio della situazione soggettiva che faccia a meno della valutazione delle modalità concrete di realizzazione di quest'ultimo. Un significato che il costante richiamo dell'origine dello sviamento dall'interesse come struttura dogmatica (che racchiude una delle linee funzionali della buona fede, ossia la funzione valutativa) consente di non perdere mai di vista.

¹⁵⁴ La tesi è stata altresì accolta da POLLICE P., *Appunti sulla parte generale del contratto*, Giappichelli, Torino, 2014: 208.

controllo della discrezionalità dell'interprete, favorendo la verifica intersoggettiva della decisione¹⁵⁵.

Una corrente di pensiero assegna alla buona fede la funzione di criterio di valutazione della condotta di attuazione del vincolo obbligatorio, di esecuzione del rapporto contrattuale e di esercizio delle proprie prerogative sulla base di una misura elastica e fortemente concreta che travalica il giudizio di liceità, ossia la mera corrispondenza dell'agire dei soggetti e delle parti alla lettera delle disposizioni normative applicabili o delle clausole contrattuali, vale a dire lo *strictum ius*¹⁵⁶.

La funzione valutativa è peraltro presentata come alternativa rispetto a quella integrativa, come la sola capace di incarnare l'intima essenza e il naturale funzionamento della clausola generale di buona fede¹⁵⁷.

La funzione integrativa al contrario appare svuotata di significato dalla disciplina, analitica, riservata dal codice civile agli obblighi accessori e strumentali, tanto nella parte generale quanto nella parte speciale. La sua funzione risulta quasi "appiattita".

Coloro che aderiscono alla teoria della buona fede in funzione valutativa, dunque, rimettono l'abuso del diritto ad una concretizzazione della buona fede in "tale declinazione", secondo cui «la ragione della regola fondata sul divieto di abuso del diritto non proviene [...] *ab externo*, non è ricavabile da un'altra disposizione né discende da un principio; ma va desunta nell'ambito della disposizione che conferisce la situazione giuridica grazie ad un ulteriore livello della valutazione restituito dalla buona fede in funzione valutativa»¹⁵⁸.

Dopo il caso *Renault* la contrapposizione nei confronti dei sostenitori del collegamento, a volte vera e propria equiparazione tra i due istituti, si è acuita ulteriormente.

¹⁵⁵ Il meccanismo è spiegato magistralmente da MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, op. cit., ora in *Scritti, I, Metodo e teoria giuridica*, CASTRONOVO, ALBNESE, NICOLUSSI (a cura di), Giuffrè, Milano, 2011: 165 e ss.

¹⁵⁶ BIGLIAZZI L., GERI, voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. II, Utet, Torino, 1988: 170 e ss.

¹⁵⁷ BIGLIAZZI L., GERI, *Buona fede nel diritto civile*, op. cit.: 171.

¹⁵⁸ PIRAINO F., *La buona fede in senso oggettivo*, Esi Napoli, 2015: 410.

Chi si è dimostrato a favore¹⁵⁹, chi contro la distinzione tra le due figure¹⁶⁰. Alcuni, addirittura, traggono un giudizio di superfluità dell'abuso del diritto, catalogandolo come vero e proprio doppione della buona fede¹⁶¹.

Secondo altri vi sarebbe una propensione a generalizzare il divieto di abuso del diritto e a comprenderlo nel dovere di buona fede oggettiva, nonché ad includere sia l'uno che l'altro nella figura dell'*exceptio doli generalis*.

Allora *exceptio doli*, buona fede e abuso del diritto sarebbero tra loro in un rapporto di *genus a species* e posti secondo una gerarchia decrescente.

Le tesi sul tema sono molteplici e spesso tra loro contrastanti.

È necessario altresì chiedersi se l'abuso abbia anche da solo una propria ragion d'essere oppure se necessiti della buona fede, se sia, quindi un'applicazione di quest'ultima o di altre categorie quali la ragionevolezza o l'eguaglianza.

È la violazione della buona fede ad atteggiarsi quale giustificazione della qualificazione di una condotta come abusiva o, viceversa la sussistenza di un abuso a legittimare l'affermazione che si è in presenza di una violazione delle regole di correttezza e di buona fede contrattuali^{162?}

La risposta non sembra essere univoca. Certo è che risulta opportuno procedere «per principi»¹⁶³.

È ormai assodato che per aversi abuso del diritto si esige non più che allo svantaggio o danno in capo a chi subisce l'abuso non corrisponda alcun beneficio in chi lo pone in essere, ma, al contrario, si esige che allo svantaggio subito corrisponda un vantaggio nettamente superiore per chi ha commesso l'abuso.

Nel definire i comportamenti configgenti con l'obbligo di buona fede si menziona l'abuso del diritto come un'ipotesi di violazione della normativa di correttezza, che si distingue dalle altre in quanto si manifesta come eccesso del diritto rispetto alla funzione

¹⁵⁹ Si v. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, op. cit.:18 e ss.; dello stesso A., *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *Contratti*, 7/2011: 653 e ss.

¹⁶⁰ GALGANO F., *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, op. cit.: 318 e ss.

¹⁶¹ SACCO R., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in ALPA, GRAZIADEI, GUARNIERI, MATTEI, MONATERI, SACCO (a cura di), *La parte generale del diritto. 2. Il diritto soggettivo*, Tratt. dir. civ., Utet, Torino, 2001: 279 e ss.

¹⁶² NIGRO C. A., *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione della nozione di buona fede)*, in *Giust. civ.*, 1/2010: 2549 e ss.

¹⁶³ LEVI A., *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti del diritto soggettivo*, Genova, 1912: 13 e ss. Assume analoghe posizioni SALERNO F., *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere «per principi»*, in *Giur. it.*, 4/2010: 809 e ss.

o al contenuto¹⁶⁴. In questo quadro, però, sembrerebbe piuttosto che sia il criterio di buona fede ad essere sotto ordinato all'abuso del diritto e non viceversa¹⁶⁵.

La dottrina sull'abuso del diritto costituirebbe uno strumento atto a governare gli interessi in conflitto tra le parti, ponendosi come condizione di buon funzionamento del mercato, grazie alla buona fede che servirebbe a discernere, di volta in volta, l'abuso della libertà contrattuale, dirimendo il conflitto tra contrapposte pretese astrattamente tutelabili¹⁶⁶.

Altri, pur partendo dalla convinzione che i principi di buona fede e di abuso del diritto esprimano concetti in larga misura sovrapponibili, «non potendosi certamente ritenere corretto il [contegno del] titolare [di un] diritto che lo eserciti per conseguire vantaggi diversi e sostanzialmente immeritevoli di tutela rispetto a quelli per i quali il diritto gli è stato attribuito dall'ordinamento», concepiscono le norme del codice civile relative alla buona fede intesa in senso oggettivo come alcune delle più significative espressioni del più generale principio del divieto di abuso del diritto, che servirebbe a sanzionare i comportamenti contrattuali scorretti che sfuggono a tali norme¹⁶⁷.

Altri ancora distinguono tra buona fede oggettiva e abuso del diritto sul presupposto che l'aspetto teleologico del diritto in concreto esercitato sarebbe estraneo alla prima, mentre costituirebbe un elemento essenziale nel secondo¹⁶⁸.

Ancora, di segno opposto è la tesi secondo cui per l'abuso del diritto sono essenziali i motivi soggettivi che sorreggono l'esercizio del diritto e l'intenzione del suo titolare di arrecare danno ad altri. Ma, sulla base di questa ricostruzione si circoscrive la figura al solo ambito extra-contrattuale escludendo ogni ruolo in materia contrattuale, dove opera invece la buona fede¹⁶⁹.

Secondo altri ancora, disquisire sul rapporto tra buona fede oggettiva e abuso del diritto in termini di continenza o inclusione, sul piano logico concettuale, non è proficuo

¹⁶⁴ In tal senso si v. MORELLI M.R., *In margine ad un'ipotesi di collegamento tra "buona fede oggettiva" e abuso del diritto*, in *Giust. civ.*, 1/1975: 1700 e ss.

¹⁶⁵ *Ivi*: 1705-1706.

¹⁶⁶ DI MARZIO F., *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, in *Riv. dir. comm.*, 10-12/2006: 789 e ss.

¹⁶⁷ PROSPERI F., *L'abuso del diritto nella fiscalità visto da un civilista*, in *Dir. prat. trib.*, 1/2012: 717 e ss. (nello specifico si v.: 750).

¹⁶⁸ NIGRO C.A., *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*, in *Giust. civ.*, 1/2010: 2558.

¹⁶⁹ DI CIOMMO F., *Recesso dal contratto di apertura del credito e abuso del diritto*, in *Contratti*, 12/2000: 1111 e ss.

in quanto non è possibile rintracciare criteri per stabilire quale dei due concetti sia il *genus* e quale per converso la *species*. In tal senso si opterebbe per una sostanziale intercambiabilità o equipollenza di buona fede, abuso del diritto, nonché *exceptio doli generalis*¹⁷⁰.

Come si è avuto modo di notare nel corso della trattazione anche i *leading case* sull'abuso del diritto hanno finito per mostrare difficoltà nel tracciare una distinzione netta rispetto alla buona fede.

La giurisprudenza sempre più spesso pone a fondamento del divieto di abuso la buona fede, ma ritiene comunque che sia superfluo, perlomeno per quanto concerne le ricadute operative, effettuare una differenziazione le due fattispecie¹⁷¹.

Con questa tesi non è d'accordo chi rimarca la portata pratica di una corretta ricostruzione del rapporto tra buona fede e abuso del diritto in materia contrattuale¹⁷².

Se c'è qualcosa di certo è che sia l'abuso del diritto che la buona fede costituiscono tecniche di controllo degli atti di autonomia privata, ma si tratterebbe di due tecniche di controllo diverse in quanto l'una potrebbe essere definita come una forma di controllo degli atti relativa alle loro modalità di compimento o esecuzione, mentre l'altro rappresenterebbe un controllo di tipo teleologico, consistente nell'accertamento della deviazione dell'esercizio del diritto rispetto allo scopo per il quale il diritto stesso è stato attribuito¹⁷³.

Altri hanno proposto una definizione secondo cui l'abuso del diritto sussisterebbe o quando un diritto viene esercitato in contrasto con la buona fede o quando viene esercitato al di là dello scopo per il quale quello stesso diritto è stato riconosciuto dall'ordinamento¹⁷⁴ e vi è chi, pur aderendo a tale proposta in linea teorica considera che l'utilizzo della dottrina sull'abuso del diritto debba essere finalizzato al controllo dello scopo in vista del quale sono esercitate le prerogative inerenti ai diritti soggettivi e preferisce non contaminare tale ambito con la buona fede¹⁷⁵.

¹⁷⁰ BARALDI M., *Il recesso ad nutum non è, dunque, recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto*, in *Contr. e impr.*, 1/2010: 60 e ss.

¹⁷¹ GALGANO F., *Qui suo iure abutitur nomine laedit*, *op. cit.*: 318-319.

¹⁷² D'AMICO G., *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, *op. cit.*: 653-655.

¹⁷³ D'AMICO G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, *op. cit.*: 17-19.

¹⁷⁴ NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, *op. cit.*: 18 e ss.

¹⁷⁵ NATOLI R., *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *Contratti*, 5/2010: 524, 529.

Tra le opinioni che contestano il collegamento tra buona fede e abuso del diritto questa rappresenta di certo quella più “a sé stante. Fonda la dissociazione sul presupposto, peraltro supportato da un’opinione assai autorevole, che il divieto di abuso del diritto debba trovare applicazione nel campo dei diritti potestativi, delle potestà e delle libertà piuttosto che sul terreno delle obbligazioni¹⁷⁶.

Ci si pone allora un quesito: con l’abuso viene individuato l’esercizio che devia l’interesse per cui il diritto è riconosciuto al titolare o l’esercizio “sproporzionato” rispetto ad una valutazione comparativa degli interessi delle parti?

È vero che solitamente entrambe le ipotesi vengono catalogate come abuso del diritto, tuttavia la seconda ipotesi troverebbe già compiuta forma giuridica nella regola della buona fede¹⁷⁷.

Qui infatti sussistono disposizioni espresse di per sé idonee a risolvere tipi di problemi per i quali, altrove, è necessario ricorrere alla teoria dell’abuso del diritto¹⁷⁸.

Secondo, ancora, un’ulteriore ricostruzione il divieto di abuso sarebbe una tecnica argomentativa per le clausole generali o per i principi, con la specificità di permettere di effettuare un controllo di ragionevolezza dell’esercizio delle situazioni giuridiche soggettive, restando affidata alla buona fede la verifica dei comportamenti delle parti nel rispetto della lealtà e della solidarietà¹⁷⁹.

È opportuno chiedersi non soltanto se l’abuso del diritto sia configurabile, ma se sia anche utile e «affinché sia utile non deve essere solo un altro *nomen* per vicende che già trovano una collocazione e un rimedio in altre regole»¹⁸⁰.

Sembra potersi affermare che sia la buona fede sia l’abuso siano principi più che regole in quanto la loro concreta applicazione si attua attraverso la determinazione di precetti specifici ed espressi in termini fattuali. Il dovere di buona fede verte sui comportamenti e sulla condotta delle parti e postula un determinato modello di contraente dal quale vengono ricavate le condotte doverose per la soddisfazione del modello.

¹⁷⁶ RESCIGNO P., *L’abuso del diritto*, op. cit.: 56 e ss. (nello specifico si v.: 96-97).

¹⁷⁷ RESTIVO C., *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2/2010: 345; dello stesso A., *Contributo a una teoria dell’abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007: 197-228.

¹⁷⁸ VISINTINI G., *Inadempimento e mora del debitore*, in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2006: 334.

¹⁷⁹ SCOGNAMIGLIO C., *L’abuso del diritto*, op. cit.: 14; dello stesso A., *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell’interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, vol. II, Utet, Torino, 2010: 145, nota 26.

¹⁸⁰ RESTIVO C., *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, op. cit.: 342.

Mentre, il divieto di abuso del diritto presuppone una visione teleologica dei diritti.

Quindi, se ciascun diritto è un mezzo o uno strumento orientato a un dato fine o funzione, risulta abusivo ogni esercizio di un diritto che esula dalla funzione per la quale quel diritto è stato in astratto riconosciuto dall'ordinamento a colui che lo esercita.

Questa ricostruzione permette di dare all'abuso uno spazio autonomo di operatività in quanto, in tal senso, l'abuso rappresenterebbe un criterio di confronto del singolo atto di esercizio del diritto con la corrispondente funzione per la quale il diritto è stato attribuito.

Se concepiti in tal modo dovere di buona fede e divieto di abuso sono principi diversi che operano su piani distinti.

Il primo presuppone un modello di correttezza di riferimento e delinea in astratto le regole di condotta doverose nel relativo contesto negoziale; mentre il secondo opera in concreto, secondo un criterio teologico e orientato agli interessi.

3. *L'abuso come dato caratterizzante l'esperienza giuridica odierna*

Il tema dell'abuso, nonostante il permanere di resistenze e perplessità, deve ormai ritenersi uno degli elementi caratterizzanti dell'esperienza giuridica odierna¹⁸¹.

La tendenza della giurisprudenza nello stabilire la fondatezza o l'infondatezza di una pretesa o la liceità di una condotta è ormai quella di riconoscere o disconoscere diritti e doveri riferendosi alla concretezza del rapporto, alla specificità delle circostanze, alla peculiarità del caso concreto e non più in base a modelli precostituiti di diritti soggettivi¹⁸².

Come afferma ad oggi autorevole dottrina, «nell'ottica dell'abuso si supera la forza privilegiata della teoria della validità e il diritto riscopre la sua ineludibile connessione ad un tessuto di premesse morali e di valori condivisi, senza del quale l'idea stessa di giuridicità sarebbe priva di senso»¹⁸³.

¹⁸¹ LIPARI N., *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. di dir. proc. civ.*, 2/2015: 1115 e ss.

¹⁸² In tal senso si v. BARCELLONA M., *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2014: 487 e ss. (nello specifico si v.: nota 56).

¹⁸³ LIPARI N., *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4/2016: 1 e ss.

«Nella difficile stagione di passaggio che stiamo attraversando il richiamo all'abuso del diritto diviene uno degli strumenti attraverso i quali l'interprete – e quindi in primo luogo il giudice –, che pur deve prendere le mosse da uno *jus positum*, si libera dalla pretesa secondo la quale egli sarebbe vincolato ad un senso definitivo dell'enunciato, per assegnare a questo significato desunto da indici diversi, ancorché non individuati a priori e ancorché non sempre omogenei [...] ferma la necessità per l'interprete di muoversi sempre all'interno di un sistema di diritto scritto»¹⁸⁴.

Chiaro è che alcuna interpretazione giurisprudenziale può essere compiuta senza l'utilizzo di un referente normativo, il giudice è, in ogni caso, tenuto a giustificare la decisione tenendo conto di questo presupposto.

Si aderisce a quanto sostenuto da Lipari, il quale ritiene del tutto improprio negare la radicata conclusione secondo cui ormai anche la giurisprudenza deve essere annoverata tra le fonti del diritto. Secondo l'Autore, infatti, il far parte di uno Stato di diritto che pone limiti a se stesso tramite la legge non implica che la legge debba essere intesa in modo prettamente oggettivo, sottraendola, così, alle variabili del procedimento interpretativo del giudice.

Per concludere con le parole di Lipari: «il diritto scopre che non è chiamato a porre valori, ma semmai ad aderire a valori esistenti; che la sua funzione non sta nell'imporre, ma nel riconoscere; che il pluralismo esige non l'omologazione nell'ottusità riduttiva di un precetto imposto, ma quella inevitabile diversità che nasce dalla specificità delle situazioni concrete, le quali assumono dunque, in un certo senso, valore normativo; che quindi va ripensato il concetto di legalità, facendola nascere dal basso di vicende giudizialmente giudizialmente riconosciute e socialmente condivise. Solo in tal modo il diritto riscopre la sua intrinseca moralità e contraddice il modello – ancora pietroso condiviso da molti politici – di essere semplice strumento del potere».

¹⁸⁴ LIPARI N., *Ancora sull'abuso del diritto*, op. cit.: 3.

CAPITOLO III

IL PANORAMA EUROPEO

Sezione I

Il divieto di abuso del diritto come fonte del diritto europeo

SOMMARIO: Premessa introduttiva. 1. L'abuso del diritto, argomento centrale del XIX colloquio del Consiglio europeo. 2. I principi generali dell'Unione europea. 3. Sulla terminologia della Corte di Giustizia: alcune critiche e riflessioni. 4. Le applicazioni dell'abuso del diritto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. 5. Il "test" sull'abuso del diritto. 6. Il divieto di abuso del diritto: principio generale dell'Unione europea.

Premessa introduttiva

Dopo aver analizzato l'istituto dell'abuso del diritto nel diritto interno, rispettivamente nel settore civile e nel settore tributario, il capitolo III è dedicato al "panorama europeo", in cui il fenomeno ha avuto grande sviluppo.

Nella sezione I verrà ripercorso l'*iter* che ha condotto all'elaborazione dell'istituto, tramite l'analisi di un rilevante documento che riporta i contributi di alcuni studiosi che si sono occupati del tema: si tratta degli atti del XIX Colloquio del Consiglio europeo.

Si cercherà di comprendere se, a livello comunitario, il divieto di abuso del diritto possa essere considerato come un vero e proprio principio. A tal fine si richiameranno anche alcuni concetti fondamentali inerenti i principi generali dell'ordinamento europeo. Si vedrà come, anche in ambito comunitario si assiste ad una forte confusione terminologica da parte della Corte di Giustizia, ciò, nonostante l'istituto sia codificato in diversi testi di diritto derivato. Elemento positivo, su cui ci si soffermerà, è che la Corte di Giustizia ha avuto il merito di elaborare un *test* per l'individuazione e l'applicazione del principio generale di divieto di abuso del diritto.

1. *L'abuso del diritto, argomento centrale del XIX colloquio del Consiglio europeo*

Prima di affrontare il discorso sulle diverse “positivizzazioni” dell’abuso del diritto è opportuno comprendere come il principio (perché questa è la tesi che qui si intende accogliere) dell’abuso del diritto è stato elaborato.

Ma, ancor prima, si tratta di capire se effettivamente esiste, nell’ordinamento europeo, un principio generale di divieto di abuso del diritto¹, ovvero in che modo l’istituto dell’abuso può essere “catalogato” nelle le fonti dell’Unione europea.

Punto di partenza in tal senso possono essere considerati gli atti del diciannovesimo colloquio sul diritto dell’Unione Europea², organizzato dal Consiglio d’Europa in collaborazione con il Ministero della Giustizia del Gran Ducato di Lussemburgo, tenutosi dal 6 al 9 novembre 1989.

Particolarmente eloquente il titolo del colloquio stesso: “Abuso del diritto e concetti equivalenti, il principio e la sua applicazione oggi”.

Si ricorda, come anche emerge dagli atti dell’incontro, che lo scopo principe del Consiglio d’Europa è quello di avvicinare il più possibile gli Stati membri dell’Unione in modo da salvaguardare e da incrementare i diritti umani e le libertà fondamentali e di promuovere, altresì, lo scambio di informazioni e di idee, il progresso economico e sociale tra gli Stati membri.

È basandosi su tali premesse che il Consiglio d’Europa ha organizzato ogni anno, dal 1969 fino ai primi anni Novanta, e in diverse città europee, i colloqui sul diritto comunitario. L’obiettivo dell’iniziativa è stato, altresì, quello di scambiare opinioni su un determinato tema, attuale e centrale, all’interno dell’ordinamento comunitario.

¹ Sul dibattito che riguarda la concezione dell’abuso del diritto nel diritto dell’Unione europea, si v. il contributo di ALPA G., in *Contratto e Impresa*, 2/2015: 254 e ss. L’A. fin da subito descrive l’utilizzo dell’istituto dell’abuso nell’ordinamento comunitario utilizzando la suggestiva figura del Giano bifronte: «Essendo calata questa problematica nell’ambito del diritto dell’Unione europea, cioè di un ordinamento composto da norme primarie [...] la figura dell’uso del diritto viene studiata in due versanti, e si presenta come un Giano bifronte: il ricorso al diritto dell’Unione per eludere l’applicazione di norme del diritto interno, o l’uso distorto di regole dell’Unione per ottenere vantaggi indebiti» (246).

² Lussemburgo, 6-9 novembre 1989, “*Abuse of rights and equivalent concepts: the principle and its present day application*”. Gli atti del colloquio contengono: gli interventi svolti durante la sessione, i *report*, le presentazioni scritte, il *general report* e la lista di tutti i partecipanti. *Proceedings Colloquy in European Law*, 14-20.1984-1990, Strasburgo.

Durante i tre giorni di lavoro sono stati discussi i seguenti argomenti: l'abuso dei diritti nel diritto comparato, condizioni inique nei contratti tipo, l'abuso dei diritti nei rapporti di lavoro, l'abuso del diritto relativamente al diritto di abitazione.

Certamente, non è questa la prima volta in cui viene data importanza, nel quadro europeo, al tema dell'abuso. Già in uno dei precedenti colloqui erano state presentate istanze in tal senso³. In particolare, era stato posto l'accento sulla necessità di dare una base normativa al concetto di abuso del diritto e l'argomento, inoltre, aveva interessato il Parlamento europeo tra il 1984 e il 1987.

In uno degli interventi svoltisi nell'ambito del XIX colloquio, l'abuso del diritto è stato definito "una tecnica legale". Si tratterebbe, in tal senso, di una tecnica utilizzata da alcuni Stati membri al fine di porre rimedio agli effetti dannosi che potrebbero derivare da un'applicazione "assoluta" dei diritti individuali. Quella dell'abuso, allora, costituirebbe una tecnica che riflette un'idea filosofica e politica, l'idea di giustizia, superiore alla lettera della norma in un senso strettamente formale, uno strumento con cui gli Stati membri possono avvicinare ulteriormente l'idea di diritto a quella di giustizia.

Anche in questa sede c'è chi ha puntualizzato sul fatto che, perlomeno a colpo d'occhio, l'argomento dell'abuso del diritto sembrerebbe un qualcosa di paradossale⁴. Non è forse una delle funzioni primarie della legge quella di assicurare che ogni individuo goda al livello massimo delle proprie libertà e dei propri diritti? I diritti non sono essi stessi per definizione "strumenti" per lo sviluppo della libertà individuale?

Se da un lato la risposta è certamente affermativa, risulta altresì opportuno considerare che, non di rado, l'esercizio di un diritto può causare un danno considerevole nei confronti di un altro soggetto. L'utilizzo di un diritto, se incontrollato, è in grado di costituire una minaccia alla giustizia che è, non bisogna dimenticarlo, l'obiettivo essenziale di ogni ordinamento.

L'accettazione di un controllo sull'esercizio di un potere attribuito ad un soggetto dall'ordinamento tramite lo strumento dell'abuso del diritto, quindi, rappresenterebbe di certo un modo per immettere valori positivi e meritevoli all'interno della società in cui

³ Il riferimento è nello specifico alla quindicesima conferenza dei ministri europei della giustizia che ha avuto luogo a Oslo dal 17 al 19 giugno 1985. Il tema è stato sollevato, in particolare, dall'allora Ministro della giustizia del Lussemburgo, Mr. Robert Krieps. È proprio a partire da tale occasione, in effetti, che si è pensato di dedicare un colloquio all'argomento dell'abuso del diritto.

⁴ Si tratta dell'intervento dell'Avv. Robert Bieber, svoltosi nell'ambito del XIX colloquio europeo in tema di abuso del diritto.

l'individuo e i suoi diritti si "sviluppano", intendendo in particolare, per valori, la ricerca di un corretto bilanciamento di interessi e di equilibrio tra le diverse situazioni soggettive.

Il contesto sociale in cui si opera non attribuisce soltanto diritti ad un individuo, ma implica, altresì, l'esistenza di limiti sul diritto stesso, limiti che devono essere rispettati dal titolare del diritto.

Basti pensare al diritto di proprietà. Già autorevole dottrina⁵, anni or sono, si era espressa sulla funzione sociale del diritto di proprietà, ponendo in evidenza che anch'esso, considerato il diritto assoluto per antonomasia, dovesse sottostare a limitazioni, interne ed esterne, tra le quali certamente spiccava il rispetto della "funzione sociale della proprietà". Pertanto, il diritto di proprietà non sarebbe da considerare "letteralmente" assoluto.

All'introduzione della nozione di funzione sociale nel nostro ordinamento, si era obiettato, al tempo dei lavori preparatori del terzo libro del codice civile del 1942, che essa avrebbe potuto costituire la fonte di arbitri dei giudici e dell'Amministrazione, mettendo così in pericolo la protezione accordata ai proprietari e la certezza stessa delle relazioni giuridiche. Come affermato da autorevole dottrina, «tale obiezione tecnica [...] viene evidentemente superata nel momento in cui la funzionalizzazione in senso sociale del diritto di proprietà è in concreto affidata al legislatore»⁶.

Questa visione comporta, immediatamente, una «variazione dell'intensità della tutela riconosciuta al proprietario, nel senso generale che questa viene depotenziata nei confronti della stessa disciplina vigente: per il solo fatto della innovazione di principio (introduzione del riferimento alla funzione sociale) si dilata il numero delle norme restrittive applicabili (in via analogica) alla situazione proprietaria. Valutando, poi, la rilevanza diretta al principio in questione, ci si avvede che esso interessa il fondamento dell'attribuzione dei poteri al proprietario, che da incondizionata diventa condizionata o nel senso

⁵ Il riferimento è a GALGANO F., RODOTÀ S., *Commentario della Costituzione, Rapporto economici*, tomo II, art. 41-44, Zanichelli, Bologna, 1982: 69 e ss. Si dovrebbe altresì prendere atto di quell'inevitabile «profondo mutamento del rapporto tra interesse pubblico e interesse privato», segnalato da Francesco Galgano in più di un'occasione (si v. GALGANO F., in *Trattato di diritto civile, op. cit.*: 448, per il quale «non può dirsi, che si diceva in passato, che il perseguimento dell'interesse pubblico [...] giustifica il sacrificio dei diritti privati; si deve affermare che l'interesse pubblico è perseguibile compatibilmente con il rispetto dei diritti del secondo, entro i limiti imposti dal loro rispetto».

⁶ *Ivi*: 105-106.

generale per cui essa è destinata a cedere ad interventi variamente conformativi del contenuto della proprietà in funzione dell'interesse sociale; o in quello, più specifico e discusso, per cui l'esercizio dei poteri proprietari non può comunque svolgersi in modo da contraddire il quadro funzionale all'interno del quale la specifica situazione proprietaria è inserita»⁷.

Tenendo conto di ciò, non è certo più possibile escludere forme di controllo sul concreto esercizio dei poteri proprietari con la semplice evocazione delle caratteristiche di una struttura proprietaria ricostruita prescindendo del tutto dal mutamento di regime introdotto proprio dalla Costituzione.

Pertanto la natura del diritto di proprietà risulta compromessa da forme di controllo incidenti sul libero esercizio dei poteri da parte dei proprietari. Rodotà, in un suo contributo sul tema, afferma: «Detto in breve e brutale sintesi ci si può legittimamente domandare se, per effetto dell'introduzione della funzione sociale nell'ordinamento legislativo, si possa ancora parlare della proprietà come di un diritto soggettivo; ma non si può escludere l'operatività della nozione di funzione sociale assumendo la pregressa natura giuridica di diritto soggettivo della proprietà»⁸.

Secondo l'Autore emerge, con nettezza sempre maggiore, il fatto che la proprietà si presenti come un centro di imputazione di interessi diversi, grazie al collegamento, costituzionalmente operato, tra interesse proprietario ed una serie aperta di obiettivi in cui, storicamente e attraverso la mediazione legislativa, si concreta l'utilità sociale.

Questo significa che i diritti non sono assoluti in senso letterale, ma relativi, e il loro esercizio non può certamente andare contro la società stessa che li riconosce.

Come specificato nell'ambito del XIX colloquio europeo, la questione dell'abuso del diritto risulta complessa poiché non si tratta meramente di un discorso di natura tecnica, bensì anche morale, filosofica e politica. L'obbiettivo generale sembrerebbe quello di trovare un corretto bilanciamento tra diversi diritti e situazioni di rilievo giuridico, come, ad esempio, tra il diritto del proprietario e i diritti di altri soggetti. E, se non è lo stesso legislatore a farlo, il compito è della giurisprudenza.

Chiaramente, si potrebbe dire seguendo la formula del giurista romano Celso, che definì la legge *ars equi et boni*, il ruolo del giudice è quello di interpretare e di applicare

⁷ *Ivi*: 42-43.

⁸ GALGANO F., RODOTÀ S., *Commentario della Costituzione, Rapporto economici, op. cit.*: 115.

la legge anche in base al caso concreto. Il problema è che spesso, come è stato anche posto in evidenza nel capitolo precedente, l'interpretazione del giudice può portare alla mancanza di certezza all'interno dell'ordinamento giuridico e a decisioni arbitrarie. D'altronde, in un paese democratico in cui le leggi sono create dal legislatore il concetto di abuso del diritto non può certo costituire un abuso in sé.

L'esistenza del principio del divieto di abuso del diritto con riguardo ai diritti individuali, peraltro, sta a ricordare che la legge non è semplicemente e puramente tecnica o strumento astratto. Difatti, si dovrebbe pensare, altresì, alle basi della teoria dell'abuso del diritto, poiché la legge, come anche il divieto di abuso del diritto, ha una funzione *in primis* sociale ed è, pertanto, certamente "abusivo" applicare un diritto (o una legge) in senso contrario alla sua funzione sociale.

Anche coloro che sono intervenuti nell'ambito del XIX colloquio europeo sostengono l'inesistenza dei diritti assoluti in senso stretto, ai quali non risulterebbe applicabile la dottrina dell'abuso del diritto. Nell'ambito di tale contesto e rispetto tema dell'interpretazione della legge è opportuno, altresì, considerare la figura del giurista, che non è un tecnico, ma, prima di tutto, una figura dotata di rilevanza sociale, che ha il compito di interpretare la norma giuridica, contestualizzandola alla realtà storica in cui vive⁹.

Il fatto che vi sono tante concezioni dell'abuso del diritto quanti sono gli Stati membri¹⁰ può rappresentare un problema in termini di certezza e di unitarietà del diritto e di interpretazione; tali diversità sono ulteriormente accentuate dalla giurisprudenza, che non di rado si mostra contraddittoria nel categorizzare e nell'utilizzare l'istituto. È anche per quest'ultima ragione che si tratta di un concetto dai contorni ancora "grigi" e "nebbiosi".

Come la maggior parte dei principi giuridici, anche quello dell'abuso è di risalente elaborazione. Seppur non è questa la sede per ripercorrere l'*iter* storico che ha caratterizzato il principio dell'abuso del diritto¹¹, si rammenta che l'espressione è comparsa per la

⁹ In tal senso e sull'importanza sociale della figura del giurista si v., in particolare, il contributo di BRECCIA U., *La bussola e il compasso del giurista navigante in mare aperto*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, 2008: 3 e ss.

¹⁰ Così è stato affermato da Joseph Voyame, Professore all'Università di Losanna, nell'ambito del IXX colloquio, nello specifico si v. p. 23 degli atti delle tre giornate.

¹¹ L'argomento è stato affrontato nel cap. I del presente lavoro.

prima volta, in epoca moderna, all'interno del codice prussiano del XVIII secolo¹². Più precisamente, come già illustrato¹³, il principio è di matrice romanistica.

Non è stato semplice sviluppare tale concetto, in quanto inizialmente i Romani consideravano il diritto di proprietà come un diritto assoluto in senso stretto, definendolo con il brocardo latino *jus utenti et abutendi*. In un secondo momento, però, gli stessi affermarono che chiunque eserciti il proprio diritto non può, mai, causare un danno ad altri, concetto espresso con il brocardo *non videtur vim facesse qui suo iure utitur*¹⁴.

Lo sviluppo del concetto di abuso del diritto in chiave moderna si è avuto invece in Francia, ma su questo punto non ci si soffermerà per varie ragioni. Sicuramente l'istituto ha avuto ruolo importante nel diritto moderno francese. Ma va ricordato che il divieto di abuso del diritto, ad oggi, non vede il suo maggiore sviluppo nell'ordinamento giuridico francese o in altri, bensì nella giurisprudenza comunitaria.

Risulta peculiare, tra le tante, l'esperienza della Repubblica federale tedesca, specialmente perché in ragione di alcuni equivoci si è in più occasioni ritenuto che nel *BGB* vi fosse stata una recente positivizzazione dell'abuso del diritto. Il riferimento sarebbe al § 226 del codice civile, noto con l'acronimo *BGB*¹⁵, che considera inammissibile l'esercizio di un diritto se può avere solo lo scopo di recare danno ad altri. È ciò che esattamente si avvicinerebbe all'art. 833 del codice civile italiano. Il dato comune e rilevante è che in entrambi i casi emerge l'*animus nocendi* come elemento essenziale. Infatti, l'intenzione di creare un danno a terzi deve essere la sola motivazione che spinge colui che esercita il diritto ad agire.

C'è, tuttavia, una differenza fondamentale tra il divieto di atti emulativi previsto all'art. 833 c.c. e il § 226 *BGB*. Il primo si trova all'interno del libro III - della proprietà - quindi, nelle disposizioni che in modo specifico si riferiscono ad essa; l'altro, invece, si trova nella parte generale¹⁶.

Il problema è che risulta molto difficile dare prova del fatto che quella di nuocere a terzi sia la sola motivazione per cui si agisce. Pertanto, non sorprende come il § 226 *BGB* sia caduto altresì in disuso.

¹² *Allgemeines Landrecht* di Prussia del 1794 (I, 8, 27 and 28). Sul punto si v. VISINTINI G., *L'abuso del diritto come illecito aquiliano*, in VISINTINI (a cura di), *L'abuso del diritto*, Esi, Napoli, 2016: 41 e ss.

¹³ Per approfondimenti sul punto si v. le specifiche riflessioni svolte *retro*, cap. I, sez. I, par. 1.

¹⁴ Digesto L, 17, de *regulis iuris*: 155.

¹⁵ *Bürgerliches Gesetzbuch*.

¹⁶ Quest'ultima, infatti, è composta dai §§ che vanno dall'1 al 240 e contiene disposizioni applicabili a tutte le fattispecie disciplinate nei quattro libri successivi, a meno che siano derogate da singole disposizioni.

Rifiutando di estendere il chiaro significato del disposto normativo, ma allo stesso tempo conscia del bisogno e dell'importanza di prevenire l'utilizzo eccessivo o distorto dei diritti, la giurisprudenza tedesca cercò i rimedi necessari in altre disposizioni del *BGB*.

In un primo momento si guardò al § 826 *BGB*, rubricato "danno doloso contrario al buon costume", che dispone: «Chi, in un modo contrario al buon costume arreca dolosamente danno ad un altro, è obbligato verso l'altro al risarcimento del danno».

La complicazione di questa possibile "soluzione" era rappresentata dalla difficoltà di definire con precisione il concetto di "atto contrario al buon costume". Anche questo esperimento, infatti, ebbe vita piuttosto breve.

Abbandonato il tentativo di ricondurre l'istituto dell'abuso del diritto al § 826 *BGB*, la giurisprudenza tedesca ha fatto ricorso al § 242, rubricato «prestazione secondo buona fede», previsione normativa sulla buona fede, la quale dispone: «Il debitore è obbligato ad eseguire la prestazione così come richiede la buona fede, tenuto conto degli usi del traffico giuridico».

Questo tentativo fu coronato da successo, tanto che l'abuso del diritto fu da subito considerato uno dei più importanti corollari – se non il "più" importante – del principio di buona fede.

Pertanto, risulta chiaro, anche alla luce dell'esperienza tedesca, che il diritto di proprietà, ormai da tempo, non è più il campo favorito dell'abuso del diritto. Se, infatti, si può affermare che originariamente solo l'utilizzo "eccessivo" del diritto di proprietà poteva essere sanzionato, ad oggi la maggioranza degli Stati membri non pone restrizioni a priori sulla possibilità di controllare l'esercizio dei diritti in generale.

Infatti, già dalla lettura degli atti del XIX Colloquio europeo sul tema che, come già anticipato, risale alla fine degli anni Ottanta, sembra emergere in maniera pacifica il riconoscimento di un principio generale all'interno dell'Unione europea di divieto di abuso del diritto.

2. I principi generali dell'Unione europea

Alla luce di quanto messo in evidenza nel paragrafo precedente, ci si chiede se anche ad oggi può essere affermata l'esistenza di un principio generale all'interno dell'Unione europea o se, al contrario, all'indomani dei dialoghi europei qualcosa appare cambiato.

Non ci si può esimere, prima di affrontare il discorso nello specifico, dal richiamare alcuni concetti fondamentali inerenti i principi generali dell'ordinamento europeo.

È a partire da alcuni noti casi degli anni Cinquanta¹⁷ che la Corte di Giustizia ha cominciato ad attribuire valore di fonte primaria ai principi generali del diritto dell'Unione europea.

La Corte ha affermato in più di un'occasione che, pur non essendo scritti, i principi generali godono di uno *status* costituzionale¹⁸ e non necessitano di essere implementati dal legislatore europeo per ottenere valore legale.

Al pari della legge primaria, devono essere tenuti in considerazione sia dagli Stati membri che dalle istituzioni europee nelle loro attività, legislative ed esecutive¹⁹.

Come suggerisce la terminologia, i principi si contraddistinguono per la "genericità" e proprio tale caratteristica permette loro di essere applicati in tutte le aree dell'Unione europea²⁰. Accogliendo la famosa distinzione effettuata da Dworkin tra regole e principi, i secondi sono da considerare "orientativi"²¹ e devono essere soppesati e applicati caso per caso.

La letteratura gli attribuisce essenzialmente tre funzioni²².

¹⁷ Il riferimento è al caso 8/55 *Fédération Charbonnière v High Authority* [1956] ECR 291. Sul punto si v. TRIDIMAS T., *The General Principles of EU law*, 2a ed., Oxford, 2006: 7.

¹⁸ Case C-101/08 *Audiolux v Group Bruxelles Lambert and Bertelsmann* [2009] ECR I-9823, par. 63, in cui si afferma: «Infatti, i principi generali del diritto comunitario rivestono rango costituzionale [...]». Sul tema, nello specifico, si v. LENAERTS A., *The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical position on Its Role in a Codified European Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 6/2010: 1121 e ss.

¹⁹ TRIDIMAS T., *The General Principles of EU law*, op. cit.: 36.

²⁰ VOGENAUER S., *The prohibition of abuse of law: An Emerging General Principle of EU Law*, in DE LA FERIA, VOGENAUER, *Prohibition of Abuse of Law*, Hart Publishing, Oxford, 2011: 521-564.

²¹ DWORKIN R., *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Massachusetts, 1977: 24 e ss.

²² TRIDIMAS T., *The General Principles of EU*, op. cit.: 6.

La prima è certamente quella di interpretare le norme esistenti all'interno dell'Unione e degli ordinamenti nazionali, sia con riferimento alla legge primaria che agli atti e alle fonti secondarie²³.

In secondo luogo, la loro funzione è quella di colmare le lacune. Infatti, nel momento in cui i Trattati non prevedono regole espresse e specifiche da applicare ad un determinato caso, la Corte può decidere su quella determinata questione in base a metodi interpretativi generalmente accettati, in particolare richiamando i principi generali dell'Unione europea e, dove necessario, anche quelli dei singoli Stati membri²⁴.

In ultimo, e questo essenzialmente è connesso al loro valore costituzionale, possono essere invocati come base per un controllo di costituzionalità, fungendo da parametro per la legalità degli atti dell'Unione europea, come anche per i provvedimenti nazionali. Se utilizzati come fonti del diritto, quindi, i principi generali possono essere invocati verticalmente dagli individui nei confronti dell'Unione o degli Stati membri.

La violazione di un principio può altresì portare all'annullamento di un provvedimento delegato nel procedimento ai sensi dell'articolo 263 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (da ora in poi indicato con l'acronimo TFUE). Si tratta del c.d. ricorso per annullamento. Tramite la procedura *ex art. 263 TFUE* viene effettuato un controllo di legittimità sugli atti dell'Unione europea. I legittimati ad agire sono suddivisi in: ricorrenti privilegiati²⁵, ricorrenti intermedi²⁶, ricorrenti non privilegiati²⁷. Tra i motivi di annullamento²⁸ rientrano certamente i casi di violazione dei principi generali tramite legge nazionale.

Vi è poi il sindacato di incompatibilità della legge nazionale che va contro i principi generali *ex art. 267 TFUE*²⁹. Si tratta del meccanismo di rinvio pregiudiziale. Tale è,

²³ CRAIG P., G. DE BÚRCA, *EU law*, Oxford University Press, Oxford, 2015: 111 e ss.; TRIDIMAS T., *The General Principles of law: Who needs them?*, in *Cahiers de droit Européen*, 1/2016: 417-428.

²⁴ Casi: C-46/93 e C-48/93 *Brasserie du pêcheur v. Federal Republic of Germany* [1996] ECR, I-1029, par. 27: the Court may «rule on such a question in accordance with generally accepted methods of interpretation, in particular by reference to the fundamental principles of the Community legal system and, where necessary, general principles common to the legal system of the Member States».

²⁵ Si tratta del Parlamento europeo, del Consiglio, della Commissione e degli Stati membri.

²⁶ Il riferimento è alla Banca centrale europea, alla Corte dei conti, al Comitato delle Regioni.

²⁷ I ricorrenti non privilegiati sono rappresentati dalle persone fisiche e giuridiche.

²⁸ Ci si riferisce, come si ricava dalla lettura dell'art. 263, comma 2, alle ipotesi di incompetenza (interna ed esterna), ai casi di violazione di requisiti procedurali essenziali, alle ipotesi di violazione del Trattato dell'Unione europea o di regole giuridiche legate alla sua applicazione (tra cui spiccano certamente anche i principi generali, i diritti fondamentali e gli accordi internazionali), inoltre ai casi di sviamento di potere.

²⁹ Sul tema si v. LENAERTS K., GUTIÉRREZ-FONS J., *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, in *Common Market Law Review*, 6/2010: 1629-1669.

certamente, tra tutti i rimedi giurisdizionali apprestati dall'ordinamento giuridico dell'Unione europea, quello di maggiore notorietà ed utilizzo³⁰, descritto come il più efficace e diffuso strumento di tutela dei diritti vantati dai singoli nei confronti sia delle istituzioni dell'Unione che degli Stati membri.

Si tratta di un procedimento di natura incidentale e non contenziosa attraverso cui il giudice nazionale può, o deve, sottoporre alla Corte un quesito circa l'interpretazione o la validità di una norma dell'UE, la cui soluzione sia determinante per decidere la controversia pendente dinanzi al giudice nazionale stesso. Data la peculiare importanza dell'istituto risulta opportuno, seppur brevemente, soffermarsi su alcuni suoi aspetti.

Difatti è soprattutto grazie ai rinvii pregiudiziali che la Corte ha avuto la possibilità di sviluppare alcuni dei principi fondamentali del diritto comunitario e di costruire quella che viene talvolta definita la "costituzione dell'Europa".

Tali pronunce hanno definito, ad esempio, il c.d. effetto indiretto della normativa europea, il dovere degli Stati membri di garantire un'efficacia di tutela adeguata dei diritti sanciti dal diritto comunitario e la responsabilità dello Stato in caso di una loro violazione. Anche le quattro libertà, la parità tra uomini e donne e la maggior parte dei principi generali, non a caso, sono stati sviluppati attraverso le pronunce pregiudiziali³¹.

Una delle sentenze più famose della Corte, che risulta opportuno citare, è *Van Gent an Loos*, pronunciata in via pregiudiziale. È in questo specifico caso che la Corte ha definito la (all'ora) Comunità europea come costituente «un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini. Pertanto, il diritto

³⁰ Come emerge dalle statistiche giudiziarie, (si rimanda al sito della Corte di Giustizia: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-03/cp160034it.pdf>), a titolo esemplificativo, nel 2015 sono state promosse in totale 713 cause, di cui 436 sono rappresentate da domande di pronuncia pregiudiziale. Traspare da dati recenti, emergenti dalle Relazioni annuali della Corte, che tra le cause promosse nel 2016, 470 riguardavano domande di pronuncia pregiudiziale e «ciò, certamente costituisce una cifra record nella storia della Corte e riflette nel contempo l'importanza del procedimento pregiudiziale nell'edificazione del diritto dell'Unione europea e la fiducia posta dai giudici nazionali in tale forma di cooperazione giurisdizionale ai fini dell'interpretazione e dell'applicazione uniformi di tale diritto» (la Relazione annuale è reperibile in: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-06/ra_2016_it_web.pdf).

³¹ Sull'importanza del rinvio pregiudiziale si v. i seguenti contributi: ANDERSON W.K., DEMETRIOU M., *References to the European Court*, London, 2002, nello specifico: 323 e ss.; si v. anche il contributo di MAYER F.C., in BROBERG M., FENGER N., *Preliminary references to the European Court of Justice*, 2010: 339 e ss.; PESCATORE P., DE WITTE B., MAYER F.C., in MADURO, AZOULAI (edited by), *The Past and The Feature of EU Law*, 2010: 1-25.

comunitario, indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi»³².

Secondo la Corte, quindi, dal testo, dallo spirito e dall'economia generale del Trattato si evinceva che esso poteva produrre effetti diretti e conferire ai singoli diritti che i giudici nazionali erano tenuti a tutelare³³. L'esatta natura dell'effetto diretto del diritto comunitario è stata per lungo tempo oggetto di dibattito.

Come ha sottolineato autorevole dottrina diversi anni fa, si tratterebbe “di una questione di giustizia”, ovvero, sarebbe opportuno comprendere se una disposizione debba essere presa in considerazione o meno dai giudici nazionali³⁴. Grazie all'effetto diretto, le giurisdizioni nazionali sono diventate “custodi” del diritto comunitario. Il sistema di rinvio pregiudiziale rappresenta uno strumento per aiutare le corti nazionali a svolgere il loro ruolo in modo soddisfacente. Inoltre, nella causa *Van Gend en Loos* la Corte ha considerato l'esistenza stessa dell'art. 267 TFUE (allora 234 TFUE) come un'indicazione dell'intenzione di produrre un effetto diretto. La Corte ha affermato che se l'intenzione dei membri fondatori non era quella di consentire ai singoli di invocare il Trattato dinanzi ai tribunali nazionali, l'art. 267 TFUE sarebbe stato privo di senso³⁵.

Dopo *Van Gend en Loos*, la Corte di Giustizia, nella causa *Costa v. Enel*, ha sviluppato il principio di supremazia³⁶, statuendo: che «il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità».

Si tratta di una conseguenza della sentenza sull'effetto diretto, poiché la questione della supremazia si pone solo quando non è necessaria una legislazione nazionale intermedia. Inoltre, se si ammette che le norme comunitarie sono efficaci nel conseguimento dei loro obiettivi, esse devono essere interpretate nel senso che hanno lo stesso significato in tutta la Comunità.

³² Case C-26/62 *NV Algemene Transport - en Expeditie Onederneming van Gend Loos v Netherlands Inland Revenue Administration der Belastingen*, [1963] ECR 1.

³³ *Ibidem*.

³⁴ PESCATORE P., *The Doctrine of 'Direct Effect': An Infant Disease of Community Law*, in *European Law Review*, 8/1983: 155 e ss.

³⁵ Si v. *Van Gend en Loos*. Analoga argomentazione è stata poi utilizzata per creare l'effetto diretto delle Direttive, si v. il caso C-41/74 *V Duyn v Home Office*, [1974] ECR, par. 12.

³⁶ La causa è pervenuta alla Corte di Giustizia come domanda di pronuncia pregiudiziale proposta da una Corte di Giustizia italiana di primo grado in merito ad una bolletta elettrica non pagata.

Le interpretazioni della Corte di Giustizia europea devono avere la precedenza sulle leggi nazionali.

L'interpretazione del rapporto tra il sistema del rinvio pregiudiziale e questi due principi costituzionali fondamentali consiste nel considerare che l'effetto diretto si basa sul legame tra la Corte di Giustizia e le giurisdizioni nazionali stabilito dall'art. 267 TFUE. Tra l'altro, il sistema del rinvio pregiudiziale non sarebbe stato utilizzato così tanto se il diritto comunitario non avesse efficacia diretta.

Se il diritto comunitario non godesse di una "supremazia", non sarebbe, infatti, in grado di essere uniforme. Pertanto, l'obiettivo dell'art. 267 TFUE di garantire l'uniformità dipende anche dalla supremazia, che di per sé dipende e deriva dall'effetto diretto. Le giustificazioni di entrambi questi principi fondamentali sono quindi vicine allo scopo dell'articolo 267 TFUE quale pronunciato dalla Corte e la reciproca dipendenza delle pronunce pregiudiziali e i due principi è piuttosto chiara.

Infine, vi è il ricorso per inadempimento (infrazione) *ex art. 258-259 TFUE*. Si tratta della violazione da parte di uno Stato membro di un obbligo giuridico fondamentale, che può anche derivare da un principio generale. In tale ultimo caso l'azione può essere intentata solo dalla Commissione (se si procede *ex art. 258 TFUE*) o da un altro Stato membro (se si agisce *ex art. 259 TFUE*); gli individui possono soltanto chiedere alla Commissione di agire.

3. Sulla terminologia della Corte di Giustizia: alcune critiche e riflessioni

La terminologia utilizzata dalla Corte di Giustizia si è spesso mostrata contraddittoria³⁷. La Corte ha non di rado parlato di "abuso"³⁸, di "abuso della legge"³⁹, di "abuso

³⁷ Si v. VOGENAUER S., *The Prohibition of Abuse of Law: An Emerging general Principle of EU Law*, *op. cit.*: 521 ss.

³⁸ Cases: C-423/15 *Kratzer v R + V Allgemeine Versicherung*, [2016] ECR par. 40; C-419/14 *WebMind-Licenses v Nemzeti Adó-és Vámhivatal Kiemelt Adó-és Vám Főigazgatóság*, [2015] ECR, par. 35.

³⁹ Case C-417/13 *ÖBB Personenverkehr AG v Starjacob*, [2015] ECR, par. 55.

dei diritti”⁴⁰, di “pratiche abusive”⁴¹, di “abuso di dipendenza”⁴², di “cattivo uso della legge”⁴³, di “frode”⁴⁴ o di “finalità fraudolenta”⁴⁵, di “accordi simulati”⁴⁶, di “fittizio”⁴⁷, di “elusione”⁴⁸, di “raggiro”⁴⁹. Questi termini sono stati utilizzati indifferentemente, in modo intercambiabile.

Certo è che la maggior parte della confusione terminologica deriva dalla natura multilingue dell’Unione europea e dal fatto che la Corte di Giustizia tragga ispirazione da diverse tradizioni giuridiche, da più ordinamenti, che utilizzano terminologie tra loro differenti, creando sfumature sul concetto di abuso.

Ad ogni modo, tale confusione è meno problematica di come appare⁵⁰. Che la Corte lo definisca “abuso della legge”, “abuso dei diritti”, “pratica abusiva”, “frode” o con l’utilizzo di altri termini, lo scopo è sempre il medesimo, ovvero quello di impedire a qualcuno di trarre un vantaggio da una norma tecnicamente applicabile per raggiungere uno scopo illegittimo che si nasconde dietro l’obiettivo reale e genuino della stessa.

Ciò presuppone che la persona sappia, o che avrebbe perlomeno dovuto sapere, che il suo obiettivo è diverso da quello per il quale la norma è stata creata.

Secondo alcuni autori⁵¹, quindi, i casi di abuso del diritto includono un giudizio negativo (morale) che va dal mero “abuso” alla più grave forma di frode o raggiri. Sembrano quindi esserci diverse gradazioni, se così può dirsi, dell’abuso, ma la “qualità” non muterebbe.

⁴⁰ Case C-607/13 *Ministero dell’Economia e delle Finanze v Cimmino*, [2015] ECR, par. 58.

⁴¹ Cases: C-423/15 *Kratzer v R + V Allgemeine Versicherung*, [2016] ECR, par. 38; C-131/14 *Cervati v Agenzia delle Dogane*, [2016] ECR, par. 32.

⁴² Cases: C-423/15 *Kratzer v R + V Allgemeine Versicherung*, [2016] ECR, par. 37; C-417/13 *ÖBB Personenverkehr AG v Starjacob*, [2015] ECR, par. 55.

⁴³ Case C-251/06 *ING. AUER v Finanzamt Freistadt Rohrbach Urfahr*, [2007] ECR I-9689, par. 43.

⁴⁴ Case C-16/05 *Tum and Dari v Secretary of State for the Home Department*, [2007] ECR I-07415, par. 64.

⁴⁵ Cases C-423/15 *Kratzer v R + V Allgemeine Versicherung*, [2016] ECR, par. 37; C-131/14 *Cervati v Agenzia delle Dogane*, [2016] ECR, par. 32; C-417/13 *ÖBB Personenverkehr AG v Starjacob*, [2015] ECR, par. 55.

⁴⁶ Case C-419/14 *WebMindLicenses v Nemzeti Adó-és Vámhivatal Kiemelt Adó-és Vám Főigazgatóság*, [2015] ECR, par. 35.

⁴⁷ Case C-456/04 *Agip Petroli v Capitaneria di porto di Siracusa*, [2005] ECR.

⁴⁸ Case C-419/14 *WebMindLicenses v Nemzeti Adó-és Vámhivatal Kiemelt Adó-és Vám Főigazgatóság*, [2015] ECR, par. 35.

⁴⁹ Cases C-58/13, C-59/13 *Torresi v Consiglio dell’ordine degli Avvocati di Macerata*, [2014] ECR, par. 43.

⁵⁰ Si v. VOGENAUER S., *The Prohibition of Abuse of Law: An Emerging general Principle of EU Law*, op. cit.: 521, 556.

⁵¹ Sul tema si v. POTACS M., LUBŐS T., *Abuse of law, Publication of the center for comparative law of the faculty of law*, Charles University, 2017.

4. Le applicazioni dell'abuso del diritto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

Nonostante sia codificato in diversi testi di diritto derivato⁵², il divieto di abuso del diritto rimane, anche in ambito comunitario, un istituto di origine pretoria, che affonda le sue radici nella giurisprudenza europea.

Secondo alcuni autori possono essere individuati tre gruppi di casi, inerenti la giurisprudenza della Corte, in cui viene utilizzato l'istituto del divieto di abuso del diritto⁵³.

Un gruppo importante concerne, certamente, i casi in cui la legge nazionale viene aggirata in modo improprio o fraudolento per ottenere dei vantaggi tramite l'utilizzo delle norme europee. Si tratta dei cosiddetti "casi di inversione a U".

Le ipotesi riguardano, ad esempio, la libertà di prestazione dei servizi⁵⁴, la libertà di stabilimento⁵⁵, la libera circolazione dei beni⁵⁶, o la libertà di movimento dei lavoratori⁵⁷. In queste situazioni gli Stati membri tentano di combattere il "distorto" utilizzo della legge, ed utilizzano l'abuso del diritto come un mezzo per giustificare le restrizioni a queste quattro libertà. Questo gruppo di casi concerne limitazioni alle garanzie del mercato interno nei quali dovrebbe essere applicata la norma generale secondo cui le eccezioni devono essere interpretate in senso stretto.

⁵² Tra i quali spicca la già citata sesta Direttiva 77/388/CE. Tra i tanti altri è opportuno richiamare: l'art. 35 della Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le Direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE, 93/96/CEE (GUCE L 58, p. 77); e l'art. 15, comma 1, lett. a) delle Direttive n. 2009/133 (GUCE L 310: 34 e ss.) relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, alle scissioni parziali, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società degli Stati membri diversi e al trasferimento della sede sociale di una società europea e di una società cooperativa europea tra Stati membri che ha sostituito l'art. 11 della Direttiva 75/34/CEE del Consiglio, del 23 luglio 1990, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle cessioni, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi (GUCE L 225: 1).

⁵³ Certamente, ci sono altre possibili classificazioni. Si v., diffusamente, TRIDIMAS T., *Abuse of Right in EU Law: Some Reflections with Particular Reference to Financial Law* (July 24, 2009), Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper no. 27/2009, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1438577>; VOGENAUER S., *The prohibition of abuse of law: An Emerging General Principle of EU Law*, in DE LA FERIA, VOGENAUER, *Prohibition of Abuse of Law*, op. cit. L'Autore distingue tra norme elusive e sfruttamento delle norme.

⁵⁴ Cases: C-33/74 *Van Binsbergen v Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, [1974] ECR 1299, par. 13; C-148/91 *Veronica Omroep Organisatie v Commissariaat voor de Media*, [1993] ECR I-487, par. 12.

⁵⁵ Causa penale contro Marc Gaston Bouchoucha. Case C-61/89 *Bouchoucha* [1990] ECR I-03551, par. 14.

⁵⁶ Case C-322/01 *Deutscher Apothekerverband v 0800 DocMorris NV*, [2003] ECR I-14887, par. 129.

⁵⁷ Case C-39/86 *Lair v Universität Hannover*, [1988] ECR 3161, par. 43.

In effetti, inizialmente, considerati gli obiettivi che le previsioni del mercato interno intendono raggiungere, la Corte chiarisce, nel noto caso *Centros*: «il fatto che un cittadino di uno Stato membro che desideri creare una società scelga di costituirlo nello Stato membro le cui norme di diritto societario gli sembrano meno severe e crei succursali in altri Stati membri non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento. Infatti, il diritto di costituire una società in conformità alla normativa di uno Stato membro e di cercare succursali in altri Stati membri è inerente all'esercizio, nell'ambito di un mercato unico, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato»⁵⁸.

Ci sono plurime decisioni, specialmente in ambito fiscale, che vanno nella stessa direzione, secondo cui non è considerato un abuso il fatto che si scelga un ordinamento con il regime tributario più conveniente⁵⁹. Come ha affermato la Corte di Giustizia «la scelta, da parte di un imprenditore, tra operazioni esenti ed operazioni soggette ad imposta può basarsi su un insieme di elementi, in particolare su considerazioni di natura fiscale attinenti al regime obiettivo dell'IVA. Quando un soggetto passivo ha la scelta tra due operazioni, la sesta Direttiva non impone di scegliere quella che implica un maggiore pagamento di IVA. Al contrario, il soggetto passivo ha il diritto di scegliere la forma di conduzione degli affari che gli permette di limitare la sua contribuzione fiscale»⁶⁰.

Se, da un lato, la Corte permette che gli Stati membri possano prevedere l'applicazione di misure volte a contenere l'elusione o l'evasione tributaria⁶¹, dall'altro chiarisce che «la protezione offerta dal diritto comunitario non riguarda quindi le situazioni in cui un soggetto giuridico, persona fisica o giuridica, intende avvalersi in modo abusivo o fraudolento delle norme comunitarie al solo fine di sottrarsi alla normativa di uno Stato membro»⁶².

⁵⁸ Case C-212/97 *Centros v Erhvervs - og Selskabsstyrelsen*, [1999] ECR I-1459, par. 27.

⁵⁹ Case C-103/09 *The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs v Weald Leasing*, [2010] I-135894.

⁶⁰ Case C-103/09 *The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs v Weald Leasing*, [2010] I-135894, par. 27.

⁶¹ Case C-182/08 *Glaxo Wellcome v Finanzamt München II*, [2009] ECR, par. 99, in cui la Corte afferma: «Per quanto riguarda l'obiettivo di impedire costruzioni di puro artificio, prive di effettività economica e realizzate al solo scopo di usufruire indebitamente di un beneficio fiscale, come ha rilevato anche l'avvocato generale al par. 174 delle sue conclusioni, occorre osservare che, per essere conforme al principio di proporzionalità, una misura preordinata ad un simile obiettivo dovrebbe consentire al giudice nazionale di procedere ad un esame caso per caso, prendendo in considerazione le peculiarità di ciascuna fattispecie, sulla base di elementi oggettivi, al fine di tener conto del comportamento abusivo o fraudolento dei soggetti interessati».

⁶² Case C-251/06 *ING. AUER v Finanzamt Freistadt Rohrbach Urfahr*, [2007] ECR I-9689, par. 42.

Una linea analoga è stata adottata dalla Corte di Giustizia anche nelle decisioni inerenti la libera circolazione dei lavoratori⁶³.

Il secondo gruppo di decisioni riguarda casi in cui, senza un aggiramento della normativa nazionale, gli individui cercano di trarre vantaggi dalle leggi primarie o secondarie dell'UE, contrariamente agli scopi che effettivamente tali disposizioni prevedono.

Alcuni famosi esempi riguardano la politica agricola comune, in cui la Corte ha statuito che «il fatto che determinate operazioni di importazione ed esportazione non siano effettuate nell'ambito di operazioni commerciali normali, ma soltanto per beneficiare illecitamente della concessione di importi compensativi monetari positivi, può ostare all'applicazione dei detti importi»⁶⁴.

Altre decisioni, ancora, riguardano il diritto societario, nel cui ambito la Corte di Giustizia ha affermato che una previsione della seconda direttiva⁶⁵ del diritto societario risulterebbe abusata «se [...] l'azionista, avvalendosi dell'art. 25, n. 1, della seconda direttiva, intentasse un'azione al fine di ottenere, a danno della società, vantaggi illeciti e palesemente estranei all'obiettivo di tale disposizione»⁶⁶.

Un terzo e ultimo gruppo di casi riguarda esattamente la situazione inversa rispetto a quella che si verifica nel primo gruppo. Gli individui, quindi, cercano di trarre beneficio dalla legge nazionale tramite l'applicazione della legge dell'Unione europea.

La maggior parte delle ipotesi rientranti in questo gruppo concernono la sicurezza sociale, la Direttiva relativa ai diritti dei cittadini⁶⁷ o il Regolamento relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale⁶⁸.

⁶³ Si v., ad es., Case C-109/01 *Secretary of State for the Home Department v Akrich*, [2003] ECR I-9607, par. 55 e ss., in cui la Corte afferma: «Occorre ricordare che i motivi che hanno potuto spingere un lavoratore di uno Stato membro a cercare un'occupazione in un altro Stato membro sono irrilevanti per quel che riguarda il diritto del lavoratore ad accedere e a soggiornare nel territorio di quest'ultimo Stato, sempre che l'interessato svolga o intenda svolgere un'attività reale ed effettiva».

⁶⁴ Case C-110/99 *Emsland-Stärke v Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, [2000] ECR I-11569, par. 51.

⁶⁵ Si tratta della Direttiva 2012/30/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, sul coordinamento delle garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società di cui all'articolo 54, par. 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi per quanto riguarda la costituzione della società per azioni, nonché la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale della stessa (rifusione) (seconda direttiva sul diritto societario).

⁶⁶ Case C-373/97 *Diamantis v Greek State and OAE*, [2000] ECR I-1705, par. 33.

⁶⁷ Direttiva 2004/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, OJ 2004 L 158/77.

⁶⁸ Reg. (EC) No. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, OJ 2004 L 166.

Ci sono, infine, molti casi in cui la Corte di Giustizia non utilizza nello specifico il termine ‘abuso’, tuttavia, come emerge dall’analisi delle pronunce, sembra applicare, seppur implicitamente, la dottrina dell’abuso del diritto. Si tratta di ipotesi di varia natura, spesso inerenti l’inattività economica dei cittadini di uno Stato membro in uno Stato membro ospitante, ciò che viene definito come “abuso di circolazione”⁶⁹.

Un altro esempio può essere trovato nella giurisprudenza che riguarda i casi di insolvenza. In queste ultime situazioni l’abuso del diritto è strettamente connesso con la competenza derivante dall’applicazione del Regolamento europeo relativo alle procedure di insolvenza⁷⁰, con il problema del *forum shopping* e con le ipotesi di concorrenza regolamentare.

Il Regolamento europeo sulle procedure di insolvenza subordina la competenza per la procedura principale al “centro degli interessi principali del debitore”⁷¹ e spesso tale ultimo concetto è stato “strumentalizzato” per ottenere vantaggi “indebiti”.

5. Il “test” sull’abuso del diritto

Tutti i gruppi di casi sopra elencati hanno un punto in comune: riguardano individui privati, o società, che mirano a rientrare nel campo di applicazione della legge dell’Unione europea per trarne indebitamente un beneficio.

I primi casi sono stati formulati nell’ambito del diritto agrario e della libera circolazione dei beni, campi che hanno fornito un interessante contesto per poter esaminare l’applicazione e lo sviluppo del principio del divieto di abuso del diritto. Fin dall’inizio degli anni Settanta, infatti, il principio cominciava a comparire proprio in questa branca del diritto, all’interno della quale la Corte ha risposto ai vari “inviti” sull’esigenza di formalizzare i criteri per l’individuazione e l’applicazione del principio generale di divieto di abuso del diritto.

⁶⁹ Si tratta, ad esempio, del caso *Brey* (Case C-140/12 *Pensionsversicherungsanstalt v Brey*, [2013] ECR), del caso *Dano* (Case C-333/13 *Dano v Jobcenter Leipzig*, [2014] ECR).

⁷⁰ Reg. (CE) No. 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza.

⁷¹ Tale concetto è stato definito dalla Corte nel caso *Eurofood*: Case C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd*, [2006] ECR I-3813, nello specifico, parr. 32-33.

A tal fine la Corte, in un noto caso del 2001, ha elaborato “il *test* sull’abuso del diritto”.

Si tratta del caso *Emsland-Stärke*⁷², in cui la Corte di Giustizia statuisce che «la constatazione che si tratta di una pratica abusiva richiede, da una parte, un insieme di circostanze oggettive dalle quali risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa comunitaria, l’obiettivo perseguito da detta normativa non è stato raggiunto. Essa richiede, d’altra parte, un elemento soggettivo che consiste nella volontà di ottenere un vantaggio derivante dalla normativa comunitaria mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento»⁷³.

Si osserva che il *test* sull’abuso del diritto elaborato dalla Corte di Giustizia risulta essere molto simile alla previsione, sul divieto di abuso del diritto, che si trova all’interno del Regolamento del Consiglio europeo relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità, il quale prevede che «gli atti per i quali si stabilisce che hanno per scopo il conseguimento di un vantaggio contrario agli obiettivi del diritto comunitario 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»⁷⁴.

A tale ultimo proposito si rilevi che la Commissione, nelle osservazioni scritte, aveva considerato l’art. 4 n. 3 del Regolamento 2988/95 «espressione di un principio generale del diritto già vigente nell’ordinamento giuridico comunitario»⁷⁵, tenendo conto peraltro della sussistenza di un tale principio nell’ordinamento giuridico della quasi totalità degli Stati membri, nonché la sua applicazione nella giurisprudenza costante della Corte⁷⁶.

⁷² Case C-110/99 *Emsland-Stärke v Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, [2000] ECR I-11569, par. 52 e ss.

⁷³ Si tratta, nello specifico, dei par. 52-53 della decisione in oggetto.

⁷⁴ Si tratta, nello specifico, dell’art. 4, par. 3 del Regolamento del Consiglio europeo (CE, Euratom) n. 2988/95, del 18 dicembre 1995, relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità (OJ 1995 L 312/1).

⁷⁵ Case C-110/99 *Emsland-Stärke v Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, [2000] ECR I-11569, par. 38.

⁷⁶ La Commissione cita le sentenze *Cremer*, *Töpfer*, *General Milk Products* e le conclusioni presentate dall’avvocato generale Tesauro nella causa *Patafitis e a.* Risulta opportuno notare che la Commissione richiama l’art. 4, par. 3, Reg. No. 2988/95, anche se non applicabile *ratione temporis* alla causa principale, perché considera la norma espressione di un “principio generale del diritto già vigente nell’ordinamento comunitario”.

Va altresì ricordato che l'Avvocato Generale Alber, riferendosi ad un "negozio simulato"⁷⁷, aveva già confermato l'esistenza di un principio generale che fa divieto di abusare dei propri diritti, comune agli Stati membri e già consacrato all'interno dell'Unione europea, nonostante la Corte non lo avesse ancora espressamente riconosciuti come principio generale del diritto comunitario. Si noti, per inciso, il linguaggio utilizzato dalla Corte di Giustizia nel caso in oggetto: sembra esserci confusione tra "abuso" e "operazione artificiosa", concetti, ad oggi, ben distinti. Infatti, come rilevato da parte della dottrina, il legislatore europeo ha introdotto, nella Direttiva del 2016⁷⁸, la nozione di "non genuinità" e non quella di "artificialità", proprio a sottolineare la differenza intercorrente tra operazioni prive di sostanza economica per il cui contrasto sono utilizzate le norme antiabuso e le costruzioni simulate che rientrerebbero nell'ambito dell'evasione.

Il caso *Emsland-Stärke* concerneva, nello specifico, la politica agricola comune. Ma il *test*, dal momento della sua creazione, è stato applicato in vari ambiti del diritto. In modo particolare è stato utilizzato per il settore dell'IVA⁷⁹, per casi inerenti la libertà di stabilimento⁸⁰, per la circolazione dei servizi⁸¹, per l'equo trattamento dei lavoratori⁸², per la libertà di movimento dei cittadini dell'Unione⁸³, per le ipotesi di permessi di soggiorno rilasciati a cittadini di paesi terzi⁸⁴, o per il diritto societario⁸⁵.

Certamente, spetta alla Corte di Giustizia fornire al Tribunale del rinvio i criteri guida interpretativi nell'applicazione del *test* sull'abuso. Infatti, la stessa ha statuito «la Corte, nel pronunciarsi su un rinvio pregiudiziale, può, ove necessario, fornire precisazioni che guidino il giudice nazionale nella sua interpretazione, spetta tuttavia a quest'ultimo verificare se sussistano, nella controversia di cui è investito, gli elementi costitutivi di una pratica abusiva. In tale contesto, la verifica della sussistenza di una pratica abusiva esige che il giudice del rinvio prenda in considerazione tutti i fatti e le circostanze del

⁷⁷Case C-110/99 *Emsland-Stärke v Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, [2000] ECR I-11569, conclusioni.

⁷⁸ Il riferimento è alla Direttiva 2016/1164/UE, su cui si v. *infra*, cap. IV, sez. I, par. 1.

⁷⁹ Cases C-255/02 *Halifax v Commissioners of Customs & Excise*, [2006] ECR I-01609, parr. 74 e ss.; Case C-419/14 *WebMindLicenses v Nemzeti Adó-és Vámhivatal Kiemelt Adó-és Vám Főigazgatóság*, [2015] ECR, par. 36.

⁸⁰ Cases C-58/13, C-59/13 *Torresi v Consiglio dell'ordine di Macerata*, [2014] ECR, parr. 44 e ss.

⁸¹ Case C-456/04 *Agip Petroli v Capitaneria di porto di Siracusa*, [2006] ECR I-3395, par. 23.

⁸² Cases C-423/15 *Kratzer v R + v Allgemeine Versicherung* [2016] ECR, parr. 38 e ss.; C-417/13 *ÖBB Personenverkehr AG v Starjakob*, [2015] ECR, par. 56.

⁸³ Case C-364/10 *Hungary v Slovak Republic*, [2012] ECR, par. 58.

⁸⁴ Case C-202/13 *McCharty v Secretary of State for the Home Department*, [2014] ECR, par. 54.

⁸⁵ Case C-373/97 *Diamantis v Greek State and OAE*, [2000] ECR I-1705.

caso di specie, incluse le operazioni commerciali precedenti e successive all'importazione di cui trattasi»⁸⁶. Al livello procedurale, l'onere della prova ricade su chiunque faccia valere l'abuso⁸⁷ e ciò richiede un esame caso per caso, basato su prove oggettive.

Come la Corte ha avuto modo di affermare «[...] i soggetti di diritto non possono avvalersi in modo fraudolento o abusivo delle norme del diritto dell'Unione e i giudici nazionali possono tener conto, caso per caso, basandosi su elementi obiettivi, del comportamento abusivo o fraudolento degli interessati per negare loro, eventualmente, la possibilità di fruire delle disposizioni di detto diritto. Tuttavia, nel valutare tale comportamento, i suddetti giudici devono tener presente le finalità perseguite dalle disposizioni del diritto dell'Unione di cui trattasi»⁸⁸.

Quindi, anche l'elemento soggettivo non è soggettivo in senso stretto, considerato che la prova deve essere valutata in base a criteri oggettivi.

La Corte ha statuito, in un caso del 2004 in tema di libertà di stabilimento e di libera circolazione di capitali, che «la circostanza che una società residente abbia ottenuto un prestito da una società non residente a condizioni diverse da quelle che sarebbero state applicate da tali società in un regime di piena concorrenza costituisce per lo Stato membro di residenza della società mutuataria un elemento oggettivo e verificabile da parte di terzi per stabilire se la transazione in questione rappresenti, in tutto o in parte, una costruzione di puro artificio finalizzata, fondamentale, a sottrarre l'impresa dalla legislazione fiscale di tale Stato membro»⁸⁹. Nello specifico, si trattava di una controversia tra alcuni gruppi di società e l'Amministrazione fiscale del Regno Unito, avente ad oggetto il trattamento fiscale di interessi versati da società aventi sede nel Regno Unito su prestiti erogati da una società appartenente allo stesso gruppo (la società collegata) non residente in tale Stato membro.

Una volta, quindi, che viene provata l'esistenza di tali circostanze oggettive, le intenzioni delle parti di ottenere indebitamente un vantaggio saranno dedotte dal carattere artificioso dell'operazione⁹⁰.

⁸⁶ Case C-131/14 *Cervati v Agenzia delle Dogane*, [2016] ECR, par. 35.

⁸⁷ Case C-110/99 *Emsland-Stärke v Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, [2000] ECR I-11569, par. 39.

⁸⁸ Case C-186/10 *Oguz v Secretary of State for the Home Department*, [2011] ECR I-6957, par. 25.

⁸⁹ Case C-524/04 *Thin Cap Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*, [2007] ECR I-2107, parr. 81 e ss.

⁹⁰ Si v. quanto affermato dall'Avvocato Generale Maduro, Case C-255/02 *Halifax v Commissioners of Customs & Excise*, [2006] ECR I-1609, parr. 70 e ss., e, nello specifico par. 75, 76.

Infatti, «deve risultare da un insieme di elementi oggettivi che lo scopo delle operazioni controverse è essenzialmente l'ottenimento di un vantaggio fiscale. Come ha precisato l'Avvocato generale [...] il divieto di comportamenti abusivi non vale più ove le operazioni di cui trattasi possano spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di vantaggi fiscali [...] quanto al secondo elemento, in base al quale le operazioni controverse devono avere come scopo essenzialmente l'ottenimento di un vantaggio fiscale, si deve ricordare che spetta al giudice nazionale stabilire contenuto e significato reali delle operazioni. Egli può così prendere in considerazione il carattere puramente fittizio di queste ultime nonché i nessi giuridici, economici e/o personali tra gli operatori coinvolti nel piano di riduzione del carico fiscale».

Conseguentemente, sarà considerato abusivo un atto posto in essere non nel contesto di normali operazioni commerciali, ma quello con “unico”⁹¹ scopo o, almeno, posto in essere “essenzialmente” allo scopo, di ottenere indebitamente vantaggi previsti dal diritto dell'Unione europea.

Come affermato dalla Corte, «le operazioni costituiscono un abuso di diritto quando siano state concepite artificiosamente allo scopo essenziale di beneficiare del dazio agevolato»⁹². Anche qui, come nel caso *Emsland-Stärke*, non è chiaro se nel concetto di “operazione artificiosa” si debba includere quello di simulazione, quello di abuso, oppure entrambi.

Secondo una giurisprudenza costante della Corte di Giustizia «i singoli non possono avvalersi fraudolentemente o abusivamente⁹³ delle norme dell'Unione. Infatti, l'applicazione della normativa dell'Unione non può estendersi fino a comprendere le pratiche abusive di operatori economici, vale a dire le operazioni realizzate non nell'ambito di transazioni commerciali normali, bensì al solo scopo di beneficiare illegittimamente dei vantaggi previsti dal diritto dell'Unione»⁹⁴.

Ciò che è improprio o illecito è ancora una volta legato allo scopo della rispettiva disposizione del diritto comunitario, e include una dimensione morale, di (presumibilmente) agire in modo consapevole contro lo scopo principe della disposizione in oggetto.

⁹¹ Case C-419/14 *WebMindLicenses v Nemzeti Adó-és Vámhivatal Kiemelt Adó-és Vám Főigazgatóság*, [2015] ECR, para 35.

⁹² Case C-607/13 *Ministero dell'Economia e delle Finanze v Cimmino*, [2015] ECR, par. 58.

⁹³ Si noti, nuovamente, l'indistinto utilizzo dei concetti di “abuso” e “frode”.

⁹⁴ Case C-131/14 *Cervati v Agenzia delle Dogane*, [2016] ECR, par. 32.

Una volta che l'abuso viene accertato questo porta a negare o a revocare i vantaggi ottenuti.

Considerato che la linea non è sempre semplice da tracciare, si può affermare che in via di principio la Corte di Giustizia sia piuttosto severa nel consentire agli Stati membri di limitare il campo di applicazione della normativa europea, anche quando si riferiscono alla lotta contro l'abuso del diritto.

Norme nazionali di tipo restrittivo sembrano essere accettate solo quando il loro obiettivo specifico risiede nella prevenzione di operazioni completamente artificiali che non rispettano la realtà economica, consentono una valutazione caso per caso, non vanno al di là di quanto necessario⁹⁵.

Inoltre, il Giudice dell'Unione definisce il ruolo del giudice *a quo*, al quale spetterà, anche in virtù del principio di leale collaborazione, «stabilire l'esistenza dei due detti elementi, la cui prova può essere fornita conformemente alle norme del diritto nazionale [...] purché non [...] deve pregiudicare la piena efficacia e l'applicazione uniforme delle disposizioni comunitarie negli Stati membri»⁹⁶ e «i giudici nazionali non possono, nel valutare l'esercizio di un diritto derivante da una disposizione comunitaria, modificare il contenuto di detta disposizione né compromettere gli obiettivi da essa perseguiti»⁹⁷.

La Corte sembra essere un po' meno "rigida" quando si tratta di settori di competenza esclusiva dell'Unione europea o di interessi finanziari dell'Unione stessa.

⁹⁵ Case C-419/14 *WebMindLicenses v Nemzeti Adó-és Vámhivatal Kiemelt Adó-és Vám Főigazgatóság*, [2015] ECR, par. 35, in cui viene affermato che «si deve ricordare che la lotta contro la frode, l'evasione fiscale e gli eventuali abusi è un obiettivo riconosciuto e promosso dalla direttiva IVA e che il principio di divieto di pratiche abusive, che si applica al settore dell'IVA, comporta il divieto delle costruzioni meramente artificiali, prive di effettività economica, realizzate al solo scopo di ottenere un vantaggio fiscale».

⁹⁶ Cases C-373/97 *Diamantis v Greek State and OAE*, [2000] ECR I-1705, par. 34; C-110/99 *Emsland-Stärke v Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, [2000] ECR I-11569, par. 54.

⁹⁷ Case C-367/96 *Kefalas v Greek State and AOE*, [1998] ECR I-2843, par. 22.

6. Il divieto di abuso del diritto: principio generale dell'Unione europea

La nozione di abuso del diritto, come emerge dalla breve analisi effettuata *supra* inerente la giurisprudenza della Corte di Giustizia, può essere riferita a varie branche del diritto. Sembra essere utilizzata dalla maggioranza degli Stati membri e riconosciuta anche a livello internazionale. Certamente, come già accennato, ogni Stato ha i suoi criteri e, conseguentemente, l'abuso del diritto acquisisce diverse sfumature.

La pluralità di approcci, in ogni caso, non negherebbe all'abuso del diritto di essere riconosciuto come un principio generale dell'Unione europea, con uno specifico contenuto normativo.

Infatti, la Corte di Giustizia, in più occasioni, ha fatto esplicito riferimento a un «principio generale dell'ordinamento comunitario secondo cui l'abuso è proibito», «l'art. 11, n. 1, lett. a), della direttiva 90/434 riflette il principio generale di diritto comunitario secondo il quale l'abuso del diritto è vietato. I singoli non possono avvalersi fraudolentemente o abusivamente delle norme di diritto comunitario. L'applicazione di queste ultime non può essere estesa sino a comprendere pratiche abusive, ossia operazioni effettuate non nell'ambito di normali transazioni commerciali, ma unicamente allo scopo di beneficiare abusivamente dei vantaggi previsti dal diritto comunitario»⁹⁸.

Inoltre, ci si è chiesti se il principio fosse sufficientemente generico e completo da poter equivalere ad un principio generale del diritto dell'Unione, dal momento che, spesso, si è trattato «di un'applicazione troppo incerta e potenzialmente dannosa per il corretto funzionamento dell'Unione europea per poter ottenere uno *status* costituzionale di principio generale dell'Unione europea»⁹⁹.

Alcuni autori intendono limitare la portata del principio alle scelte della legge che i privati effettuano “artificialmente”¹⁰⁰. Anche in tal caso sarebbe opportuno comprendere

⁹⁸ Case C-321/05 *Kofoed v Skatteministeriet*, [2007] ECR I-5795, par. 38. In tal senso, come specificato dallo stesso par. 38 della decisione, si v. anche le sentenze 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros*, Racc.: I-1459, punto 24; 21 febbraio 2006, causa C-255/02, *Halifax e a.*, Racc.: I-1609, punti 68 e 69; 6 aprile 2006, causa C-456/04, *Agip Petroli*, Racc.: I-3395, punti 19 e 20, nonché 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas*, Racc.: I-7995, par. 35.

⁹⁹ Si v., sul punto specifico, ARNULL A., *What is a General Principle of EU Law?*, in DE LA FERIA, VOGELNAUER, *Prohibition of Abuse of Law*, op. cit.: 7 e ss.

¹⁰⁰ SAYDÉ A., *Abuse of EU Law and Regulation of the Internal Market*, Hart Publishing, Oxford, 2014: 98.

cosa si intenda per “artificialmente”, se ci si riferisce ad operazioni “abusive” o a scelte “fraudolente”.

Accogliendo tale tesi, quindi, sembrerebbe discutibile un’applicazione del principio a tutte le aree del diritto europeo e una sua “idoneità” a coprire quelle situazioni in cui siano un’istituzione dell’Unione europea o uno Stato membro ad esercitare il proprio diritto (potere o competenza) sotto la legge europea.

Ad ogni modo, da quanto emerge dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, sembra che il *test* sull’abuso del diritto sia sufficientemente generale per poter essere applicato a tutti i casi in cui si ritiene che “qualcuno” solleciti artificialmente l’applicazione di una regola per ottenere indebitamente un vantaggio.

Stando alla giurisprudenza della Corte, “qualcuno”, ovvero “chi esercita l’abuso”, può essere anche rappresentato da un’istituzione dell’UE o da uno Stato membro¹⁰¹.

Si noti, ad esempio, che la definizione di “abuso dei poteri”, che rappresenta uno dei principali motivi di riesame, ai sensi del ricorso di annullamento, in conformità all’articolo 263 TFUE, come anche la giurisprudenza in tema di abuso della procedura di rife- rimento preliminare *ex art. 267 TFUE*, sembrano avere una forte somiglianza con il prin- cipio di abuso del diritto classicamente inteso. E ciò fa protendere per una risposta affer- mativa al quesito sull’applicabilità o meno dell’abuso come principio generale solo ai privati o anche agli Stati membri e alle istituzioni europee¹⁰².

Il *test* sembra avere una portata generale e appare integralmente estendibile anche ad altri settori del diritto comunitario¹⁰³. Questo ha permesso un’elaborazione autonoma della dottrina comunitaria dell’abuso.

¹⁰¹ Si v., in tal senso, i casi: Case C-364/10 *Hungary v Slovak Republic*, [2012] ECR, par. 58; Case T-92/98 *Interporc v Commission*, [1999] ECR II-3521, par. 74.

¹⁰² In tal senso si v. SØRENSEN E., *Abuse of Rights in Community Law: A Principle of Substance or Merely Rhetoric?*, in *Common Market Law Review*, 2/2006: 423, 427.

¹⁰³ Sul punto, e in senso affermativo, appena dopo il caso *Emsland-Stärke*, si v. WEBER D., *Abuse of Law, European Court of Justice, 14 December 2000, Case C-110/99, Emsland-Stärke*, in *Legal issues of economic integration*, 2004: 43 e ss. Non di meno, vengono poste in evidenza alcune criticità inerenti la strut- tura del *test* sull’abuso del diritto. Se gli elementi costitutivi del *test* appaiono almeno ad una prima impres- sione, strettamente lineari, mostrano profili incerti a seguito di una loro più attenta ricostruzione. L’ele- mento oggettivo potrebbe certo porre problemi in merito alla sua prevedibilità minando, quindi, il principio di certezza del diritto, ma, ad essere più problematico è l’elemento soggettivo. L’inserimento dell’*animus* nel *test* è stato considerato uno degli aspetti più controversi della decisione in commento, creando perples- sità specialmente in merito alla sua utilità nell’individuazione di una situazione abusiva. Sul punto si v., DE LA FERIA R., *Prohibition of Abuse of (Community law) op. cit.*: 410. Tant’è che l’elemento soggettivo verrà reinterpretato in chiave oggettiva nella sentenza *Halifax*. Sulla necessità dell’esistenza dell’elemento

Se si guarda ai casi descritti con attenzione, si nota che vi è un comune denominatore: si tratta sempre di situazioni in cui la legge europea viene fatta valere in modo “abusivo”, per scopi diversi da quelli previsti dalla stessa, scopi ritenuti “indesiderabili” alla luce dell’obbiettivo delle rispettive disposizioni¹⁰⁴.

La disamina della giurisprudenza della Corte di Giustizia sull’abuso del diritto permetterebbe, allora, di affermare che esiste, all’interno dell’ordinamento europeo, un principio¹⁰⁵ generale di divieto di abuso del diritto. È pacifica la presenza di una giurisprudenza consolidata che riconosce e che applica il divieto di abuso del diritto come principio, nel momento in cui l’abuso si realizza con la creazione di una situazione artificiosa al solo scopo di soddisfare formalmente le condizioni previste dalla normativa dell’Unione europea e, in tal modo, beneficiare dei vantaggi connessi, coinvolgendo solo l’ordinamento sovranazionale.

Allo stesso tempo risulta fondamentale notare come la Corte di Giustizia abbia creato uno specifico *test*, proprio con il fine di precisare il concetto di abuso del diritto e di applicarlo a più ambiti del diritto europeo.

La Corte non solo ha elaborato il principio, ma ha permesso altresì che lo stesso giudice nazionale possa applicarlo in presenza di circostanze precise e verificate dalla Corte stessa.

Già in *Halifax* il giudice europeo si era riferito ad un “principio di divieto di comportamenti abusivi”, ma è nel caso *Kofoed* che, per la prima volta, la Corte cataloga il divieto di abuso del diritto come un principio generale di diritto comunitario. In tale circostanza la Corte di Giustizia ha statuito che «l’articolo 11 (1) (a) della direttiva 90/434 riflettere il principio generale di diritto comunitario, secondo il quale [...] i singoli non possono avvalersi fraudolentemente o abusivamente delle norme di diritto comunitario.

soggettivo all’interno del *test* dell’abuso si v. SNELL J., *The Notion of and a General Test for Abuse of Rights: Some Normative Reflections*, in DE LA FERIA, VOGENAUER, *op. cit.*: 225.

¹⁰⁴ Secondo alcuni autori la struttura del *test* sull’abuso del diritto suggerirebbe che, al contrario degli altri principi generali dell’ordinamento europeo il divieto di abuso del diritto funziona come principio interpretativo piuttosto che come una vera e propria fonte del diritto a sè stante. Di conseguenza, mancherebbe della funzione di revisione generalmente attribuita ai principi generali dell’UE. In tal senso si v. POTACS M., *Abuse of law*, *op. cit.*: 304.

¹⁰⁵ Sul punto si e sullo sviluppo del divieto di abuso del diritto come principio generale si v. DE LA FERIA R., *Prohibition of Abuse of (Community) Law: The Creation of a New General Principle of EC Law through Tax*, in *Common Market Law Review*, 45/2008: 395 e ss.

L'applicazione di queste ultime non può essere estesa sino a comprendere pratiche abusive, ossia operazioni effettuate non nell'ambito di normali transazioni commerciali, ma unicamente allo scopo di beneficiare abusivamente dei vantaggi previsti dal diritto comunitario»¹⁰⁶.

Come affermato dall'Avvocato Generale Maduro nelle conclusioni del caso *Halifax*, la «nozione di abuso vale da *principio interpretativo del diritto comunitario*, come ha sostenuto la Commissione nelle sue osservazioni scritte¹⁰⁷. Decisivo nell'affermare l'esistenza di un abuso appare l'ambito teleologico della norma comunitaria invocata¹⁰⁸, il quale deve essere definito al fine di stabilire se tale disposizione effettivamente attribuisca il diritto rivendicato, nel senso che quest'ultimo non resti manifestamente fuori dal suo ambito di applicazione. Ciò spiega perché la Corte spesso parli non di abuso del diritto, bensì semplicemente di abuso»¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Case C-321/05 *Kofoed v Skatteministeriet*, [2007] ECR I-5818, par. 38.

¹⁰⁷ V., in merito, si v. KJELLGREN A., «*On the Border of Abuse*», in *European Business Law Review*, 11/2000: 192. Anche nella sentenza *Emsland Stärke*, in cui la nozione di abuso fu sviluppata con maggiore ampiezza, la Corte decise per l'interpretazione delle pertinenti disposizioni di legge. Sempre a tale riguardo è sintomatico che nel dispositivo essa dichiarasse: «Il regolamento (CEE) n. 2730/79 deve essere interpretato nel senso che...». Per l'analisi dei casi in esame, a parere dell'Avvocato Generale Miguel Poiares Maduro, è irrilevante se il principio assurga o meno progressivamente al rango di vero e proprio principio generale autonomo del diritto comunitario.

¹⁰⁸ Come affermato da Kjellgren («*On the Border of Abuse*», *op. cit.*: 193), «la dottrina della Corte sull'abuso si basa in larga parte sull'interpretazione delle disposizioni comunitarie considerate: il problema dell'abuso si trasforma, così, in un altro, ossia se all'asserito comportamento abusivo si applichino o meno quelle disposizioni». V. anche, in tal senso, conclusioni dell'avvocato generale La Pergola per la sentenza *Centros*, *cit.*, par. 20, il quale afferma: «Certo, il principio secondo cui "gli interessati non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario" è costante nella giurisprudenza di codesto Collegio e figura fra i principi generali dell'ordinamento comunitario. Precisarne gli esatti contorni è, però, tutt'altro che agevole. Secondo la recente pronuncia Kefalas, abusa del diritto chi ne è titolare quando lo esercita in maniera irragionevole, per ottenere, con danno altrui, "vantaggi illeciti e palesemente estranei all'obiettivo" perseguito dal legislatore con il conferire all'individuo quella determinata situazione soggettiva. Sotto questo profilo dell'abuso del diritto, traspare una certa affinità fra il principio generale che lo consacra e quello che ha riguardo al criterio di proporzionalità come limite all'esercizio del potere. A parte ciò, come è stato rilevato in dottrina, resta sempre attuale la celebre definizione formulata dal civilista francese Planiol, secondo cui «le droit cesse là où l'abus commence»; affermazione, questa, che pone in chiara evidenza come la tematica dell'abuso si risolva, in ultima analisi, nel definire il contenuto sostanziale della situazione soggettiva, e dunque l'ambito delle facoltà riconosciute al soggetto che ne è titolare. In altri termini, il valutare se il concreto esercizio di un diritto sia abusivo, oppure no, altro non significa che delimitare, sul piano sostantivo, la portata del diritto stesso. Se così è, mi sia consentito di richiamare i concetti già esposti (v. *supra*, parr. 13 e 16) in tema di libertà di stabilimento. Tale libertà comprende sicuramente, per quel che qui interessa, il diritto di costituire società in conformità della legislazione di uno Stato membro per operare in quello stesso Stato ovvero, ad egual titolo, in qualsiasi altro Stato membro. Altrimenti detto: la società di nuova costituzione ha il diritto di stabilirsi — in via principale ed, eventualmente, anche secondaria — dovunque essa preferisca nell'ambito comunitario».

¹⁰⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Miguel Poiares Maduro presentate il 7 aprile 2005, nella Causa C-255/02 *Halifax plc*, par. 69.

Da ultimo, va certamente richiamato il caso *Cussens and Others*¹¹⁰ su cui il giudice europeo si è espressa di recente. Il caso risulta essere pionieristico e merita attenzione per le conclusioni della Corte di Giustizia sul principio del divieto di abuso del diritto. La Corte ritiene che si tratti di un principio generale dell'ordinamento europeo, completo e interdisciplinare, che può essere invocato direttamente nei confronti di un singolo soggetto, indipendentemente dall'assenza di misure nazionali¹¹¹.

Tal principio, pertanto, non richiede di essere recepito e non ha bisogno di essere sufficientemente preciso o incondizionato, si applica, invece, direttamente nel quadro della direttiva IVA.

La Corte di Giustizia europea ha dedotto il principio del divieto di pratiche abusive dalle sue precedenti decisioni per contrastare l'abuso dei diritti e l'abuso del diritto, casi in cui ha stabilito che il diritto dell'Unione non può essere invocato per fini abusivi o fraudolenti e che l'applicazione della legislazione dell'Unione non può essere estesa alle pratiche abusive degli operatori economici. Di conseguenza, la Corte di Giustizia ha concluso che l'applicazione di tale divieto è conforme ai principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento e può essere applicato per disciplinare situazioni che si sono verificate addirittura prima della sentenza *Halifax*.

Alla luce di quanto detto e soprattutto guardando alla giurisprudenza citata sembra potersi accogliere, ad oggi, la tesi secondo cui il divieto di abuso del diritto rappresenti un principio generale dell'ordinamento europeo. Si ritiene, inoltre, di dover mettere in luce un aspetto: come è emerso, il linguaggio utilizzato dalla Corte di Giustizia non appare sempre coerente e chiaro, perlomeno nella prospettiva dell'ordinamento italiano. Difatti, viene spesso utilizzato il concetto di “operazione artificiosa” con riferimento indistinto sia al concetto di “abuso” che a quello di “simulazione” e di “operazione fraudolenta”¹¹². Molto probabilmente è per un motivo ben preciso che la Corte di Giustizia ha deciso di adottare questo linguaggio: non in tutti gli Stati membri¹¹³ vi è una distinzione netta tra i concetti di cui sopra e non in tutti gli Stati membri se ne fa analogo utilizzo. Allora, la Corte ha scelto di utilizzare un termine onnicomprensivo.

¹¹⁰ Causa C-251/16, *Cussend and Others*.

¹¹¹ Si v., nello specifico, par. 27 e 31 della decisione.

¹¹² Come anticipato *retro*, cap. I, sez. III, par. 2, si tratta di concetti ben distinti.

¹¹³ Ad esempio in Francia la distinzione tra abuso ed evasione risulta essere molto sfumata, come emerge dal contributo di GUTMANN D., *Country Reports, France*, in BROWN B. K., *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, Springer, New York, 2012: 132.

Sezione II

Le positivizzazioni dell'abuso del diritto

SOMMARIO: Premessa introduttiva. 1. L'art. 54 della Carta di Nizza e l'art. 18 della Costituzione tedesca. 2. L'art. 54 della Carta di Nizza. 2.1. L'art. 54 e l'art. 17 CEDU: analogie e differenze. 2.2. L'art. 54 e la giurisprudenza europea sull'abuso del diritto.

Premessa introduttiva

Dopo un'analisi dedicata al panorama europeo in generale è opportuno rilevare che tra le più rilevanti positivizzazioni dell'abuso del diritto vi è l'art. 54 della Carta di Nizza, rubricato «divieto dell'abuso del diritto», che sarà opportunamente analizzato.

Risulta opportuno comprendere, occupandosi del tema, se tale divieto possa essere assimilato al generale principio di divieto di abuso del diritto come elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, o se tra i due concetti vi siano profili di differenziazione.

Sarà altresì effettuata un'analisi che porrà in evidenza le analogie e le differenze tra la disposizione dell'art. 54 e l'art. 17 della Carta Europea dei Diritti dell'Uomo, analogamente rubricato «divieto dell'abuso del diritto». Emergerà come la prima disposizione è stata elaborata sulla falsariga della seconda, che ha tratto ispirazione, a sua volta, dall'art. 30 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1948.

In ultima battuta sarà indagato il rapporto tra la “codificazione” europea e la giurisprudenza europea sull'abuso del diritto. Ciò che emerge in modo chiaro è che ci si “allontana” dai concetti di utilizzo fraudolento e di simulazione, per andare verso il concetto di “uso improprio”.

1. L'art. 54 della Carta di Nizza e l'art. 18 della Costituzione tedesca

Il divieto di abuso del diritto è oggi, perlomeno al livello europeo, espressamente sancito. Ha trovato una sua codificazione, sul piano delle fonti sovranazionali, nella Carta di Nizza, la quale, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, e precisamente attraverso l'art. 6, ha acquisito lo stesso valore giuridico dei Trattati¹¹⁴.

L'art. 54 afferma che «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o libertà riconosciuti nella presente Carta o a imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste nella presente Carta».

Tale concetto di abuso del diritto sembra, da subito, essere piuttosto differente rispetto a quello elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, punto quest'ultimo che verrà analizzato nel prosieguo.

Certamente, si tratta, in questo caso, della protezione dei diritti fondamentali e dell'ordinamento democratico nel contesto dell'ordinamento comunitario.

La norma infatti ha probabilmente le sue radici in una tradizione che emerge dalla *Grundgesetz* tedesca e che riecheggia un'esigenza di “protezione dell'ordinamento liberal democratico”¹¹⁵. Ordinamento che potrebbe risultare minacciato nel momento in cui una specifica “immunità”, derivante dalla copertura costituzionale di alcune prerogative individuali, venga strumentalizzata per mettere in pericolo lo stesso ordinamento liberal democratico e i diritti fondamentali.

¹¹⁴ G.U. dell'Unione europea, Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007. L'art. 6 dispone: «1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite dai Trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. 2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei Trattati. 3. I diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

¹¹⁵ *Freiheitliche demokratische Grundordnung*.

Come anticipato, l'art. 17, il cui testo viene riportato all'interno dell'art. 54, trae a sua volta origine dall'art. 30 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1948 che, probabilmente, rappresenta la prima vera codificazione a livello non nazionale della nozione di abuso.

La norma dispone: «nulla nella presente Dichiarazione può essere interpretato nel senso di implicare un diritto di qualsiasi Stato gruppo o persona di esercitare un'attività o di compiere un atto mirante alla distruzione dei diritti e delle libertà in essa enunciati».

Certamente, si può affermare che il processo di codificazione della categoria dell'abuso del diritto ha introdotto nella realtà giuridica manifestazioni positive, come quella di cui all'art. 30, e comuni sono, probabilmente, state le ragioni storicamente determinanti ed analoghe le finalità in tal senso perseguite dagli ordinamenti che quelle disposizioni hanno ritenuto di disciplinare.

In tale prospettiva sembra davvero stretta l'analogia fra l'art. 17 della Convenzione e la previsione che, in tema di abuso del diritto, è stata costituzionalizzata dall'ordinamento tedesco nello stesso periodo; per l'appunto, l'art. 18 della Legge Fondamentale della Repubblica Federale di Germania¹¹⁶, da alcuni autori considerato espressione significativa di tale aspirazione alla “protezione della democrazia”, dell'art. 54 e dell'art. 17.

L'art. 18 della Costituzione tedesca del 1949 che deriva dall'esperienza di Weimar e dalla dittatura nazista che ne seguì, si preoccupa di stabilire, sotto la rubrica «Perdita dei diritti fondamentali», che «chiunque, per combattere l'ordinamento costituzionale democratico e liberale, abusa della libertà di espressione del pensiero, in particolare della libertà di stampa, della libertà di insegnamento, della libertà di riunione, della libertà di associazione, del segreto epistolare, postale e delle telecomunicazioni, del diritto di proprietà o del diritto di asilo perde tali diritti fondamentali. La decadenza e la sua estensione sono pronunciate dal Tribunale costituzionale federale»¹¹⁷.

¹¹⁶ La costituzione tedesca è, come noto, del 1949; la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali è dell'anno successivo.

¹¹⁷ Sul tema si v. LOSURDO F., *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo*, Giappichelli, Torino 2011: 37 e ss. Si riporta, per rigore interpretativo, l'art. 18 della Costituzione tedesca: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art 18: «Wer die Freiheit der Meinungsäußerung, insbesondere die Pressefreiheit (Artikel 5 Abs. 1), die Lehrfreiheit (Artikel 5 Abs. 3), die Versammlungsfreiheit (Artikel 8), die Vereinigungsfreiheit (Artikel 9), das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Artikel 10), das Eigentum (Artikel 14) oder das Asylrecht (Artikel 16a) zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht, verwirkt diese Grundrechte. Die Verwirkung und ihr Ausmaß werden durch das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen».

Se fra le due disposizioni non sussiste alcuna interrelazione “istituzionalizzata”, ciò nondimeno una loro analisi comparatistica potrebbe risultare idonea a comprendere, con un ulteriore grado di chiarezza, il significato dell’art. 54 della Carta di Nizza.

La struttura normativa della disposizione costituzionale indubbiamente presenta profili di similitudine con l’art. 54 della Carta di Nizza, tuttavia se ne differenzia in riferimento all’oggetto dell’esercizio abusivo.

Come emerge immediatamente da una lettura delle due norme, se ai sensi dell’art. 54 l’esercizio abusivo del diritto può astrattamente riferirsi a ciascuna delle previsioni positive contenute nella Carta, al contrario, l’elencazione dei diritti suscettibili di essere abusati ai sensi dell’art. 18 assume carattere tassativo. Si tratta di un catalogo chiuso.

Peraltro, tale prima diversità fra le due disposizioni esaminate può giustificarsi alla luce di una seconda fondamentale discrepanza fra le stesse. L’art. 18 della Legge Fondamentale, infatti, ricollega al perfezionamento della fattispecie legale, la produzione di specifici effetti sanzionatori, consistenti nella perdita del diritto di cui si è abusato¹¹⁸. Si tratta di una norma cioè che, attraverso una intensa sanzione, mira a proteggere l’ordinamento liberal democratico.

Ai nostri fini, ed al di là della necessaria diversità di processi che hanno portato l’ordinamento tedesco, contrariamente a quello europeo, a dotarsi di una sanzione particolarmente intensa contro l’abuso del diritto, potrebbe quantomeno operarsi una riflessione, che qui non si ha certo la pretesa di approfondire, ma solo si accenna, in merito ai futuri e possibili meccanismi di tutela e di riparazione attuabili in base all’art. 54 quale norma sfornita di una sanzione diretta.

¹¹⁸ Come autorevolmente rilevato in sede di commento della Carta di Nizza (si v. sul punto BIFULCO R., CELOTTO A., *Art. 54, Divieto dell’abuso di diritto*, in BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO (a cura di), *L’Europa dei diritti: commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2001: 366 e ss.) la disposizione contenuta nell’art. 18 della Legge Fondamentale è, innanzitutto, indirizzabile a tutte le persone fisiche e dotate di personalità giuridica se ed in quanto titolari di diritti fondamentali ai sensi del successivo art. 19, comma 3, della Costituzione medesima. La sentenza del Tribunale che accerta l’abusivo esercizio del diritto avrebbe così natura costitutiva, e quindi efficacia *ex nunc*, e disporrebbe anche in relazione alla eventuale perdita, più o meno durevole, della titolarità del diritto abusivamente esercitato. A seguito della decisione dell’organo giurisdizionale, l’interessato peraltro non avrebbe facoltà di appello e i Tribunali e le autorità amministrative eserciterebbero le loro competenze nei suoi confronti come se il diritto in questione non valesse per tale soggetto. Va comunque sottolineato che l’art. 18 risulta più che raramente applicato, nonostante la sua validità e utilità siano da sempre ritenute indiscusse.

A ciò si potrebbe obiettare, però, che poiché l'art. 17 della CEDU e l'art. 54 della Carta di Nizza sono considerati norme sull'interpretazione, è normale che manchino di una previsione sulla perdita del diritto in caso di esercizio abusivo¹¹⁹.

Ancora, e sempre con fini comparatistici, sembra possibile osservare come un'analisi del sistema tedesco permetterebbe di registrare ulteriori analogie con l'art. 54.

A parere di alcuni autori che si sono occupati del tema, una stretta similitudine sembrerebbe intercorrere tra il primo periodo dell'art. 54 della Carta di Nizza, per il quale si connota come abusiva la condotta di chi compia un atto «che miri alla distruzione dei diritti e delle libertà riconosciute [...]» e il § 226 del *BGB* secondo cui «l'esercizio di un diritto è inammissibile se ha il solo scopo di provocare un danno ad altri»¹²⁰.

Secondo chi adotta tale posizione, il profilo analogico riguarderebbe il piano delle conseguenze dell'esercizio abusivo del diritto. Nella disposizione codicistica si rilevarebbe un abuso del diritto quando il fine perseguito sia unicamente quello di determinare un eventuale danno ad altri.

Allo stesso modo parrebbe potersi interpretare l'art. 54 facendo leva sul fatto che la locuzione “miri alla distruzione” sarebbe, in tal senso, orientata verso uno scopo, che connota l'abuso, avente carattere esclusivo¹²¹. Tuttavia, sembrerebbe più opportuno sostenere che un'analogia tra le due norme si ha rispetto allo scopo per cui il titolare del diritto agisce, e non tanto rispetto alle conseguenze. Anche perché, come anticipato *supra*, la Carta non prevede nulla al livello rimediabile - sanzionatorio rispetto alla violazione del divieto di abuso del diritto, in quanto trattasi di norma di carattere interpretativo, e non precettiva¹²², che si trova, a chiusura della Carta, nell'ambito delle disposizioni generali.

¹¹⁹ BIFULCO R., CELOTTO A., *Art. 54, Divieto dell'abuso del diritto*, in BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO, (a cura di), *L'Europa dei diritti: commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, op. cit.: 369 e ss.

¹²⁰ PANDIMIGLIO M., *L'abuso del diritto nei trattati di Nizza e Lisbona*, in *Contratto e Impresa*, op. cit.: 1097.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² BIFULCO R., CELOTTO A., *Art. 54, Divieto dell'abuso di diritto*, in BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO, (a cura di), *L'Europa dei diritti: commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, op. cit.: 369. ADINOLFI A., *La nozione di “abuso del diritto” nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2/2012: 329 ss. (nello specifico, si v.: 351, nota 73).

2. L'art. 54 della Carta di Nizza

Risulta fondamentale, a questo punto, soffermarsi, nello specifico, sulla disposizione prevista dall'art. 54. Il divieto mira a "scongiurare" un'applicazione impropria dei diritti e delle libertà¹²³.

Dall'analisi dei lavori preparatori emerge che, nella versione originaria dell'art. 54, mancava una parte della disposizione confluita, in sede definitiva, nella Carta di Nizza. Il riferimento è alla locuzione: «o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta»¹²⁴. Si è dunque ritenuto, rispetto ad un primo momento, di ampliare l'ambito di applicazione dell'abuso del diritto.

Certamente, come messo in evidenza nel capitolo che precede, non si può negare che quello del divieto di abuso del diritto sia un istituto ampiamente noto all'ordinamento dell'Unione europea, sviluppato da una giurisprudenza, costante nell'affermare che «i singoli non possono avvalersi fraudolentemente o abusivamente delle norme dell'Unione»¹²⁵. Ciò sta a significare che «l'applicazione della normativa dell'Unione non può estendersi fino a comprendere i comportamenti abusivi degli operatori economici, vale a dire le operazioni realizzate non nell'ambito di transazioni commerciali normali, bensì al solo scopo di beneficiare abusivamente dei vantaggi previsti dal diritto dell'Unione»¹²⁶.

Per esaminare l'art. 54 non si può prescindere dall'analisi di altri due elementi.

Il primo è certamente rappresentato dallo sviluppo che l'abuso del diritto ha avuto attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale, come approfondito nel capitolo precedente, perlopiù adita in via pregiudiziale, si è trovata a pronunciarsi sugli elementi costitutivi dell'abuso del diritto e sui presupposti per l'applicazione del relativo divieto¹²⁷.

¹²³ *Ivi*: 367.

¹²⁴ Su un'analisi dei lavori preparatori si v. SONCINI A., *Divieto dell'abuso del diritto*, in PANEBIANCO (diritto da), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2001: 509 *ess.*

¹²⁵ Si v., tra le tante, Corte di Giustizia, 13 marzo 2014, SICES, C-155/13, ECLI:EU:C:2014, par. 29.

¹²⁶ *Ivi*: par. 30.

¹²⁷ Come si è avuto modo di anticipare nel capitolo che precede, la giurisprudenza europea è costante nel contrastare l'esercizio abusivo e fraudolento del diritto comunitario e ritiene che quest'ultimo non precluda ai giudici nazionali di applicare una disposizione del diritto nazionale al fine di verificare se l'esercizio di un diritto riconosciuto da una norma comunitaria sia abusivo.

Inoltre, è opportuna la disamina dell'art. 17 CEDU, la cui formulazione, come anticipato, è stata ripresa in maniera pedissequa dall'art. 54.

2.1. *L'art. 54 e l'art. 17 CEDU: analogie e differenze*

Come anticipato, l'art. 54 ripropone il contenuto dell'art. 17 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali¹²⁸, adottata a Roma nel 1950, che statuisce: «nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione»¹²⁹.

Peraltro, la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'UE, prevede, all'art. 52, comma 3, che «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

È opportuno tenere presente che la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo si è, perlomeno fino ad ora, caratterizzata per un utilizzo molto prudente dell'art. 17 della Convenzione, essenzialmente finalizzato ad impedire che le libertà democratiche potessero essere invocate per perseguire finalità antidemocratiche e che

¹²⁸ Per un'analisi della Convenzione si v. DE SALVIA, *Compendium della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, Esi, Napoli, 2000. Si ricorda che lo stesso art. 17 trae a sua volta origine da un'altra norma che probabilmente rappresenta la prima vera codificazione a livello non nazionale della nozione di abuso, ovvero l'art. 30 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

¹²⁹ Sul punto si v. PANDIMIGLIO M., *L'abuso del diritto nei trattati di Nizza e Lisbona*, in *Contratto e Impresa*, 4-5/2011: 1076 e ss.; CAFARO S., *L'abuso del diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2-3/2003: 291 e ss.

gruppi di persone o individui possano sfruttare a loro vantaggio i principi posti dalla convenzione per dedurre il diritto di dedicarsi ad attività lesive degli altrui diritti e libertà¹³⁰.

Con riguardo all'art. 17¹³¹, non si trascuri che, oltre alla coincidenza semantica e pressoché assoluta tra le due disposizioni, è fondamentale un riferimento alla Relazione di accompagnamento alla Carta. Da quest'ultima, difatti, emerge che, nell'interpretare la Carta, non si può prescindere dal significato storico dell'art. 17 CEDU, il quale a sua volta richiede di essere inteso quale garanzia difensiva dell'ordinamento europeo, avente la generale funzione di salvaguardare i diritti che la Convenzione enumera per la protezione del libero funzionamento delle istituzioni democratiche.

Il fine è quello di evitare che gruppi o individui possano sfruttare, a loro vantaggio, i principi posti dalla Convenzione, allo scopo di ledere gli altrui diritti e libertà.

Si tratta di una disposizione volta ad impedire che le libertà democratiche possano essere utilizzate per perseguire finalità “antidemocratiche”¹³².

In tal senso, è pacifico che anche l'elaborazione del divieto di abuso del diritto nella Carta fondamentale – sebbene l'art. 54 si presenti più ampio e flessibile dell'art. 17 CEDU¹³³ – deve essere letta in un'ottica di prevenzione dell'uso strumentale di posizioni soggettive concernenti diritti e libertà economiche che “attentano” al mercato¹³⁴.

¹³⁰ Cfr. CAFARO S., *L'abuso del diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, op. cit.: 319 e ss.; LOSURDO F., *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo*, op. cit.: 148 e ss.

¹³¹ A sua volta, come si anticipava, l'art. 17 CEDU riprende l'art. 30 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948. Si rimanda, per un commento agli articoli della Convenzione, al AA.VV., *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., Cedam, Padova, 2012.

¹³² CAFARO S., *L'abuso del diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, op. cit.: 319. Per un approfondimento, si v. FERRARI BRAVO, DI MAJO, RIZZO, (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2001: 201, i quali riportano un intervento della Commissione in cui si sottolinea che lo scopo dell'art. 17 è segnatamente quello di impedire che gruppi totalitari possano sfruttare a loro vantaggio i principi posti dalla Convenzione, motivo per cui questo articolo riguarderebbe essenzialmente i diritti che permetterebbero, se invocati, di tentare di dedurre il diritto di dedicarsi effettivamente ad attività che mirano alla distruzione dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Convenzione.

¹³³ NASCIMBENE B., ROSSI DAL POZZO F., *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2012: 144. Ci troviamo, infatti, di fronte a due cataloghi molto diversi, in quanto, mentre la Convenzione elenca dei veri e propri diritti fondamentali, la Carta, invece, è anche il testo unico dei diritti “comunitari” e soggetti a ipotetiche limitazioni di legge a tutela di interessi contrapposti, nonché a eccezioni giustificate dall'ordine pubblico o dalla salute pubblica, e per ciò stesso qualificabili come fondamentali. Da ciò si può desumere la diversa funzione che questi due articoli in realtà svolgono, nonostante l'analoga formulazione.

¹³⁴ PETTI G. B., *La Costituzione europea e la tutela civile dei diritti umani: commento con dottrina e giurisprudenza*, Maggioli, Rimini, 2006: 551.

Si ricordi che l'art. 52, § 3, della Carta, prevede espressamente: «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione».

È chiaro che tale previsione, insieme alle due disposizioni in commento, induce a guardare alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo come strumento interpretativo della Carta¹³⁵.

Dalla lettura delle disposizioni in oggetto emerge che la differenza tra le due norme non inerisce la loro struttura¹³⁶. Da questo punto di vista, infatti, entrambe condividono la stessa *ratio* e disciplinano le ipotesi in cui un diritto sia esercitato in termini tali da comprimerne un altro.

Si può, allora, affermare che l'art. 17 sia da considerare un predecessore dell'art. 54.

Piuttosto, una differenza tra le due norme può essere ravvisata nella 'funzione', considerata anche la diversa natura dei cataloghi di diritti del cui abuso si tratta. Infatti, secondo un orientamento dottrinale, mentre la CEDU elencherebbe dei veri e propri diritti fondamentali, inderogabili in quanto tali, la CDFUE rappresenterebbe il testo unico dei diritti comunitari, alcuni dei quali per loro stessa natura possono essere oggetto di restrizioni o limitazioni poste a tutela di interessi contrapposti.

Secondo un altro orientamento, la differenza tra le due norme risiederebbe nel fatto che nella Carta sarebbero minimali le limitazioni previste direttamente dalle disposizioni attributive dai singoli diritti¹³⁷.

In realtà non sembra potersi affermare che tutti i diritti contemplati dalla Convenzione siano inderogabili in senso assoluto. Piuttosto, si potrebbe dire che non tutti i diritti previsti dalla Convenzione possano subire limitazioni ad opera dell'applicazione dell'art. 17, in quanto vi sono diritti per loro natura inderogabili, rappresentativi della struttura

¹³⁵ Sul tema, e nello specifico per un'analisi e per delle riflessioni sulla giurisprudenza di Strasburgo relativamente all'art. 17 in connessione all'art. 54, si v. WOODS L., *sub art. 54*, in PEERS, HARVEY, KENNER, WARD, *The EU Charter of Fundamental rights*, Oxford and Portland, 2014: 1539 e ss.

¹³⁶ In tal senso le differenze sono minimali. Si segnalano semplicemente un "può essere" che nella Carta è divenuto un "dover essere", e un "porre limitazioni" che nella Carta è divenuto "imporre limitazioni". Inoltre, nella Carta non viene fatto alcun riferimento, nell'individuazione dei soggetti interessati, allo Stato, a individui o a gruppi.

¹³⁷ Sul punto si v. SCIARABBA V., *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Cedam, Pavia, 2008.

portante della Convenzione e il cui esercizio non potrebbe esse limitato neppure per un interesse pubblico.

Tra questi vi sono anche alcuni diritti procedurali, tra i quali spicca, ad esempio, il diritto ad un equo processo. In ogni caso, pur essendo questa una delle differenze tra le due norme, non può certamente dirsi questo il nodo centrale della questione. Ciò inciderebbe, piuttosto, rispetto al *quantum* dell'utilizzo dello strumento.

Il ricorso all'abuso risulterebbe di certo minore nei casi aventi ad oggetto diritti che per loro natura non ammettono limitazione, maggiore nei casi in cui si tratti di diritti tra loro concorrenti e sottoposti alla tecnica del bilanciamento. Quindi, a dispetto di una quasi identica formulazione letterale, i risultati cui conduce la loro applicazione sono sotto certi profili differenti, in quanto diverso è il contesto normativo cui esse si applicano.

Il fatto che l'art. 17 contempra tra i soggetti i cui comportamenti siano potenzialmente forieri di abuso anche lo Stato ha dato luogo ad una produzione giurisprudenziale volta al soddisfacimento di due diverse esigenze. Da un lato l'esigenza di tutela della democrazia del sistema, da cui il divieto che un diritto convenzionalmente garantito possa essere invocato a detrimento di altri. Dall'altro, emerge l'esigenza di evitare che lo Stato ponga in essere limiti più gravosi rispetto a quelli già previsti dalla stessa¹³⁸.

Certo è, però, che la *ratio* verso cui le due diverse norme tendono è la medesima e lo stesso vale per il criterio metodologico utilizzato dal giudice nella loro applicazione. Lo scopo è quello di evitare che gruppi o individui possano sfruttare a loro vantaggio i principi contenuti dalla Convenzione e dalla Carta, strumentalizzando e traendo da ciò il diritto di dedicarsi ad attività lesive degli altrui diritti e libertà.

Indi, se può dirsi che l'art. 54 si differenzia dal concetto di abuso del diritto sviluppato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, allo stesso tempo si può affermare che sia molto vicino all'art. 17 CEDU, sia per affinità terminologica che quale fonte di criterio esclusivamente oggettivo di bilanciamento di diritti e libertà.

¹³⁸ Si v. TERRASI A., *sub art. 17*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea del diritto dell'uomo*, Cedam, Padova, 2014.

2.2. L'art. 54 e la giurisprudenza europea sull'abuso del diritto

Ci si chiede, a questo punto, quale sia il rapporto tra la “codificazione” europea e la giurisprudenza europea sull'abuso del diritto.

Si ravvisa che nella formulazione della Carta è subito individuabile un elemento oggettivo, dato dall'alterazione del fattore causale, comune alla nozione di abuso del diritto come elaborato dalla giurisprudenza dell'Unione ed anche del diritto nazionale.

Nel caso in cui l'esercizio di un determinato diritto riconosciuto dalla Carta determini l'eliminazione di altri diritti garantiti dalla stessa, il fine per il qual tale diritto è stato concretamente esercitato non può che essere “strutturalmente diverso” da quello per cui il diritto medesimo viene attribuito. È in tal senso che si assiste ad un'alterazione del fattore causale.

Tuttavia, si osservi, ci si trova di fronte all'esercizio di un diritto che deve essere in grado, o di determinare la distruzione dei diritti e delle libertà previste nel catalogo della Carta, o comunque di limitarne eccessivamente la portata.

L'art. 54 sembra fare riferimento ad un abuso particolare, che si potrebbe definire *per relationem* rispetto ad un diverso diritto, che risulta compreso dall'esercizio abusivo¹³⁹.

Verrebbero escluse ad esempio quelle ipotesi che contemplano l'utilizzo abusivo di diritti scaturenti dall'ordinamento dell'Unione per eludere le normative nazionali, oggetto specifico, come si è avuto modo di vedere nel capitolo precedente, della giurisprudenza della Corte in materia di abuso del diritto *tout court*.

Dalla lettera dell'art. 54 sembrano potersi individuare due tipologie di abuso.

La prima farebbe riferimento all'ipotesi in cui una disposizione della Carta venga interpretata nel senso di comportare il diritto di compiere un atto che miri alla distruzione di altri diritti e libertà previsti dalla Carta stessa.

La seconda si configurerebbe nel momento in cui una disposizione della Carta venga utilizzata per imporre ai diritti e alle libertà ivi riconosciuti delle limitazioni più ampie rispetto a quelle già previste dal documento.

¹³⁹ NASCIMBENE B., ROSSI DAL POZZO F., *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione Europea*, op. cit.: 144.

È stato ritenuto da parte della dottrina che anche l'abuso del diritto come delineato dall'art. 54 consti di un elemento oggettivo e di un elemento soggettivo.

L'elemento oggettivo, cioè l'alterazione del fattore causale, sembrerebbe sussistere, però, con un grado di rilevanza differente a seconda che ci si trovi nella prima o nella seconda ipotesi. Nella prima, l'alterazione causale si avrebbe nel momento in cui il fine per il quale un diritto viene esercitato sia strutturalmente e funzionalmente diverso da quello per cui il diritto stesso sia stato predisposto. Nella seconda, la semplice sussistenza di limitazioni ulteriori rispetto a quelle che la Carta prevede per i diritti e le libertà che essa attribuisce, comporterebbe di per sé l'alterazione del fattore causale¹⁴⁰.

L'elemento soggettivo, invece, risulterebbe ravvisabile nella consapevolezza, da parte del titolare del diritto, che tale alterazione sia preordinata a comprimere altri diritti e libertà contemplati dalla Carta¹⁴¹.

Stando a questa ricostruzione il divieto di abuso del diritto previsto all'art. 54 della Carta si distinguerebbe da quello elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia per i seguenti motivi.

In primis, all'elemento oggettivo e a quello soggettivo si aggiungerebbe un altro elemento, dato dalla soppressione, o dalla limitazione, di un altro diritto, che deve essere in ogni caso un diritto contenuto nella Carta, sul quale si producano le conseguenze del comportamento abusivo. Inoltre, l'abuso contemplato all'art. 54 è caratterizzato da un ambito di applicazione decisamente più circoscritto, trovando applicazione soltanto con riferimento alle ipotesi di esercizio abusivo dei diritti riconosciuti dalla Carta.

Peraltro, come osservato dalla dottrina più recente sul tema¹⁴², ci sarebbero forti dubbi anche sull'esistenza di un elemento soggettivo. L'abuso come previsto all'art. 54 della Carta si configurerebbe, in realtà, secondo un'accezione tipicamente ed esclusivamente oggettiva, che prescinde da qualsivoglia rilievo di coscienza, intenzionalità, del carattere abusivo della condotta.

Inoltre, l'applicazione dell'art. 54 sembra prescindere dalla natura pubblica o privata del soggetto agente, dalla effettiva violazione dell'altro diritto, dall'esistenza di un

¹⁴⁰ G. VITALE, *Art. 54, Divieto di abuso del diritto*, in MASTROIANNI, POLLICINO, ALLEGREZZA, PAPPALARDO, RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017: 1098 e ss.

¹⁴¹ CURTI GIALDINO C. (diretto da), *Codice dell'Unione europea operativo*, Esi, Napoli, 2012: 2410.

¹⁴² VITALE G., *Art. 54, Divieto di abuso del diritto*, in MASTROIANNI, POLLICINO, ALLEGREZZA, PAPPALARDO, RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, *op. cit.*: 112.

danno e dall'illegalità o illegittimità di un comportamento. Si tratterebbe di un divieto di carattere generale e oggettivo, che si rivolge tanto all'autorità pubblica che al titolare del diritto, quanto ancora al giudice nel quadro della tutela giurisdizionale.

Si è avuto modo di appurare come parecchi siano i settori in cui la figura dell'abuso del diritto è espressamente prevista. Si pensi al settore della politica agricola comune, alla sicurezza sociale, al settore del diritto tributario *etc.* Molteplici sono altresì gli esempi che dimostrano la volontà del legislatore di voler codificare questa figura¹⁴³.

L'istituto, di conseguenza, è stato applicato dalla Corte di Giustizia in ambiti eterogenei: in quello della libera prestazione di servizi¹⁴⁴, in quello della libertà di stabilimento¹⁴⁵, quello della libera circolazione delle merci¹⁴⁶, quello della previdenza sociale¹⁴⁷, quello della libera circolazione dei lavoratori¹⁴⁸, quello della politica agricola comune¹⁴⁹, quello del diritto societario¹⁵⁰.

Certo è che se di principio generale si potrebbe, forse parlare, con riferimento al concetto di abuso utilizzato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, sembrerebbe, al contrario, e condividendo la dottrina maggioritaria sul tema, piuttosto complicato parlare di principio generale con riferimento all'art. 54. Tale affermazione sarebbe avvalorata dal fatto che, in tale ultimo caso, la norma che lo prevede è collocata in un ambito generale circoscritto, quello della Carta, e ha riguardo a criteri e valori definiti contemplati dalla Carta stessa.

Fuori da tale contesto trova, invece, spazio il più generale principio elaborato dalla Giurisprudenza della Corte, che differisce dall'art. 54, sia sul piano degli elementi costitutivi che su quello dei metodi applicativi.

Alla luce delle considerazioni esposte in merito alla *ratio* storica della disposizione, nonché alla sua formulazione nel senso di richiedere la compressione dei diritti e

¹⁴³ Come anticipato in precedenza, ci si riferisce all'art. 15, lett. a), della Direttiva 2009/133 relativa al regime fiscale societario; all'art. 35 della Direttiva 2004/38 in materia di circolazione delle persone; nonché all'art. 13 della Direttiva Servizi Media Audiovisivi.

¹⁴⁴ Corte di Giustizia, 3 dicembre 1974, *Van Binsbergen*, C-33/74, ECLI:EU:C:1974:131, par. 13.

¹⁴⁵ Corte di Giustizia, 3 ottobre 1990, *Bouchoucha*, C-61/89, ECLI:EU:C:1990:343, par. 14.

¹⁴⁶ Corte di Giustizia, 10 gennaio 1985, *Leclerc e a.*, C-229/83, ECLI:EU:C:1985:I, par. 27.

¹⁴⁷ Corte di Giustizia, 2 maggio 1996, *Paletta*, C-206/94, ECLI:EU:C:1996:182, par. 24.

¹⁴⁸ Corte di Giustizia, 21 giugno 1988, *Lair*, C-39/86, ECLI:EU:C:1988:322, par. 43.

¹⁴⁹ Corte di Giustizia, 3 marzo 1993, *General Milk Product*, C-8/92, ECLI:EU:C:1993:82, par. 21.

¹⁵⁰ Corte di Giustizia, 23 marzo 2000, *Kefalas e a.*, *op. cit.*, par. 20.

delle libertà previsti dalla Carta, deve certamente ritenersi che l'art. 54 faccia per l'ap- punto riferimento alla nozione di abuso del diritto in senso stretto.

Tanto premesso, si dovrebbe affermare che l'art. 54 non può essere letto come norma di codificazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia sull'abuso come analizzata, non essendo rinvenibile un'analogia strutturale con gli elementi costitutivi della figura dell'abuso del diritto comunitario, come elaborata dalla giurisprudenza della Corte¹⁵¹.

Tuttavia, all'interpretazione che ritiene di non assimilare le due nozioni di abuso pare ostare una considerazione: a partire dalla sua collocazione topografica e vietando ogni interpretazione che miri alla distruzione dei diritti o di imporre loro limitazioni più ampie di quelle previste dalla Carta, la disposizione in esame si aggiudicherebbe la funzione di norma interpretativa, di ampio respiro, e non già percettiva, lettura, questa, che potrebbe spiegare anche l'assenza, nella disposizione, dell'espressa previsione della perdita del diritto¹⁵².

Tuttavia, parecchi autori affermano che non si può sostenere che l'art. 54 della Carta costituisca una solida base per la codificazione dell'istituto quale principio generale, quantomeno se non inteso nel senso di abuso del diritto in senso stretto¹⁵³.

Secondo parte maggioritaria della dottrina, l'abuso descritto all'art. 54, che si manifesta nelle restrizioni ai diritti fondamentali, sarebbe una categoria giuridica che non presenta elementi comuni con l'abuso del diritto di cui si occupa la giurisprudenza comunitaria, in quanto, riprendendo esattamente le disposizioni dell'art. 17 CEDU, ossia vietando ad uno Stato Membro di imporre ad un diritto protetto delle restrizioni più ampie rispetto a quelle previste dalla Carta, rifletterebbe un'esigenza pubblicistica: quella di attribuire la possibilità alla democrazia di difendersi, mancando della poliedricità ed elasticità della nozione di abuso che si rinviene nelle disposizioni di alcuni codici civili e che contraddistingue la giurisprudenza comunitaria.

Secondo altri, al contrario, proprio la scelta di inserire un siffatto articolo in un catalogo di diritti, e il fatto che si tratti di una norma interpretativa, dimostrerebbero che

¹⁵¹ *Contra*, PANDIMIGLIO M., *op. cit.*: 1091.

¹⁵² BIFULCO R., CELOTTO A., *Art. 54, Divieto dell'abuso di diritto*, in BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO, (a cura di), *L'Europa dei diritti: commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, *op. cit.*: 351, nota 73.

¹⁵³ Così IONESCU R., *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2013: 16-17.

il diritto comunitario, superato senza dubbio il solo obiettivo di istituire un mercato unico in cui tutto circola liberamente, in contrapposizione per natura al concetto di abuso, abbia raggiunto un grado di maturità tale da avere la possibilità di riconoscere il divieto di abuso del diritto come principio generale a livello comunitario e non più nazionale¹⁵⁴.

Frequente è l'affermazione secondo cui l'abuso del diritto trova ormai un espresso riconoscimento legislativo nell'art. 54 della Carta di Nizza¹⁵⁵ che, come noto, ha ormai valore giuridico vincolante¹⁵⁶, lo stesso dei Trattati¹⁵⁷.

Come afferma Galgano, è sempre il canone della buona fede ad essere posto dalla giurisprudenza a fondamento del divieto di abuso del diritto, tanto all'interno della materia contrattuale quanto fuori da questa. L'abuso del diritto è considerato principio generale del diritto, in quanto tale suscettibile di universale applicazione.

L'Autore afferma che, alla clausola generale di buona fede andrebbe sostituita, quale fondamento della repressione dell'abuso del diritto, un'altra e più specifica clausola generale, quella delineata all'art. 54 della Carta di Nizza.

¹⁵⁴ TRIANTAFYLLOU D., *L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire*, in *Cahiers de droit européen*, 5-6/2002: 611 e ss, nello specifico: 630.

¹⁵⁵ La bibliografia sulla Carta è vastissima. Senza pretese di completezza e con riferimento alla dottrina italiana, si rinvia a ADAM R., *Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 4/2000: 882 e ss.; BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A., *L'Europa dei diritti: commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2001; DANIELE L., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 4/2008: 655 e ss.; FERRARI G.F., *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, Giuffrè, Milano, 2001; FERRARI BRAVO L., DI MAJO F. M., RIZZO A., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, op. cit.; FERRARO A., *Costituzione europea e diritti fondamentali dell'uomo*, in *Diritto del commercio e degli scambi internazionali*, 3/2004: 443 e ss.; MENGOZZI P., *La giurisprudenza dell'Unione ed il rilievo attribuito alla Carta dei diritti fondamentali prima e dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, vol. I, Esi, Napoli, 2014: 487 e ss.; PANEBIANCO (a cura di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: annotato con i lavori preparatori e la giurisprudenza delle alte corti europee e della Corte costituzionale italiana*, Giuffrè, Milano, 2001; PARISI N., *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 3/2009: 653 e ss.; ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, Giuffrè, Milano, 2002; TRUCCO L., *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, 2013; VILLANI U., *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di costituzione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1/2004: 78 e ss. Sull'applicabilità della Carta, cfr., da ultimo, NASCIMBENE B., *Il principio di attribuzione e l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l'orientamento della giurisprudenza*, in *Riv. dir. int.*, 1/2015: 49 e ss. Interessante, da ultimo, un contributo straniero che pone in evidenza il rapporto intercorrente tra la Carta dei diritti fondamentali e il diritto europeo dei contratti; il riferimento è a COLLINS H., *European contract law and the Charter of Fundamental Rights*, Intersentia, Cambridge, 2017.

¹⁵⁶ REICH N., *General principle of EU civil law*, Intersentia, Cambridge, 2014. Nello specifico si v.: 189 e ss.

¹⁵⁷ Si v., in tal senso GALGANO F., *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, op. cit.: 311 e ss.

Certo è, non si può più ripetere l'antica massima *qui suo iure utitur neminem laedit*, in quanto non si può legittimamente ledere il diritto altrui – questo è il senso della disposizione generale, che chiude la Carta di Nizza – neppure se lo si lede nell'esercizio di un proprio diritto.

Dunque, incorre nel divieto di abuso del diritto chi si avvale di un proprio diritto, riconosciutogli dalla Carta, per svolgere attività o compiere atti miranti a ledere diritti altrui.

L'Autore fa notare come «i diritti e le libertà protetti dalla Carta non sono solo i diritti e le libertà tradizionalmente concepiti come diritti o libertà fondamentali: comprendono anche il diritto di proprietà (art. 17), la libertà di impresa (art. 16), la libertà professionale e il diritto di lavorare (art. 15), ossia tutti i diritti e le libertà in gioco quando si discute di abuso del diritto»¹⁵⁸.

Ancora, affermava Galgano nelle conclusioni del suo saggio del 2011 «a dieci anni dall'entrata in vigore, in tutta Europa, della Carta di Nizza, la provincia italiana non sembra essersi accorta del divieto di abuso del diritto, e continua a prodursi in inutili virtuosismi concettuali ed in sterili bizantinismi»¹⁵⁹.

Per concludere, e alla luce dell'analisi effettuata, si ritiene di poter affermare quanto segue.

L'art. 54 della Carta di Nizza ha un *iter* storico ben preciso. Deriva dall'art. 17 CEDU, con il quale condivide struttura, metodo e terminologia. Entrambi traggono origine dall'art. 30 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo.

L'art. 54 ha, probabilmente, le sue radici in una tradizione che emerge dalla *Grundgesetz* tedesca e che riecheggia un'esigenza di “protezione dell'ordinamento liberal democratico”, il quale potrebbe risultare minacciato nel momento in cui uno specifico diritto venga strumentalizzato per mettere in pericolo l'ordinamento democratico stesso.

D'altronde, questa, sembra essere la stessa *ratio* che accomuna il § 226 del Codice civile tedesco, nonché la clausola generale di buona fede cui fa riferimento Galgano.

Certo, è pacifico che il concetto di abuso del diritto come elaborato dalla Corte di Giustizia sia più generale, dovendo essere applicato ad ambiti sempre eterogenei, rispetto

¹⁵⁸ *Ivi*: 319.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

a quello contenuto nell'art. 54 della Carta, che si applicherebbe soltanto in relazione al catalogo di diritti enucleati all'interno della Carta stessa.

Tuttavia, non si può ignorare il seguente profilo. Nella positivizzazione oggetto di analisi non vi è la parte rimediale ma, in un certo senso, ciò è ovvio in quanto si tratta di norme sull'interpretazione e ad essa destinate, ci si trova nell'ambito del normale bilanciamento tra diritti, che è tipico della “*adjudication pubblica*”.

Sezione III

L'emblematica esperienza tedesca

SOMMARIO: Premessa introduttiva. 1. Brevi note preliminari sul *Bürgerliches Gesetzbuch*. 2. Il divieto di abuso nei lavori preparatori al codice civile tedesco. 3. Lo sviluppo del principio, le riflessioni di Siebert. 4. I *Fallgruppen*. 4.1. Il divieto di venire *contra factum proprium* e la *Verwirkung*. 5. L'abbandono del § 826 BGB. 6. Il ruolo, centrale, del § 242 BGB.

Premessa introduttiva

Da una disamina della dottrina e della giurisprudenza è emerso che lo sviluppo del principio del divieto di abuso del diritto all'interno dell'ordinamento tedesco, specie in materia civile, ha avuto un *iter* molto simile a quello italiano. Perciò, la prima parte della sezione verrà dedicata alla ricostruzione dell'istituto nell'ordinamento tedesco. Allo stesso modo che nel codice civile italiano, infatti, anche in quello tedesco non vi è un'espressa codificazione dell'istituto ma, piuttosto, vi è stata un'ampia interpretazione di due norme in particolare, il § 226, *Schikaneverbot*, che corrisponde al “nostro” divieto di atti emulativi e il § 242, *Leistung nach Treu und Glauben*, che equivale alla clausola generale di buona fede, la quale ha condotto all'elaborazione di un principio generale di divieto di abuso del diritto.

Inoltre, come verrà messo in luce nel prosieguo della trattazione, la Germania ha costituzionalizzato il divieto di abuso del diritto: ciò rappresenta una peculiarità assoluta tra gli Stati membri.

Per questi motivi, un'analisi comparata con l'ordinamento tedesco, che da sempre costituisce un esempio per gli ordinamenti continentali, risulta interessante.

1. *Brevi note preliminari sul Bürgerliches Gesetzbuch*

Prima di entrare nel merito non ci si può esimere dal richiamare alcuni profili basilari del *Bürgerliches Gesetzbuch*, ovvero il codice civile tedesco (da ora in poi *BGB*). Il codice è entrato in vigore nel 1900, in contemporanea all'*Handelsgesetzbuch*¹⁶⁰, il codice del commercio tedesco, ed è suddiviso in cinque libri: *Allgemeiner Teil* (§§1-240), *Recht der Schuldverhältnisse* (§§241-853), *Sachenrecht* (§§854-1296), *Familienrecht* (§§1297-1921), *Erbrecht* (§§1922-2384)¹⁶¹.

Il diritto tedesco attualmente vigente fonda le sue radici nel diritto romano, nel diritto comune e nelle codificazioni moderne del diciottesimo e diciannovesimo secolo. Nel XIX secolo in Germania vigevano differenti sistemi giuridici¹⁶² ed era molto forte l'influenza della Pandettistica, il cui obiettivo era quello di rielaborare il diritto comune in un sistema di diritto privato chiuso e privo di antinomie.

A tal fine furono elaborati principi e concetti generali che hanno, poi, costituito la base del successivo sistema giuridico tedesco, caratterizzato, come le altre codificazioni moderne, da generalità e astrattezza delle norme.

Tra le riforme più recenti dell'ordinamento tedesco, quella di maggior rilievo, cui risulta opportuno accennare, è sicuramente la *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*¹⁶³ del 2001¹⁶⁴ che, anche sulla scorta di alcune direttive comunitarie, ha apportato sostanziali modifiche al codice civile tedesco. Sono stati creati nuovi istituti giuridici e si è assistiti ad un adeguamento, del codice previgente, alla realtà economica moderna, anche sulla scorta di alcune modifiche apportate al § 242 *BGB*, che racchiude come detto la clausola generale di buona fede.

¹⁶⁰ Conosciuto con l'acronimo "*HGB*".

¹⁶¹ Rispettivamente: il libro sulla parte generale, il libro sul diritto delle obbligazioni, il libro relativo al diritto di proprietà e il libro sul diritto di successione.

¹⁶² Il riferimento è al codice francese, prussiano, bavarese, sassone, austriaco, danese, comune-romano.

¹⁶³ Letteralmente "Legge sulla modernizzazione del diritto delle obbligazioni".

¹⁶⁴ La Riforma è entrata in vigore nel 2002.

Le modifiche introdotte dalla Riforma hanno riguardato nello specifico: una nuova regolamentazione delle ipotesi di “alterazioni della prestazione” (*Leistungsstörungen*)¹⁶⁵, la prescrizione, l’introduzione di leggi speciali¹⁶⁶, l’inserimento della normativa sui diritti dei consumatori direttamente nel *BGB*¹⁶⁷.

2. Il divieto di abuso nei lavori preparatori al codice civile tedesco

La questione riguardante l’inserimento di un divieto generale di abuso del diritto riguardò anche i lavori preparatori al codice civile tedesco e fu dapprima oggetto di discussioni durante i del codice del 1896, nell’ambito dei quali la prima Commissione si mostrò da subito contraria. Sulla sua scia si espresse la c.d. Commissione preliminare presso l’Ufficio imperiale della giustizia (*Vorkommission des Reichsjustizamtes*), che motivò il rifiuto con il timore che un tale divieto avrebbe condotto a decisioni fondate su un senso di giustizia puramente soggettivo. Analoghe furono le considerazioni svolte nell’ambito della seconda Commissione a proposito dell’*exceptio doli generalis*. Alcuni proposero di codificarla nella parte generale del codice, ma prevalse una risposta negativa, anch’essa ispirata dal timore che si sarebbe così alimentata una confusione tra diritto e morale¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Tra questa nuove ipotesi vi rientra la responsabilità per vizi materiali e giuridici. Prima della riforma il venditore era obbligato a consegnare un bene esente da soli vizi giuridici (ci si riferisce ad un bene ad esempio non gravato da oneri o da diritti di godimento, corrispettivo dei nostri articoli 1482 e 1489 c.c.), non anche materiali (vizi della cosa venduta, corrispondente al nostro art. 1490 c.c.). Nel caso in cui il venditore prestasse un bene affetto da vizi materiali era ritenuto comunque adempiente ai doveri discendenti dal contratto di compravendita e il compratore poteva agire nei suoi confronti con l’azione redibitoria o con l’azione estimatoria. Il risarcimento del danno era configurabile solo in casi limitati, quali la mancanza di una qualità promessa o in caso di doloso inganno. Ora, dopo la riforma, il venditore è obbligato alla consegna di un bene esente da qualsiasi tipo di vizio, giuridico e materiale (si veda il § 433 comma 3 *BGB*), con la conseguenza che nel caso in cui consegna un bene viziato, di qualsiasi natura sia il vizio, sarà ritenuto inadempiente.

¹⁶⁶ Ad esempio quella sulle condizioni generali del contratto, le cosiddette *allgemeine Geschäftsbedingungen*, note con l’acronimo *AGB*.

¹⁶⁷ Si tratta, in particolare, delle nozioni di imprenditore e consumatore, nonché alcune leggi speciali sul credito al consumo, sui contratti a distanza, sui contratti porta a porta, etc. A quest’ultimo proposito va evidenziata la differenza con l’ordinamento italiano in cui la normativa sul diritto del consumo è stata trasfusa per intero in un *corpus* normativo *ad hoc*, il Codice del consumo, entrato in vigore nel 2005.

¹⁶⁸ Su una ricostruzione in tal senso si v. HAFERKAMP H.P., *Die heutige Rechtsmissbrauchslehre. Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens?*, Verlag Spitz, Berlin, 1995: 95 e ss.

All'esito di tali vicende, la redazione finale del *BGB* sembrava aver dato esplicito rilievo al divieto di abuso del diritto prevedendo nella parte generale, al § 226, che l'esercizio del diritto è inammissibile (*unzulässig*) quando ha il solo scopo di provocare danno ad altri¹⁶⁹.

Si tratta del divieto di atti emulativi (*Schikaneverbot*). Tale divieto era inizialmente riferito soltanto al diritto di proprietà, ma venne poi trasformato in un divieto generale. Questa scelta dei compilatori recepì, certamente, la tradizione dell'*aemulatio*, tipica del diritto romano, incentrata sull'intenzione di nuocere¹⁷⁰, e venne ricostruita enfatizzando, in particolare, la correlazione tra il diritto e l'interesse che lo stesso realizza.

In tal senso, si prende in considerazione l'utilizzo "anormale" del diritto, che viene valutato anche mediante l'impiego del modello del *détournement de pouvoir*, tratto dalla giurisprudenza amministrativa francese ed utilizzato come criterio di controllo della corrispondenza del concreto atto di esercizio del diritto, rispetto alla funzione economica e sociale del diritto in questione¹⁷¹.

Può ricordarsi, a tale proposito, la posizione del Saleilles¹⁷² che, nei primi anni del novecento, soprattutto nell'ambito di studi relativi al codice civile tedesco, individuava l'abuso nell'esercizio "anormale" del diritto e cioè in un atto "contrario alla sua destinazione economica o sociale" e "riprovato dalla coscienza pubblica", arrivando a configurare¹⁷³ una generale "relatività" dei diritti.

¹⁶⁹ Sull'*iter* che ha condotto alla redazione del § 226, si v. ROTONDI M., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923: 126 e ss.

¹⁷⁰ Su tale specifico punto si precisa che tale modello, in altri ordinamenti, specie in quello tedesco, è stato adottato e generalizzato, riferendolo all'esercizio del diritto in generale. È quanto accade con riferimento al § 226 *BGB*.

¹⁷¹ Si tratta della figura tipica del diritto amministrativo dello 'sviamento di potere'.

¹⁷² SALEILLES R., *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après la premier projet de code civil allemand*, Rousseau, Paris, 1890; dello stesso A., *Étude sur la théorie générale de l'obligation dans la second rédaction du projet de code civil allemand*, Rousseau, Paris, 1895; *De l'abus de droit, rapport présenté à la Ire Sous-commission de la Commission de revision du Code Civil*, in 4 *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905.

¹⁷³ In ciò analogamente a JOSSELAND L., *De l'abus de droits*, Dalloz, Parigi, 1905. Entrambi cercano di collocare l'abuso entro il quadro di una generale funzione sociale dei diritti, affermando la sindacabilità di un atto di esercizio che esorbiti da tale funzione. Tale assunto equivarrebbe alla "funzione sociale" che il legislatore italiano attribuisce altresì al diritto di proprietà tramite l'art. 42 Cost. il quale dispone: «La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale. La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità». Lo scopo è quello di contemperare gli interessi dell'individuo con quelli della collettività.

Tale posizione, nel denunciare la sostanziale inutilità di un criterio fondato sull'intenzione di nuocere¹⁷⁴, ne esaurisce ogni rilevanza nell'accertamento della obiettiva "anormalità" dell'atto, così da affermare che l'atto intenzionalmente dannoso è abusivo non in forza dell'accertamento di tale volontà di nuocere ma, piuttosto, a causa del suo carattere anormale ed eccessivo.

La teorica dell'*aemulatio* all'interno dell'ordinamento privatistico tedesco è stata sviluppata dal noto giurista Samuel Stryk, che la elaborò sulla base dell'*Usus modernus pandectarum*¹⁷⁵. Tale teoria ha avuto la novità di collegare la dottrina degli atti emulativi non solo alle ipotesi di rapporti di vicinato, ma a tutte quelle ipotesi in cui si abbiano ad oggetto azioni compiute dal titolare del diritto in assenza di un proprio interesse, con l'unico scopo, quindi, di arrecare danni ad altri.

In tal modo, il paradigma dell'esercizio intenzionalmente dannoso del diritto di proprietà è stato esteso e generalizzato a qualunque diritto. Ci si trova, difatti, contrariamente a quanto accade all'interno del codice civile italiano con l'art. 833 c.c., nella parte generale del *BGB*, le cui norme si applicano, in via generale.

Si ricorda che, in precedenza, tale modello era estraneo alla tradizione giuridica tedesca, poiché durante la vigenza del diritto romano comune l'idea dell'esercizio emulativo dei diritti reali era stata sostanzialmente ignorata dalla giurisprudenza tedesca¹⁷⁶.

Tuttavia, anche dopo l'entrata in vigore del *BGB* nel 1900, in continuità con l'esperienza anteriore, il § 226 non ha svolto alcun ruolo significativo nella prassi giurisprudenziale, se si eccettua qualche sporadico caso, ed esso è ad oggi sostanzialmente inapplicato.

Le ragioni dello scarso successo della norma sono da imputarsi al rilievo determinante attribuito dalla stessa allo scopo soggettivo dell'agente, che deve essere esclusivamente orientato a nuocere ad altri¹⁷⁷.

¹⁷⁴ In quanto criterio affidato unicamente ad una indagine psicologica sulla volontà dell'autore e sempre superabile mediante la facile allegazione di un qualunque interesse individuale, idoneo a giustificare, apparentemente, l'atto.

¹⁷⁵ STRYK S., *De iure aemulatione* (1678), in *Dissertationes iuridicae de selectis utriusque iuris materiis*, vol. III, Oder, Frankfurt; 1690: 52 e ss.

¹⁷⁶ RANIERI F., *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3/1972: 1220 e ss.

¹⁷⁷ Sul punto si v. GAMBARO A., *Abuse of rights in civil law tradition*, in *3 European Review of Private Law*, 4/1995: 561 e ss.

Rispetto alle applicazioni dell'*aemulatio* nel diritto comune, l'operatività della regola avrebbe potuto essere incrementata mediante un meccanismo di presunzioni, che avrebbero consentito essenzialmente di dedurre dalla mancanza di obiettiva utilità dell'atto, la prova dell'intenzione soggettiva dell'agente. La giurisprudenza tedesca, però, non ritenne di adottare un'interpretazione della norma che si discostasse dal suo tenore letterale e che ne avrebbe consentito un'applicazione in qualche modo più libera quanto alla prova dello specifico intento di nuocere¹⁷⁸.

Il non utilizzo del § 226 non lasciò, comunque, la giurisprudenza tedesca priva di basi testuali, che sono state tratte sia dalla disciplina dell'illecito extracontrattuale che da quella in tema di obbligazioni.

3. *Lo sviluppo del principio, le riflessioni di Siebert*

In via preliminare, va specificato che la realtà sociale della Germania agli inizi del secolo non era molto diversa da quella francese, in cui poi si è stato sviluppato il concetto di divieto di abuso del diritto. In particolare, il diritto di proprietà godeva della stessa assolutezza e rappresentava il modello dei diritti soggettivi, il diritto soggettivo per antonomasia.

Il legislatore tedesco, sicuramente influenzato dall'esperienza giurisprudenziale francese e nonostante le voci contrarie alle clausole e ai principi generali, accolse il principio dell'abuso del diritto, collegandolo, in un primo momento, all'intenzione di nuocere da parte del titolare del diritto, all'*aemulatio*.

La dottrina tedesca risultava suddivisa principalmente in due filoni. C'erano alcuni giuristi, come Carl Georg von Wächter, i quali sostenevano che i testi romani non avessero un'applicazione generale, mentre, altri, ad esempio Bernhard Windscheid, avallavano la tesi secondo cui essi potessero essere considerati "principio generale". Più tardi, i sostenitori della dottrina sul divieto di abuso del diritto, fautori della seconda tesi, affermarono che la loro teoria potesse essere inquadrata nell'*aemulatio*, da ricondurre al § 226 del codice civile tedesco.

¹⁷⁸ *Ivi*: 567 e ss.

Tuttavia, fin da subito, la costruzione di un principio generale di divieto di abuso del diritto da inquadrare nel § 226 sembrava essere piuttosto limitante, specialmente per la difficoltà di provarne l'elemento soggettivo.

La dottrina dell'abuso del diritto in Germania ebbe successo perché fu da subito considerata un mezzo necessario per limitare il diritto concesso dalla legge stessa, uno strumento di progresso per placare l'eccessivo individualismo e in grado di poter conferire una visione più "sociale" dei diritti individuali e ricevette attenzione, da parte della dottrina tedesca, specialmente a partire dagli anni Trenta.

Hans Peter Haferkamp¹⁷⁹ l'ha, infatti, individuata in un libro di Wolfgang Siebert pubblicato nel 1934¹⁸⁰. Come nota Haferkamp, Siebert stesso prende in prestito la dottrina dell'abuso del diritto dalla Francia, in cui, come afferma lo stesso Autore, «la dottrina è stata sviluppata ed è applicata nel migliore dei modi». È in questi anni che la clausola generale di buona fede prevista al § 242 *BGB* diviene il perno attraverso cui far ruotare tutte le ricostruzioni giurisprudenziali e dottrinali degli anni a seguire. Infatti, non diversamente dal *Reichsgerichts*, anche Siebert affermò che il divieto di atti emulativi rappresentava, già allora, un precetto con un ruolo del tutto trascurabile, assorbito ormai da clausole generali più ampie, contenute nei §§ 242 e 826 *BGB*. Quest'ultimo, di cui si parlerà nel prosieguo, relativo ai danni intenzionali illeciti¹⁸¹. Entrambe le norme furono considerate dall'Autore come dei limiti generali all'esercizio del diritto, da intendersi, più precisamente, come limiti interni comportanti una "relatività del contenuto del diritto" (*Relativität des Rechtsinhalts*) e, nel caso fossero stati oltrepassati dal suo titolare, un "agire senza diritto" (*Handeln ohne Recht*).

Siebert mosse dall'idea di "relazione eccezionale" tra i soggetti interessati (*Sonderbeziehung*)¹⁸², precisando che la clausola generale di buona fede, criterio oggettivo onnicomprensivo, operava all'interno della relazione, mentre il § 826 *BGB*, con connota-

¹⁷⁹ HAFERKAMP H. P., *Die heutige Rechtsmissbrauchslehre. Ergebnis nationalsozialistischer Rechtsdenkens?*, Spitz, Berlin, 1995; H. P. HAFERKAMP in M. SCHMOLZEN, J. RÜCKER AND R. ZIMMERMANN, *Historischkritischer Kommentar zum BGB, Band II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil §§ 241-432*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007: § 242, par. 74-76.

¹⁸⁰ SIEBERT W., *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, Erwehrt, Marburg, 1934.

¹⁸¹ *Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung*.

¹⁸² Su questo tipo di relazione, comportante l'esistenza di un qualche "contatto sociale", si v. A. TEICHMANN, *Sub Par. 242*, in *BGB-Soergel, Kommentar*, vol. II, Stuttgart, 1990: 33 e ss.

zione soggettiva, operava al di fuori di essa. L'Autore puntualizzava che l'elemento soggettivo si realizzava in tutti quei casi in cui «la fattispecie esterna del comportamento è talmente grave da rendere insostenibile il tener conto di un'eventuale fattispecie interna scriminante»¹⁸³. In tal modo l'Autore giunse ad elaborare quella *Generalklauselsystematik*, ovvero quella “sistematicità” delle clausole generali che diventò il punto di riferimento costante per dottrina e giurisprudenza in tema di abuso del diritto.

4. I Fallgruppen

L'entrata in vigore del *BGB* nel 1900 non comportò stravolgimenti nel modo di concepire l'ordinamento, e la prassi giurisprudenziale tedesca che, «in perfetta consonanza con la propria precedente tradizione, mostrò di conservare piena consapevolezza della rilevanza e della necessità di continuare a sanzionare comportamenti iniqui, ancorché leciti nell'ottica dello *ius strictum*»¹⁸⁴; ciò specialmente attraverso l'elaborazione di principi e clausole generali in grado di assumere tale ruolo.

Nell'indagine relativa ai principi e alle regole che concorrono a definire il concetto e l'ambito dell'abuso del diritto, l'elaborazione giuridica tedesca ha ritenuto di parlare della presenza, di alcuni casi esemplificativi, i cosiddetti “*Fallgruppen*” (letteralmente “gruppi di casi”), individuabili nel generale divieto di venire *contra factum proprium*, nella *Verwirkung*, nella figura dell'*exceptio doli generalis*, nell'acquisto e frustrazione sleale di una posizione giuridica e nell'assenza di un interesse legittimo¹⁸⁵. Si tratta di ipotesi che fungono, *in primis*, da guida per il giudice nell'individuazione di un abuso del diritto nel caso concreto e che, inoltre, ruotano intorno alla clausola generale di buona fede prevista al § 242 *BGB* e ne specificano la portata¹⁸⁶.

¹⁸³ SIEBERT W., *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, op. cit.: 116.

¹⁸⁴ PROCCHI F., *L'exceptio doli generalis e il divieto di venire contra factum proprium*, in GAROFALO (a cura di) *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, Cedam, Padova, 2006: 78-79.

¹⁸⁵ Si tratta, in tutti questi casi, di figure che consentono di attribuire rilievo e dignità giuridica alle ragioni di giustizia sostanziale.

¹⁸⁶ Per un approfondimento sui *Fallgruppen* si v. Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch*, I, Köln, 2017, § 242: 820 e ss.

Si devono alla giurisprudenza tedesca il recupero e la conservazione di queste figure, ed alla elaborazione dottrinale la loro compiuta configurazione¹⁸⁷, il loro utilizzo e il significato attuale, specialmente con riferimento al divieto di venire *contra factum proprium*, come anche della figura della *Verwirkung* e della *exceptio doli generalis*.

La dottrina e la giurisprudenza tedesca hanno avuto il pregio di inaugurare il modo di intendere questi istituti alla luce del principio di buona fede oggettiva, come espresso nel § 242 *BGB*, il che vale a connotarli e ricostruirli in maniera differente rispetto al loro originario significato, soprattutto nella direzione di una loro comprensione ed efficacia sempre più “oggettiva”, capace di inquadrare gli interessi coinvolti e gli equilibri socialmente rilevanti¹⁸⁸.

4.1. *Il divieto di venire contra factum proprium e la Verwirkung*

Per quanto riguarda più specificamente il divieto di venire *contra factum proprium*, questo può dirsi volto a sanzionare condotte contraddittorie, collegandosi al principio della buona fede o, più specificamente, al principio della tutela dell'affidamento¹⁸⁹.

¹⁸⁷ PROCCHI F., *op. cit.*: 81, il quale afferma: «[...] La proibizione di tenere condotte contraddittorie (*non venire contra factum proprium*) viene a contrapporsi alla generale regola di libera fruibilità delle situazioni giuridiche soggettive di cui si ha la titolarità (*qui iure suo utitur neminem laedit*). Non essendo rinvenibile nella neonata codificazione tedesca una generale affermazione di principio a favore del divieto di venire *contra factum proprium*, l'istituto necessitava della creazione di un fondamento dogmatico». Sul tema, si rinvia alla ricca bibliografia (a proposito sia della buona fede che del divieto di venire *contra factum proprium*) di Procchi. Si sottolinea l'indicazione dell'Autore relativa all'opera fondamentale e, storicamente, la prima, inerente tale principio: RIEZLER E., *Venire contra factum proprium. Studien in römischen, englischen und deutschen Zivilrecht*, Leipzig, 1912. Particolarmente significativa in quest'opera è l'individuazione e la classificazione degli specifici ambiti che invocano e legittimano l'applicazione di rimedi secondo buona fede.

¹⁸⁸ PATTI S., voce *Verwirkung*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Utet, Torino 1999: 728 ss., nonché, dello stesso A., *Vicende del diritto soggettivo. Un itinerario di diritto privato*, Utet, Torino, 1999: 70-71, in cui l'Autore afferma che: «Per quanto riguarda il divieto di venire *contra factum proprium*, la stessa formula esprime un tipo di valutazione che tiene conto di due successivi comportamenti contrastanti del(lo) stesso soggetto che agisce. Tuttavia il significato che ormai da tempo viene attribuito alla formula è diverso, perché in effetti si prende in considerazione anche l'affidamento della controparte. Cosicché si attua la valutazione richiesta dal § 242 *BGB*, basata sul bilanciamento dei contrapposti interessi alla luce del comportamento di entrambe le parti».

Si v., ancora, dello stesso Autore, *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato*, 1999, Laterza, Bari, nello specifico le parti dedicate alla comparazione con l'ordinamento tedesco: 69 e ss.; *Codice civile tedesco Bürgerliches Gesetzbuch*, Traduzione e presentazione a cura di PATTI S., Giuffrè, Milano, 2013.

¹⁸⁹ PROCCHI F., *L'exceptio doli generalis e il divieto di venire contra factum proprium*, *op. cit.*: 105. L'A. afferma: «Un originale posizione intermedia è quella sostenuta da Canaris, convinto sostenitore della riconoscibilità dei comportamenti contraddittori ad una violazione del principio dell'affidamento». Il principio

Il divieto di venire *contra factum proprium* fu da subito inteso dalla Corte Suprema tedesca¹⁹⁰ (*Reichsgericht*) come principio fondante l'*exceptio doli*. Difatti, l'ipotesi di esercizio di un diritto in palese contrasto con un precedente comportamento rappresenta una delle fattispecie tipiche in cui inquadrare le ipotesi di abuso del diritto. Ciò, chiaramente, purché si sia ingenerato un legittimo affidamento della controparte, che il titolare del diritto abbia agito in violazione della buona fede e sempre che la controparte stessa sia stata portata a tenere un comportamento svantaggioso. In tali ipotesi la Cassazione civile tedesca ha sostenuto una violazione del § 242 *BGB*.

Accanto a queste ricostruzioni del divieto, che lo descrivono in connessione all'ambito degli strumenti volti a presidiare la giustizia sostanziale dell'ordinamento e l'oggettiva correttezza dei comportamenti giuridicamente rilevanti, è stata proposta anche una sua ricostruzione in termini esclusivamente "negoziali"¹⁹¹. Si può infatti sostenere che esso è riconosciuto e applicato come criterio generale di condotta.

Per ciò che riguarda l'esistenza del divieto di venire *contra factum proprium* nell'ordinamento italiano, è stato affermato che: «se dal piano delle enunciazioni formali si passa a quello sostanziale» di tale divieto, è dato rinvenire svariate applicazioni "occulte"¹⁹², tuttavia tali applicazioni non sono supportate da un'adeguata elaborazione, capace di coordinare tale principio con le peculiarità dell'ordinamento giuridico italiano¹⁹³.

Ecco, allora, che gli interventi che si occupano di indagare la sussistenza di tale principio nel nostro ordinamento si ritrovano soprattutto, se non esclusivamente, a valutare i percorsi argomentativi di sentenze nelle quali il divieto di venire *contra factum*

di tutela dell'affidamento si ritrova frequentemente evocato a giustificazione della figura dell'abuso del diritto così come della *Verwirkung*». Per un approfondimento della tematica si rinvia a PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1990.

¹⁹⁰ RG, 30 maggio 1904, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 58, 1905: 35 e ss.

¹⁹¹ Tale ricostruzione ha una qualche eco anche nel nostro ordinamento, laddove meno sicuro è l'utilizzo del divieto di venire *contra factum proprium*.

¹⁹² Così MERUZZI G., *L'exceptio doli, Dal diritto civile al diritto commerciale*, Cedam, Padova, 2005: 477-478. L'A. cita una serie di casi giurisprudenziali in cui l'invocazione del principio di correttezza sottintende l'applicazione del divieto di venire *contra factum proprium*; ciò rivela come spesso, nel ragionamento delle corti, il ricorso alla buona fede diviene il tramite per l'applicazione del divieto, «buona fede e divieto di venire *contra factum proprium* [...] interagiscono tra loro per tutelare l'affidamento delle parti in sede di interpretazione e correzione del contenuto normativo del contratto»; tra l'altro non sempre il tramite della buona fede si rivela indispensabile: «A livello sistematico il ricorso al criterio della buona fede non è peraltro, nel ragionamento delle corti, un passaggio obbligato nell'applicazione del principio, la cui esistenza altrettanto di frequente desunta per implicito del sistema, come si desume da una vasta serie di precedenti». Nello specifico si v.: 482.

¹⁹³ MERUZZI G., *ivi*, in particolare: 476 e ss., laddove l'A. afferma che il divieto di venire *contra factum proprium* costituisce principio riconosciuto e accolto in ambito comunitario.

proprium viene espressamente evocato o, più spesso, si rivela presente come un criterio logico di decisione implicito.

In stretta contiguità con il divieto di venire *contra factum proprium* viene solitamente indagata un'altra figura, che ha ricevuto maggiore attenzione ed un maggiore sforzo ricostruttivo, ed ha una connotazione ben precisa ed un ambito di applicazione più facilmente individuabile.

Si tratta dell'istituto della *Verwirkung* che, come il divieto di venire *contra factum proprium*, nasce e deve la sua fortuna esclusivamente alle applicazioni della giurisprudenza e della dottrina tedesche, anche se non ha mancato di ricevere qualche attenzione anche nel nostro ordinamento, seppur con una sostanziale differenza di prospettiva¹⁹⁴.

Nella comune radice del principio di buona fede, l'istituto viene solitamente accostato al divieto di venire *contra factum proprium* oppure anche alla figura dell'abuso del diritto.

Per ciò che riguarda nello specifico la riconduzione della *Verwirkung* all'abuso del diritto, secondo questa ricostruzione si può definire "abusivo" l'esercizio del diritto posto in essere da un soggetto dopo aver determinato con il suo comportamento un affidamento degno di tutela della controparte.

Questa conclusione, tuttavia, può essere avallata solo se si accoglie una nozione ampia della categoria dell'abuso, da intendersi come presupposto concettuale, fattispecie-base, in grado di giustificare l'applicazione di altri rimedi di giustizia sostanziale¹⁹⁵.

¹⁹⁴ In Italia gli unici contributi appositamente dedicati a questa figura sono quello di RANIERI F., *Rinunzia tacita e Verwirkung*, Cedam, Padova, 1971 e quello di PATTI S., *Verwirkung*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIX, Utet, Torino, 1999: 728 e ss., ora in PATTI S., *Vicende del diritto soggettivo*, op. cit.: 63 e ss., il quale osserva che la *Verwirkung* è un prodotto della giurisprudenza tedesca e ha origini piuttosto recenti: «La giurisprudenza tedesca ha utilizzato frequentemente la *Verwirkung* negli anni successivi alla prima guerra mondiale», ed è particolarmente significativa la circostanza in cui l'istituto è nato. «L'esigenza si avvertì in occasione del crollo del marco, che spinse all'abbandono del principio del valore nominale dei debiti pecuniari e all'ammissione della rilevanza giurisprudenziale dei crediti [...] al creditore venne così concessa la possibilità di agire per la rivalutazione del credito ma, tenendo conto dell'esigenza del debitore, di conoscere nel più breve tempo possibile l'entità della prestazione da eseguire, la giurisprudenza considerò decaduto dal diritto di rivalutazione chi fosse rimasto così a lungo inattivo da creare nel debitore la convinzione che il diritto non sarebbe più stato esercitato».

¹⁹⁵ In particolare, sembrerebbe potersi affermare che la riconduzione della *Verwirkung* alla categoria dell'abuso del diritto – quale sua tipica e specifica modalità di estrinsecazione – possa risultare in particolare modo significativa in un sistema giuridico – quale quello italiano – che non riconosce legittimità, e quindi nemmeno le conseguenze giuridiche che gli sono connaturate, ad un meccanismo che sia paragonabile alla *Verwirkung* tedesca. Su tale istituto e sulla sua possibile applicazione all'interno dell'ordinamento italiano si v. RANIERI F., *Rinunzia tacita e Verwirkung*, op. cit.

La *Verwirkung* è definita come un peculiare istituto che «comporta la perdita del diritto soggettivo in seguito alla inattività del titolare, durata per un periodo di tempo non determinato a priori, ed alla concorrenza di circostanze idonee a determinare un affidamento meritevole di tutela in base al principio di buona fede»¹⁹⁶.

Questa definizione è il risultato di un'evoluzione interpretativa che ha eliminato dalla struttura concettuale dell'istituto la considerazione di elementi soggettivi e, specificamente, della intenzione maliziosa del titolare del diritto, dello scopo ingiusto da questi perseguito tramite l'anomalo ritardo nell'esercizio del diritto stesso¹⁹⁷.

L'attuale definizione e portata dell'istituto è frutto anche di un'importante tensione dialettica che ha avuto luogo per l'individuazione del suo fondamento. A fronte dell'idea più ampia e dominante che riconduceva la *Verwirkung* al principio di buona fede e correttezza – con il fine di tutelare l'affidamento della controparte – veniva posta, come anticipato, la natura negoziale dell'istituto, quindi, la giustificazione del suo operare solo in quanto integrante una fattispecie di rinuncia tacita del titolare al proprio diritto. Ormai da tempo, tuttavia, si può affermare che non vi è più alcun tentennamento da parte della dottrina tedesca nel ricondurre l'istituto al generale principio di buona fede e al riferimento normativo del § 242 *BGB*, che assume ruolo centrale nella nota all'abuso del diritto¹⁹⁸.

Quelli del divieto di venire *contra factum proprium* e della *Verwirkung* rappresentano criteri che ruotano intorno alla clausola generale di buona fede, elaborati fin dal diritto romano, formulati in altri ordinamenti di *civil law*, o riconosciuti dall'ordinamento comunitario, criteri che hanno permesso di costruire un principio generale di divieto di abuso del diritto.

¹⁹⁶ PATTI S., *Verwirkung*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIX, *op. cit.*: 63; è il caso di sottolineare quali siano i rapporti tra questa figura e gli istituti della prescrizione e della decadenza, anche perché questo è il punto che probabilmente suscita la maggior diffidenza per la figura della *Verwirkung* nella dottrina e nella giurisprudenza italiane; *ivi*: 67, in cui si afferma: «La *Verwirkung* non costituisce pertanto una eccezione del principio secondo cui l'inerzia del titolare del diritto può determinare la perdita del diritto soltanto per prescrizione o decadenza, perché nel caso in esame non è sufficiente una mera inattività ma occorre un certo atteggiamento del titolare del diritto che assume una precisa rilevanza alla luce delle circostanze».

¹⁹⁷ È stata abbandonata ogni attenzione per un eventuale profilo di colpa del titolare del diritto, per attribuire, invece esclusiva rilevanza alle circostanze del caso e al comportamento del titolare del diritto, considerati alla luce del parametro di buona fede.

¹⁹⁸ Sul punto si v. PATTI S., *Verwirkung*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIX, *op. cit.*: 67, «un'assoluta concordanza di opinioni esiste per quanto riguarda la natura non negoziale della *Verwirkung*, che viene definita come effetto legale di un comportamento. Gli effetti sfavorevoli al titolare del diritto non si producono in forza di una sua dichiarazione negoziale, ma semplicemente come conseguenza dell'applicazione del principio *Treu und glauben*».

Si può certamente affermare, e ciò emerge proprio dalla *ratio* comune alle figure descritte, che lo sviluppo e il riconoscimento del divieto di abuso del diritto e di figure analoghe è stato guidato da un'idea precisa, secondo cui lo Stato non può tollerare lo sfruttamento ingiustificato delle prerogative che riconosce in capo ai singoli.

5. L'abbandono del § 826 BGB

Per l'elaborazione di un principio generale di divieto di abuso del diritto¹⁹⁹ furono utilizzati, come anticipato *supra*, il § 826, che obbliga al risarcimento per il danno cagionato intenzionalmente in violazione dei *gute Sitten*²⁰⁰, così condannando ad un progressivo deperimento la norma del § 226, ormai "lettera morta"²⁰¹ e, successivamente, la clausola generale di buona fede (*Treu und Glauben*) del § 242 in tema di esecuzione del rapporto obbligatorio²⁰², che ha poi reso a sua volta irrilevante il § 826 e che ha occupato l'intero campo delle situazioni riconducibili all'esercizio abusivo del diritto, assumendo la veste di limite generale all'esercizio dei diritti.

Risulta opportuna, a questo punto, anche una breve analisi del § 826 BGB.

L'applicazione del § 826, più che altro, alla luce del disposto del § 249, che obbliga alla riparazione del danno in forma specifica²⁰³, consentì alla giurisprudenza di affermare la preclusione all'esercizio del diritto quando ciò avvenisse in modo contrario ai buoni costumi e con pregiudizio per un terzo.

L'impiego del § 826 per reprimere i casi nei quali il danno intenzionale e cagionato in violazione dei buoni costumi facesse seguito all'esercizio di un diritto, riprendeva

¹⁹⁹ In tedesco l'esercizio abusivo di un diritto viene indicato con l'espressione «Missbräuchliche Rechtsausübung».

²⁰⁰ «Buoni costumi». § 826 «Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung. Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet». La traduzione è la seguente: «Danni intenzionali illeciti. Chiunque cagiona intenzionalmente un danno ad un altro in modo contrario al buon costume è tenuto a risarcire l'altro per il danno».

²⁰¹ In tal senso si v. GAMBARO A., *Abuso del diritto, II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. Giur.*, vol. I, Roma, 1988: 1 e ss.; *ID.*, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Cicu e Messineo*, Milano, 1995: 472 e ss.; RANIERI F., *Norma scritta e prassi giurisprudenziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtmissbrauch*, *op. cit.*: 1216 e ss. Sul tema si v. anche BOLGÁR V., *Abuse of rights in France, Germany and Switzerland: a survey of a recent chapter in Legal doctrine*, in vol. 35, n. 5, *Louisiana Law Review*, 1975: 1015 e ss.; DEVINE D. J., *Some comparative aspects of the doctrine of abuse of rights*, in *Acta Juridica*, 1964: 148 e ss.

²⁰² Che impone al debitore e creditore di comportarsi secondo buona fede, nell'esecuzione dell'obbligazione.

²⁰³ Che nel diritto tedesco assume il rango di modalità principale di risarcimento.

la tradizione del diritto romano comune dell'*exceptio doli generalis*, rimedio generale per opporsi all'esercizio dell'altrui diritto quando esso fosse sorretto da particolare scorrettezza e di cui il § 826 costituiva, nell'intenzione dei compilatori, esplicita ricezione.

Tale norma ebbe un ruolo anche nello sviluppo iniziale della nota dottrina della *Verwirkung* in base alla quale, come anticipato *supra*, se taluno attende tanto a lungo prima di far valere il proprio diritto, così da ingenerare nella controparte il legittimo affidamento sul fatto che il diritto non verrà esercitato, anche se la prescrizione non si è compiuta, l'esercizio del diritto può essere paralizzato dall'eccezione di controparte.

Altre applicazioni del § 826 riguardarono gli abusi della maggioranza nell'ambito delle società per azioni quando fossero diretti a danneggiare la minoranza in contrasto con l'interesse sociale. Il § 826 è poi anche stato applicato per reprimere la *Schikane*²⁰⁴ nel campo dei diritti reali, secondo il modello dell'*aemulatio*, già espresso dallo stesso § 226, con portata generale.

Ma, a partire dagli anni trenta del novecento, in concomitanza con la peculiare attenzione che la riflessione della dottrina tedesca ha dedicato alle clausole generali e specificamente al dovere di *Treu und Glauben*, anche le applicazioni del § 826, hanno ceduto il passo al dovere di buona fede del § 242, che ha progressivamente assunto il compito di giustificare un generale divieto di esercizio scorretto o intenzionalmente dannoso del diritto, anche al di fuori del campo dell'esecuzione dell'obbligazione in senso stretto.

I giudici cominciarono ad abbandonare il riferimento ai §§ 226 e 826 *BGB* soprattutto sulla scia delle riflessioni, anticipate *supra*, svolte da Wolfgang Siebert. In quegli anni il principio dell'abuso del diritto, in stretta connessione con la clausola generale di buona fede, diventava un metodo di controllo del giudice sull'esercizio dei diritti delle parti e sul bilanciamento dei loro contrapposti interessi²⁰⁵, uno strumento di controllo sulla loro autonomia²⁰⁶.

²⁰⁴ Atto intenzionalmente dannoso.

²⁰⁵ *Ivi*: 3.

²⁰⁶ RANIERI F., *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. disc. prev.*, sez. civ., vol. VII, 1991: 330.

6. Il ruolo, centrale, del § 242 BGB

Come anticipato durante la trattazione, strettamente connessa al divieto di abuso del diritto nell'ordinamento civilistico tedesco, come anche in quello italiano, è la clausola generale di buona fede, contenuta al § 242 del *BGB*²⁰⁷, rubricato *Leistung nach Treu und Glauben*, ovvero *Prestazione secondo buona fede*. Tale norma dispone: «Il debitore è obbligato a fornire la prestazione così come lo richiede la buona fede con riguardo all'uso dei traffici».

Le funzioni del principio di buona fede, anche nell'ordinamento tedesco, sono essenzialmente: concretizzazione²⁰⁸; integrazione²⁰⁹; limitazione e correzione²¹⁰.

Già Salvatore Patti, studioso dell'ordinamento tedesco, affermava anni or sono che in Germania, il divieto dell'abuso poteva dirsi espressamente codificato al § 226 del *BGB*, il quale vieta l'esercizio del diritto se lo scopo è solamente quello di provocare danno ad altri²¹¹. Si tratta, tuttavia, di un divieto generale di esercizio del diritto, che ha il solo scopo di nuocere ad altri.

Pertanto, tale previsione non è stata seguita da una prassi giurisprudenziale coerente e quando si è trattato di sanzionare un atto abusivo, o già generalmente un esercizio irragionevolmente dannoso del diritto, si è fatto generalmente ricorso al § 242, il dovere di *Treu und Glauben*, ovvero dovere di eseguire la prestazione secondo buona fede, a tenore della quale il debitore deve eseguire la prestazione come esige la buona fede con riguardo ai costumi del traffico. In tal modo sono stati posti dei criteri piuttosto oggettivi, in ogni caso meno evanescenti di quelli di cui al § 226, che richiede invece l'intenzione di nuocere.

È a seguito delle riflessioni svolte a Siebert che l'ambito di applicazione del § 242 *BGB* finiva per essere non più limitato al solo diritto delle obbligazioni, ma esteso a tutti

²⁰⁷ La centralità del § 242 *BGB* nell'elaborazione del divieto di abuso in Germania è segnalata da RANIERI F., *Exceptio temporis e replicatio doli nel diritto dell'Europa continentale*, in *Riv. dir. civ.*, 1/1971: 254, 267 e ss., 273. Per un approfondimento sul punto si consulti altresì il recente commentario: *Erman, Bürgerliches Gesetzbuch*, I, Köln, 2017: § 242, 800 e ss.

²⁰⁸ Fornisce al contratto in cui vi siano obbligazioni lacunose il giusto contenuto.

²⁰⁹ Costituisce il fondamento di tutte le obbligazioni accessorie quali obbligo di fedeltà, protezione, informazione.

²¹⁰ Limita lo spazio concesso a riconoscimenti giuridici che potrebbero causare un esercizio abusivo del diritto, in virtù del principio dell'affidamento del debitore.

²¹¹ PATTI S., *Abuso del diritto*, *op. cit.*: 2 e ss.

quei casi in cui vi era “un qualsiasi rapporto giuridico tra le parti” nel senso di un *Sonderbeziehung* («un rapporto speciale»). Dovevano altresì essere coinvolti, come affermava Siebert, il diritto di famiglia, il diritto dei beni, il diritto pubblico.

La norma doveva valere nei confronti di “ogni diritto imperativo”²¹².

Ciò portò la giurisprudenza ad utilizzare sempre più, in ambito di abuso del diritto, la clausola generale di buona fede e, di conseguenza, il divieto di atti emulativi e il § 826 persero il loro ruolo, inizialmente primario.

Il § 826 veniva ormai utilizzato soltanto nelle ipotesi priva di *Sonderbeziehung*. Il disuso del § 826 si spiega, in particolare, alla luce del fatto che, nonostante la sua applicazione fosse accompagnata dalla rinuncia all’*animus nocendi* e al danno cagionato, mantenne in qualche modo la sua connotazione soggettiva; mentre, il § 242 rimaneva caratterizzato dal riferimento a criteri meramente oggettivi. Il che portò a poteri di intervento da parte del giudice quasi illimitati.

Al § 242 sono state così ricondotte, sia le soluzioni elaborate per i casi di esercizio di diritti in qualche modo collegati al campo del contratto e dell’obbligazione²¹³ che quelle in materia di rapporti di vicinato o di abusi della maggioranza nelle società di capitali²¹⁴.

Alla luce di quanto detto, sembra potersi affermare che, con riguardo all’ordinamento tedesco, e nell’ambito del diritto civile, il percorso argomentativo che ha accompagnato lo sviluppo del principio generale del divieto di abuso del diritto ha avuto un percorso simile a quello dell’ordinamento italiano.

Ad oggi si può affermare che, se in un primo momento il principio sembrava essere riconducibile, sia da parte della dottrina che della giurisprudenza, al § 226 *BGB*²¹⁵ (fondamentalmente il divieto di atti emulativi, corrispondente al nostro art. 833 c.c.), visto come norma generale, specie in virtù della sua collocazione all’interno del primo libro, da alcuni definito come vera e propria positivizzazione del principio generale del divieto di

²¹² SIEBERT W., *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, op. cit.: 123 e ss.

²¹³ Ad esempio in materia di invocazione scorretta di vizi di forma e di *Verwirkung*.

²¹⁴ RANIERI F., *Norma scritta e prassi giudiziale nell’evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, op. cit.: 1231 e ss.; dello stesso A., *Rinuncia tacita e Verwirkung*, Cedam, Padova 1971: *passim*.

²¹⁵ Ciononostante, si tiene a specificare che, ancora ad oggi, nella dottrina civilistica italiana, alcuni illustri autori sostengono che la Germania faccia parte di quegli ordinamenti che prevedono espressamente la figura dell’abuso come positivizzata al § 226 *BGB*. Si v., da ultimo, l’autorevole contributo di LIPARI N., *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Questione Giustizia*, 4/2016: 37, nota 17.

abuso del diritto, tale ultimo divieto trova oggi il suo fondamento, per via interpretativa, piuttosto nel § 242²¹⁶, principio generale di buona fede. In sintesi, ancora ad oggi, resta valide le riflessioni di Siebert, che rimangono un punto di riferimento centrale²¹⁷ per l'ordinamento tedesco sul tema.

Dall'analisi effettuata risulta possibile giungere alle seguenti conclusioni. L'ordinamento civilistico tedesco, nella ricostruzione e nella concezione della figura dell'abuso del diritto, risulta essere molto simile, se non analogo, a quello italiano. Certamente, colpisce come il percorso argomentativo della dottrina abbia fundamentalmente portato ad analoghe conclusioni.

Una breve analisi comparata in tal senso è sembra opportuna prima di tutto per questa ragione, ma, altresì, e soprattutto, per mettere in luce e per dimostrare che, al contrario di quanto è stato più volte affermato dalla dottrina civilistica italiana sul tema, all'interno del *BGB* non vi è mai stata alcuna specifica positivizzazione del divieto di abuso del diritto, che è ad oggi riconducibile, in via interpretativa, al § 242 del *BGB* e non più, come spesso è stato ritenuto, al § 226.

²¹⁶ Sul ruolo centrale della buona fede all'interno dell'ordinamento tedesco si v. CASTRONOVO C., MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2007: 498 e ss.

²¹⁷ Si v., in tal senso, il contributo dell'Autore dedicato nello specifico al § 242 *BGB*: SIEBERT W., *Sub Par.* 242, in *BGB-Soergel Kommentar*, Stuttgart, 1959: 24 e ss.

CAPITOLO IV

GLI EFFETTI CIVILISTICI DEI CONTRATTI FISCALMENTE ABUSATI

Sezione I

L'indagine sul *remedium* utilizzato nel diritto tributario

Premessa introduttiva. 1. L'art. 10 *bis* dello Statuto dei diritti del contribuente. 2. I rimedi civilistici utilizzati prima del 10 *bis*: la nullità per mancanza di causa concreta. 2.1. Violazione della buona fede oggettiva, violazione di norme imperative, contratto concluso in frode alla legge ed *exceptio doli*.

Premessa introduttiva

Il quarto ed ultimo capitolo sarà dedicato all'analisi dei rimedi utilizzati, nel diritto tributario, per contrastare i comportamenti abusivi e a mettere in luce le interconnessioni tra l'abuso tributario e l'abuso civile, inteso come “strumentalizzazione del contratto”.

Nella sezione I verrà analizzato il novellato art. 10 *bis*. Saranno messi in evidenza e analizzati i presupposti al ricorrere dei quali si concretizza l'abuso del diritto tributario. Verrà rilevato come all'interno della clausola generale antiabuso, sembrerebbero confluire le ipotesi, tipiche del diritto civile, della mancanza di causa concreta, della violazione della buona fede oggettiva, del contratto concluso in frode alla legge e dell'*exceptio doli*.

1. *L'art. 10 bis dello Statuto dei diritti del contribuente*

Come noto, e accennato *supra*¹, il primo ottobre del 2015 è diventato efficace, nell'ordinamento tributario, l'art. 10 *bis* dello Statuto dei diritti del contribuente, rubricato

¹ Per riflessioni specifiche su alcuni aspetti del 10 *bis* si v. *retro*, cap. II, sez. I, par. 3.

“Disciplina dell’abuso del diritto o elusione fiscale”². È con tale norma che l’abuso del diritto ha cessato di essere una fattispecie puramente giurisprudenziale divenendo fattispecie legale³. Sul punto è appena il caso di fare un brevissimo parallelismo con l’abuso comunitario: l’abuso del diritto tributario sul piano europeo ha smesso di essere di matrice giurisprudenziale con la Direttiva 2016/1164/UE⁴. Quest’ultima, difatti, ha codificato una clausola antiabuso con efficacia vincolante per tutti gli Stati membri, sostituendo quella che era stata delineata dalla Raccomandazione della Commissione europea sulla pianificazione fiscale aggressiva⁵. Prima di tutto va detto che tramite il 10 *bis* il legislatore ha sancito la piena equipollenza tra il concetto di abuso e quello di elusione fiscale. Come afferma parte della dottrina tributaria, si tratterebbe di due modi differenti per definire tutte quelle condotte volte ad aggirare le norme tributarie, con lo scopo di ottenere risparmi di imposta non coerenti con lo spirito della legge tributaria e con i principi del sistema fiscale⁶.

Inoltre, il legislatore ha avuto il merito di aver introdotto una regola generale antiabuso volta a superare le incertezze derivanti dalla coesistenza del principio generale antiabuso di matrice giurisprudenziale⁷ con la clausola antielusione semi-generale *ex art.* 37 *bis*, d.p.r. n. 600/73 e con altre clausole più volte ricondotte dalla Suprema Corte nel

² Il novellato articolo 10 *bis* è stato introdotto dall’art. 1 del D.Lgs. attuativo n. 128 del 5 agosto 2015, volto a disciplinare «la certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente», in attuazione dell’art. 5 della legge delega n. 23/2014 “per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita».

³ Sulla struttura e sulle peculiarità del 10 *bis* si v. i recenti contributi di: TESAURO F., *Istituzioni di diritto tributario. Parte Generale*, Utet giuridica, Milano, 2016: 250 e ss.; MISCALI M., *Contributo allo studio dell’abuso del diritto tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 4/2017: 1385 e ss.

⁴ Si tratta della Direttiva 2016/1164/UE del 12 luglio 2016, recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno (*Anti Tax Avoidance Directive – ATAD*) approvata dal Consiglio dell’UE nell’ambito del c.d. “pacchetto antielusione”, adottato dalla Commissione europea il 28 gennaio 2016. La Direttiva nasce con l’obiettivo di contrastare l’elusione fiscale per garantire un’equa ed efficace imposizione nell’Unione europea in conformità ai principi OCSE sviluppati nell’ambito del progetto *BEPS (Base Erosion e Profit Shifting)* per il contrasto all’elusione fiscale internazionale. Per ciò che concerne alcuni aspetti del concetto di abuso del diritto nell’ambito della legislazione comunitaria si v. da ultimo il recente contributo di FALSITTA G., *Unità e pluralità del concetto di abuso del diritto nell’ordinamento interno e nel sistema comunitario*, in *Riv. dir. trib.*, 4/2018: 333 e ss.

⁵ Raccomandazione n. 2012/772/UE.

⁶ Si v., in tal senso, CONTRINO A., MARCHESELLI A., *Luci e ombre nella struttura dell’abuso fiscale “riformato”*, in *Corr. Trib.*, 37/2015: 3787 e ss.

⁷ Sul punto si richiamano: Cass. S.U. civ., sent. 23 dicembre 2008, nn. 30055, 30056, 30057, *cit.*; Cass., sez. trib., n. 21390/2012, in <http://dejure.giuffre.it>; Cass., sez. trib., n. 17965/2013, in *CED Cassazione*. Con tali decisioni la Suprema Corte ha affermato che quello dell’abuso del diritto è un principio immanente a rilevanza costituzionale derivante dall’art. 53 Cost., che può essere applicato a tutte le fattispecie che riguardano i tributi non armonizzati. Per alcune riflessioni specifiche sulle sentt. appena citate si v. *retro*, cap. II, sez. I, par. 2.

novero di quelle antielusive. Il riferimento è, ad esempio, all'art. 20 dell'imposta di registro⁸, all'art. 37, comma 3, d.p.r. n. 600/73⁹, al divieto generale antiabuso cui ha fatto riferimento la Corte di Giustizia dell'Unione europea nelle sentenze del 2006 in materia di IVA¹⁰. Ancora, differentemente dall'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600/73, il quale era limitato a specifiche operazioni, alle imposte sui redditi e ad altre imposte cui era stato esteso l'ambito applicativo¹¹, e del principio antiabuso di fonte giurisprudenziale interna, che aveva sfera limitata ai soli tributi non armonizzati, il 10 *bis*, come specificato anche dalla Relazione illustrativa¹², ha natura di clausola generale e si applica a tutti i settori dell'ordinamento fiscale, compresi quelli richiamati dalla Giurisprudenza comunitaria¹³. Il legislatore ha introdotto una clausola generale, senza alcun riferimento a fattispecie tipizzate.

La norma dispone: «Configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. Tali operazioni non sono opponibili all'amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni».

Di rilievo è certamente anche la posizione della nuova norma. La disposizione, infatti, si pone, all'interno dello Statuto, tra il principio di affidamento del contribuente

⁸ Si segnalano in tal senso: Cass., sez. trib., n. 6951/2015, in *CED Cassazione*; Cass., sez. trib., n. 25484/2015, in *CED Cassazione*; Cass., sez. trib., n. 5877/2014, consultabile in: <http://sistemafisco.leggiditalia.it>. In senso contrario si v.: Cass., sez. trib., n. 6758/2017, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass., sez. trib., n. 11873/2017, in *CED Cassazione*. Su questo specifico tema si v. MASTROIACOVO V., *La nuova disciplina dell'abuso del diritto e dell'elusione fiscale nella prospettiva dell'imposta di registro*, in *Riv. not.*, 1/2016: 31 e ss.

⁹ Sulle differenze tra l'abuso del diritto e l'art. 37, comma 3, d.p.r. n. 600/73 si v. le riflessioni svolte nel cap. I, sez. III, par. 3 e 3.1.

¹⁰ Il riferimento è a Corte di Giustizia, sent. 21 febbraio 2006, causa C-255, *Halifax* e a Corte di Giustizia, 21 febbraio 2006, causa C-233/03, *University of Huddersfield*. Per un approfondimento sul noto caso *Halifax* si v. *retro*, cap. I, sez. III, par. 1.

¹¹ Il riferimento è all'imposta sulle donazioni e all'imposta sulle successioni, alle quali è stato esteso l'ambito applicativo dell'art. 37 *bis* con l'art. 69, comma 7, L. n. 342/2000 e con l'art. 16, comma 3, L. n. 383/01.

¹² Nella relazione illustrativa al provvedimento si legge che «l'inserimento di questa disciplina nell'ambito dello Statuto dei diritti del contribuente, conferisce ad essa la forza di principio preordinato alle regole previste nelle discipline di singoli tributi, come è stato più volte riconosciuto dalla Corte di Cassazione relativamente alle altre disposizioni contenute nello Statuto».

¹³ Si v., in tal senso, la Circolare Assonime del 4 agosto 21/2016, 15, in cui viene affermato: «[...] La nuova disciplina antiabuso ha carattere generale e riguarda tutti i tributi, sia quelli armonizzati che quelli non armonizzati. [...] Per quanto attiene ai tributi armonizzati, l'introduzione di una clausola generale antiabuso nell'ordinamento interno sarebbe superflua in quanto, in virtù della supremazia del diritto comunitario, si sarebbe comunque resa operante la clausola generale antiabuso così come risultante dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE».

(art. 10) e l'istituto generale dell'interpello (art. 11). Ciò confermerebbe l'intenzione di introdurre, con l'art. 10 *bis*, una disciplina destinata al contribuente in funzione di garanzie, sia sostanziali che procedurali, e non di obblighi e divieti. L'inserimento dell'istituto dell'abuso del diritto all'interno di una legge generale in vigore nell'odierno sistema tributario confermerebbe proprio la valenza generalizzata della nuova disciplina. Peraltro, la funzione della norma viene ulteriormente rafforzata dalla portata dell'art. 1 dello Statuto, a norma del quale le disposizioni al suo interno contenute (tra cui, quindi, lo stesso art. 10 *bis*) costituiscono principi generali dell'ordinamento e possono essere detratte o modificate solo espressamente e mai da leggi speciali.

Da un certo punto di vista il fatto che il legislatore abbia scelto di adottare una clausola generale definitoria per qualsiasi tipo di tributo potrebbe apparire eccessivamente critico rispetto all'obiettivo della certezza del diritto. Tuttavia, la portata della clausola va certamente ridimensionata tenendo conto di due elementi. Con il primo ci si riferisce alla disciplina dei presupposti specifici di applicazione, articolata nei commi successivi al primo; con il secondo ci si riferisce al comma 12 dell'art. 10 *bis* che assume una valenza ricostruttiva determinante.

Il comma 12 prevede che «in sede di accertamento, l'abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie»¹⁴. Si tratta del principio di residualità, al quale il legislatore ha deciso di ancorare la nozione di abuso del diritto.

Nel 10 *bis*, oltre ad essere ribadita, nuovamente, la non sovrapposibilità del concetto di evasione di imposta a quello di elusione o di abuso del diritto; viene delimitato l'ambito della nuova disciplina anche a ciò che non è violazione di norma di legge o non è frutto dell'ordinaria interpretazione giuridica delle norme, poiché il presupposto dell'abuso è lo sviamento dalla *ratio* dello strumento giuridico introdotto dall'ordinamento.

Da quanto detto deriva che l'ambito di applicazione della disciplina prevista all'art. 10 *bis* è residuale e circoscritto, poiché “solo” se i vantaggi fiscali non possono

¹⁴ Come emerge chiaramente dalla lettura del deposito, la normativa italiana disciplina il rapporto con le norme antielusive specifiche in termini di residualità (peraltro, anche rispetto alle norme penali tributarie). Su questo specifico profilo si v. FIORENTINO S., *L'art. 10 bis e il coordinamento delle norme antielusive nazionali*, in AMATUCCI, CORDEIRO GUERRA (a cura di), *L'evasione e l'elusione fiscale in ambito nazionale e internazionale*, Aracne, Roma, 2016: 42 e ss.

essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie l'ufficio può procedere ad una contestazione in termini di abuso del diritto e soltanto all'avverarsi dei presupposti prescritti dalla nuova clausola. Diversamente, sarà la disciplina specifica prevista per la singola violazione a dover essere applicata. Questa la linea di confine con l'evasione fiscale.

Come già anticipato, difatti, se da un lato si tratta di una definizione 'astratta' (poiché trattasi di una clausola generale), dall'altro risulta delimitata rispetto ad istituti affini quali il legittimo risparmio di imposta e l'evasione fiscale.

Rispetto al legittimo risparmio di imposta, il comma 4 del 10 *bis* dispone: «resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale». Si ha legittimo risparmio di imposta quando il contribuente pone in essere la condotta fiscalmente meno onerosa tra due percorsi negoziali alternativi, ma equivalenti in termini di risultato economico-giuridico. Si tratta, pertanto, di un comportamento lecito poiché la differenza di trattamento fiscale tra le due condotte alternative è frutto di una scelta legislativa. Il comportamento è di norma previsto in funzione del raggiungimento di specifici obiettivi di politica tributaria o di politica economica. Quindi, la scelta del contribuente rispetta la *ratio* della normativa fiscale applicata¹⁵.

Precisamente, i presupposti al ricorrere dei quali si configura l'abuso del diritto vanno individuati: nell'assenza di sostanza economica delle operazioni effettuate, pur nel rispetto formale delle norme fiscali; nella realizzazione di un vantaggio fiscale indebito; nella circostanza che il vantaggio fiscale costituisca l'effetto essenziale dell'operazione. I presupposti vanno identificati.

Per ciò che riguarda il primo: ai sensi dell'art. 10 *bis*, sono operazioni prive di sostanza economica «i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali». Il riferimento è a quelle operazioni che appaiono non giustificabili in una normale logica di mercato e che, a parità di risultato economico-giuridico portano ad un prelievo inferiore rispetto a quello applicabile tramite un'altra condotta più lineare e prevista *ex lege*. L'operazione deve essere analizzata sotto

¹⁵ Sul punto si v. CONTRINO A., *I confini dell'abuso*, in AA. VV., *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, in DELLA VALLE, FICARI, MARINI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2016: 21 e ss.

un duplice profilo. In primis bisogna verificare che i singoli fatti, atti e contratti non nascondano, dietro le apparenti qualificazioni legali, una causa diversa da quella che il contribuente vuole far emergere per eludere la norma fiscale e i principi dell'ordinamento (da qui l'importanza del concetto di causa concreta cui spesso ci si riferisce). In secondo luogo bisogna verificare la conformità degli strumenti giuridici utilizzati alle normali logiche economiche.

La norma impone un ulteriore sforzo interpretativo sul concetto di sostanza economica, il quale va tenuto distinto dal concetto di valida ragione extrafiscale contenuto nel comma 3 dell'art. 10 *bis*. Come osservato dalla dottrina¹⁶, il primo dei concetti si riferisce a qualcosa di oggettivamente quantificabile in termini prettamente economici, il secondo riguarderebbe un miglioramento delle condizioni di svolgimento e funzionamento dell'attività imprenditoriale, miglioramento non suscettibile di un'oggettiva misurazione in termini puramente economici. Quindi, la sostanza rappresenterebbe il concreto vantaggio economico, diverso dal risparmio tributario. Mentre, le ragioni extrafiscali hanno connotati più generici e riguardano le scelte imprenditoriali di chi agisce. L'elemento della sostanza economica risponderebbe alla domanda: «lo strumento utilizzato è adeguato rispetto all'obiettivo economico che si voleva perseguire?».

Il secondo presupposto perché si configuri la fattispecie abusiva è il conseguimento di “vantaggi fiscali indebiti”, che, ai sensi del 10 *bis* sono: «I benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario». Si tratta di un vantaggio in contrasto con la *ratio* della normativa fiscale applicabile, ottenuto con un comportamento che aggira l'obbligo o il divieto¹⁷: è questo il presupposto “centrale”. Come sottolinea la dottrina, ciò che caratterizza l'abuso del diritto è il risparmio indebito che il contribuente ottiene, non il percorso utilizzato¹⁸. L'abuso si identificherebbe, allora, con il risparmio indebito.

Da ultimo è opportuna una breve analisi del concetto di vantaggio fiscale indebito quale “scopo essenziale” della condotta abusiva. È opportuno precisare subito che

¹⁶ Su questi aspetti si v. il contributo di BEGHIN M., *La clausola generale antiabuso tra certezza e profili sanzionatori*, in *Fisco*, 23/2015: 2207 e ss.

¹⁷ Sul punto si v. il contributo di CONTRINO A., *La trama dei rapporti tra abuso del diritto, evasione fiscale e lecito risparmio d'imposta*, in *Dir. prat. trib.*, 4/2016: 1413 e ss.

¹⁸ Si v. INGRAO G., *L'evoluzione dell'abuso del diritto in materia tributaria: un approdo con più luci che ombre*, *op. cit.*: 1438.

nell'art. 5 della legge delega si parlava di ottenere un vantaggio fiscale come "causa prevalente della condotta". L'utilizzo dell'aggettivo 'prevalente' era stato criticato: per timore di attribuire agli Uffici eccessiva discrezionalità nel bilanciare le ragioni fiscali ed extrafiscali per stabilire quali fossero prevalenti. È per questo che il legislatore delegato ha preferito il termine 'essenziale', per mantenersi in una situazione di compromesso, dicendo qualcosa in più di 'prevalente', qualcosa di meno di 'esclusivo'¹⁹.

L'essenzialità può ritenersi sussistente in quei casi in cui le finalità extrafiscali siano marginali, poco apprezzabili, in connessione con il comma 3 secondo cui le operazioni giustificate da ragioni extrafiscali non marginali non si considerano abusive. Ciò che emerge da questa succinta analisi è che il coordinamento tra i commi 1, 2, e 3 del 10 *bis* richiede un grande sforzo interpretativo: certamente l'Amministrazione finanziaria è tenuta compiere una specifica istruttoria sulle ragioni extrafiscali e ad indicare già nell'avviso di accertamento i motivi per cui ritiene che il risparmio di imposta costituisca lo scopo essenziale della condotta contestata e le ragioni che escludono una sostanza economica²⁰.

Quanto agli effetti dell'abuso, ai quali si è già fatto richiamo²¹ questi sono delineati nel comma 1, secondo periodo, dell'art. 10 *bis* in termini di 'inopponibilità' all'Amministrazione finanziaria della condotta abusiva, cui segue il recupero dei tributi indebitamente risparmiati²². La conseguenza della condotta abusiva è la semplice inefficacia ai fini tributari²³.

¹⁹ AA.VV., *Abuso del diritto e novità sul processo tributario, Commento al D.lgs. 5 agosto 2015, n. 128 e al D.lgs. 24 settembre 2015, n. 156*, GLENDI, CONSOLO, CONTRINO (a cura di), Wolters Kluwer, Milanofiori-Assago, 2016: 8.

²⁰ Su questo specifico punto si v. CONTRINO A., MARCHESELLI A., *L'obbligo di motivazione "rinforzata" e il riassetto degli oneri probatori nel "nuovo" abuso del diritto*, in *Corr. trib.*, 1/2016: 15 e ss.

²¹ Si v. *retro*, par. 2.2, sez. I, cap. II.

²² L'art. 10 *bis*, comma 1, l. n. 212/00, prevede che le operazioni integranti abuso del diritto «non sono opponibili all'Amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni».

²³ Per un approfondimento sul rimedio utilizzato si v. BEGHIN M., *La "tassazione differenziale" e la "non opponibilità" al Fisco delle operazioni elusive*, in *Riv. dir. trib.*, 1/2016: 259 e ss.

2. I rimedi civilistici utilizzati prima del 10 bis: la nullità per mancanza di causa concreta

A questo punto risulta opportuno fare un passo indietro e tornare all'analisi di quegli orientamenti giurisprudenziali che, in assenza di una clausola generale antiabuso, e in mancanza di norme a fattispecie aperta, hanno utilizzato strumenti propri del diritto civile per il contrasto all'abuso tributario. Invero si tratta di capire se per i rimedi propri del diritto civile utilizzati prima dell'introduzione del 10 bis persista la possibilità di una specifica applicabilità in ambito tributario, ovvero se essi possano ritenersi ricompresi nell'ampia e onnicomprensiva disciplina del 10 bis.

In primo luogo s'intende approfondire quelle decisioni che hanno utilizzato per paralizzare i comportamenti abusivi, il rimedio della nullità per mancanza di causa (concreta).

Si tratta di tre importanti decisioni della Corte di Cassazione del 2005²⁴. I casi riguardavano architetture negoziali poste in essere per evitare la tassazione dei dividendi in capo all'azionista. Si trattava delle note operazioni di *dividend washing* e *dividend stripping*.

È opportuno soffermarsi sul dato temporale che, certamente, ha inciso sulle soluzioni scelte dalla Corte. Infatti, le pronunce avevano ad oggetto operazioni poste in essere prima dell'introduzione della generale norma antielusiva di cui all'art. 37 bis d.p.r. n. 600/1973, che risultano antecedenti all'introduzione dei commi 6 bis e 7 bis dell'art. 14 del Testo Unico e che non rientravano nelle operazioni previste dall'art. 10 della Legge n. 408 del 1990.

Si trattava, quindi, di operazioni non vietate in maniera esplicita da alcuna norma. Proprio per questo, a causa della mancanza di strumenti propri del diritto tributario, la Cassazione ha tentato di utilizzare rimedi tipici del diritto civile, cercando di qualificare la fattispecie contrattuale applicando la teoria della causa concreta, sempre più utilizzata, negli ultimi anni, nelle motivazioni delle sentenze.

Le tre sentenze succitate riguardano, nello specifico, l'elusione di norme agevolative in senso lato, di norme di favore. Si trattava del credito d'imposta ex art. 14 TUIR,

²⁴ Il riferimento è a Cass., sez. trib., n. 20398/2005, in *Corr. trib.*, 47/2005: 3729 e ss., con nota di COMMITTIERI G. M., G. SCIFONI, *Tassabili i proventi derivanti dal "dividend washing"*; Cass., sez. trib., n. 22932/2005, in *Riv. giur. trib.*, 3/2006: 223 e ss., con nota di BEGHIN M., *L'usufrutto azionario tra lecita pianificazione fiscale, elusione tributaria e interrogativi in ordine alla funzione giurisdizionale*; Cass., sez. trib., n. 20318/2005, *cit.*

il quale conteneva norme antielusive specifiche ai commi 6 *bis* e 7 *bis*, introdotti nel 1992. L'esistenza di norme *ad hoc* portava il legislatore tributario ad essere convinto del fatto che, per contrastare l'abuso, fosse opportuno il solo intervento mirato, tipico e previsto dall'ordinamento tributario. Ciò sta a significare che, al di fuori della norma di riferimento specifica antielusiva (antiabusiva), tipica, potesse liberamente esprimersi l'autonomia contrattuale delle parti.

Fino a quel momento (e fino al 2015) il legislatore tributario si era rifiutato di introdurre clausole generali antielusive esistenti da tempo in altri Stati, come ad esempio in Germania, per diversi ordini di motivi. *In primis*, per l'esistenza del principio di riserva di legge in materia tributaria *ex art. 23 Cost.* e del principio di certezza del diritto ad esso connesso.

Il primo è diretto ad assicurare l'esatta conoscibilità dell'entità del sacrificio economico, per la partecipazione alle spese pubbliche. Dal principio della riserva di legge deriva anche il divieto di analogia, il quale non permette di considerare imponibili fattispecie non previste dal legislatore.

Mentre, per dovere di correttezza si intende l'osservanza, da parte dell'Amministrazione finanziaria, di una regola di trasparenza e dell'adempimento dell'obbligo di buona fede da parte del contribuente nell'esecuzione del rapporto obbligatorio. Infatti, l'Amministrazione finanziaria era sempre stata vincolata all'applicazione al rispetto della legge, formulata in modo casistico proprio per evitare definizioni aperte che lasciassero margine ad un'interpretazione troppo lata.

Tra gli interessi protetti in materia tributaria vi sono la libertà economica e la parità di concorrenza, sui quali l'imposta incide. In tal senso l'imprenditore (contribuente) ha il diritto, nonché una naturale esigenza, di sapere preventivamente e con certezza quali sono i propri doveri e, altresì, di essere trattato al pari degli altri. Inoltre, vi sono le esigenze dello Stato Sociale, ovvero il dovere, per ognuno, di concorrere alle spese pubbliche *ex art. 53 Cost.*, letto alla luce del dovere di solidarietà *ex art. 2 Cost.* e del concorso paritario alle spese a parità di capacità contributiva, derivante dal combinato disposto dell'art. 3 e dell'art. 53 Cost.

Certamente, l'attuazione del dovere di solidarietà e dell'obbligo di concorrere alle spese pubbliche, sono frutto della legge, che può anche essere interpretata estensivamente. Ciò, tuttavia, non vuol dire che la legge possa essere creata dall'Amministrazione

finanziaria o dal giudice; proprio per paura di creare un *vulnus* alla certezza del diritto una clausola di portata generale non era mai stata introdotta. È interessante notare come nell'ormai lontano 2006 veniva affermato che per applicare la norma tributaria non rilevano solo i canoni interpretativi della legge, ma anche i canoni interpretativi del contratto qualora quest'ultimo sia elemento della fattispecie imponibile o di quella agevolativa.

L'ipotesi di *dividend washing* succitata si caratterizzava per un utilizzo distorto di forme civilistiche, poiché le operazioni di acquisto e di successiva rivendita delle azioni erano state concluse in stretta successione temporale, in concomitanza con la riscossione del dividendo. La Cassazione²⁵, nel suo *iter* decisionale, richiama la giurisprudenza comunitaria sull'abuso del diritto e afferma che i due contratti collegati di vendita e di acquisto sarebbero nulli per mancanza di causa *ex art.* 1418, comma 2, c.c. in quanto posti in essere dalle parti con il solo ed unico scopo di conseguire un vantaggio fiscale indebito.

Nel terzo caso²⁶ si trattava di una cessione di usufrutto delle azioni da una società lussemburghese ad un soggetto residente in Italia, ovvero avente nel territorio dello Stato una stabile organizzazione. Anche questa ipotesi aveva ad oggetto operazioni poste in essere prima del 1992, quindi, prima dell'introduzione della norma antielusiva al comma 7 *bis* dell'art. 14 TUIR.

La Suprema Corte ha ritenuto che l'applicabilità della sopravvenuta norma antielusiva dimostra che in epoca antecedente l'Amministrazione finanziaria doveva combattere il fenomeno abusivo ricorrendo ai tradizionali strumenti di accertamento. Tra questi certamente rientrano la dimostrazione del carattere simulato del contratto, ma anche il suo possibile carattere illecito *ex art.* 1344 c.c., poiché, come affermato dalla Cassazione nella sent. n. 20186 del 2005, «le norme tributarie appaiono norme imperative poste a tutela dell'interesse generale del concorso partitario alle spese pubbliche (art. 53 della Costituzione) e su questo punto si dissente dalle argomentazioni accolte nella sentenza di questa Corte 3 settembre 2001, n. 11351».

²⁵ Il riferimento è a Corte di Cassazione, sez. trib., n. 20398/2005, *cit.* Sul punto si v. i contributi di MARSAGLIA G., "Dividend washing": nullità del contratto per mancanza di causa, in *Dir. prat. soc.*, 9/2006: 91 e ss.; STEVANATO D., *Le "ragioni economiche" nel dividend washing e l'indagine sulla "causa concreta" del negozio: spunti per un approfondimento*, in *Rass. trib.*, 1/2006: 295 e ss.; SORRENTINO S., *Dividend washing, causa "concreta" del contratto, contratti collegati e nullità per mancanza di causa*, in *Giur. It.*, 4/2007: 867 e ss.

²⁶ Corte di Cassazione sez. trib., n. 22932/2005, in *Riv. giur. trib.*, 3/2006: 223 e ss., con nota di BEGHIN M., *L'usufrutto azionario tra lecita pianificazione fiscale, elusione tributaria e interrogativi in ordine alla funzione giurisdizionale*.

Le tre sentenze hanno un importante punto in comune: al di là delle norme tributarie antielusive, l'Amministrazione avrebbe il compito primario di controllare la validità del contratto posto a base dell'applicazione delle norme tributarie e, nel caso di specie, a base di norme tributarie di favore. La Cassazione, in queste decisioni, afferma che se il contratto utilizzato è un mezzo per "captare" abusivamente norme fiscali di favore, si pone il problema della mancanza di causa, oppure della simulazione, oppure ancora della nullità per frode alla legge.

Stando a quanto affermato dalla Suprema Corte nelle tre sentenze oggetto di analisi, all'interno del sistema tributario risulterebbero applicabili, al problema dell'abuso del diritto, anche rimedi di stampo civilistico, ciò anche alla luce del fatto che le norme tributarie antielusive presuppongono, perché si possa configurare un abuso, contratti civilisticamente validi.

La difesa giuridica del sistema, in tal senso, sarebbe anche a "monte", investendo l'esame della validità civilistica del contratto. In poche parole, se quel contratto è nullo, certamente non rileverà nemmeno in ambito tributario, perché privo di qualsiasi effetto. L'elusione, infatti, passa attraverso i «fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, idonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali» posti in essere dal contribuente. Così dispone novellato art. 10 *bis*, comma 13, L. n. 212/2000. Mentre, il precedente comma 1 dell'art. 37 *bis* d.p.r. 600/1973 si riferiva a «gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro».

2.1. *Violazione della buona fede oggettiva, violazione di norme imperative, contratto concluso in frode alla legge ed exceptio doli*

Le argomentazioni svolte dalla giurisprudenza di metà degli anni 2000, che per contrastare l'abuso tributario aveva utilizzato lo strumento della nullità del contratto per mancanza di causa concreta, risultano anacronistiche.

Infatti, è ormai evidente che la nullità di un contratto per mancanza di causa concreta è oggi ricompresa nella ampia ed onnicomprensiva formulazione dell'art. 10 *bis*, che, per l'appunto, dà rilievo alla mancanza di sostanza economica dell'operazione – comma 1 e 2, lett. a) – e, per altro verso, esclude l'abusività in presenza di operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale etc. (comma 3).

È, quindi, evidente, che l'utilizzo improprio di un contratto tipico, che in concreto risulti privo di causa meritevole di tutela²⁷, così come l'utilizzo improprio di un contratto atipico, potrà dar luogo, dal punto di vista civilistico, a nullità per mancanza di causa concreta, ma, dal punto di vista tributario, rientrerà chiaramente nell'ambito applicativo dell'art. 10 *bis*.

Non vi sarà, quindi, più spazio per l'utilizzo del rimedio civilistico in questione in chiave di contrasto all'abuso fiscale dei contratti. E ciò sia per la portata onnicomprensiva dell'art. 10 *bis*, sia per la sua natura residuale. Sotto tale ultimo profilo è il caso di sottolineare ancora una volta che, per quanto disposto nel comma 12 dell'art. 10 *bis*: «L'abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie», e quindi non di norme o principi propri del diritto civile.

Per analoghe ragioni risulta impraticabile e privo di interesse il rimedio, rivolto a contrastare i contratti fiscalmente abusati, dell'abuso inteso come violazione della buona fede oggettiva, atta a configurare responsabilità risarcitoria.

Invero, per un verso l'art. 10 *bis* si pone come clausola generale di chiusura, onnicomprensiva e di portata residuale, secondo quanto su indicato. Per altro verso la disci-

²⁷ Per comprendere come la teoria della causa concreta possa avere, realmente, dei risvolti pratici, anche nel settore tributario, v. *infra*, par. 4 della presente sezione.

plina del contrasto dell'abuso in materia tributaria è palesemente incentrata sul meccanismo della non opponibilità degli effetti all'Amministrazione tributaria, che disconosce i vantaggi fiscali indebiti, rideterminando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi (art. 10 *bis*, comma 1).

È invece palesemente estranea alla disciplina del 10 *bis* ogni ipotesi di responsabilità risarcitoria per la violazione della buona fede oggettiva.

Ovviamente, ciò non esclude che vi possano essere operazioni fiscalmente abusate rispetto alle quali rilevi specificamente la violazione della buona fede oggettiva. Ma, anche in tali casi (così come nell'ipotesi di nullità per mancanza di causa concreta) la fattispecie civilistica è “disciolta” e “riarticolata” nell'articolo 10 *bis*. Basti considerare il riferimento di cui al comma 1, secondo cui: «Configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti»; ovvero alla connotazione di cui al comma 2 lett. b) di tale profilo indebito, laddove si parla di «benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario». Si noti che nessuna sentenza della Cassazione tributaria ha mai utilizzato la tesi della buona fede oggettiva per il contrasto all'abuso del diritto. In effetti, sarebbe privo di qualsiasi senso il rimedio risarcitorio nei confronti dell'Amministrazione finanziaria.

Ancor più lineare risulta la soluzione rispetto all'ondivaga tesi giurisprudenziale secondo cui le norme tributarie sarebbero configurabili come imperative²⁸ e, conseguentemente, la loro diretta violazione comporterebbe la nullità del contratto *ex art.* 1418,

²⁸ Da ultimo, e recentissimamente, si è espressa, di nuovo la Corte di Cassazione. Si v. Cass. S.U. civ., n. 23601/2017. Il caso riguardava la dibattuta questione della (in)validità del contratto di locazione immobiliare di cui sia stata omessa la registrazione. si v., nello specifico: Cass., sez. civ., n. 10498/2017, *cit.*, e Cass. S.U. civ., n. 23601/2017, in *CED Cassazione*. La Corte di Cassazione, sez. civ., ha affermato che «l'art. 1, comma 346, della L. n. 31 del 2004 “non introduce ostacoli al ricorso alla tutela giurisdizionale, ma eleva la norma tributaria al rango di norma imperativa, la violazione della quale determina la nullità del negozio i sensi dell'art. 1418 c.c.»». La S.C. afferma inoltre che «In ordine agli effetti civili che possono derivare dalle violazioni tributarie la giurisprudenza prevalente ha negato che la norma fiscale abbia carattere imperativo, conclusione raggiunta valorizzando la distinzione tra norme imperative e norme inderogabili ritendendo il carattere settoriale dell'interesse sotteso. Si è affermato che “le norme tributarie, essendo poste a tutela di interessi pubblici di carattere settoriale e non ponendo, in linea di massima, divieti, pur essendo inderogabili, non possono qualificarsi imperative, presupponendo tale qualificazione che la norma abbia carattere proibitivo e sia posta a tutela di interessi generali, che si collochino al vertice della gerarchia dei valori protetti dall'ordinamento giuridico. Caratteri, questi, certamente non ravvisabili nelle norme tributarie, in quanto esse sono poste a tutela di interessi pubblici di carattere settoriale e, in linea di massima, non pongono divieti, ma assumono un dato di fatto quale indice di capacità contributiva” [...]». Ma, come

comma 1, c.c., ovvero il loro aggiramento costituirebbe frode alla legge *ex art. 1344 c.c.*, comportando egualmente nullità del contratto.

Il percorso logico e argomentativo è sempre lo stesso: analogamente a quanto chiarito a proposito di causa concreta e buona fede oggettiva, anche in tal caso il pilastro normativo del 10 *bis* si pone quale ‘clausola generale di chiusura’, onnicomprensiva e residuale.

La sussunzione della violazione diretta (*ex art. 1418, comma 1, c.c.*) o indiretta (*ex art. 1344 c.c.*) delle norme tributarie, intese come norme imperative nell’ambito dell’art. 10 *bis*, è chiaramente comprovata da due fondamentali circostanze:

a) l’esser riconducibile alla violazione diretta o indiretta di norme imperative nell’ambito dei vantaggi fiscali indebiti, *ex art. 10 bis, comma 2, lett. b)*, riferibili a benefici «realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell’ordinamento tributario»;

b) dal chiaro regime di residualità di cui al comma 12, che consente all’Amministrazione finanziaria l’utilizzo dello strumento di contrasto *ex art. 10 bis* solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie, quindi giammai la violazione di specifiche disposizioni civilistiche.

Analoghe considerazioni potrebbero essere svolte a proposito del rimedio dell’*exceptio doli* che tuttavia molto di rado è stato prospettato in chiave di contrasto all’abuso

viene messo in rilievo nella decisione: «[...] La Corte costituzionale con l’ordinanza n. 420 del 2007 ha ritenuto il carattere sostanziale della norma denunciata, che [...] eleva la norma tributaria al rango di norma imperativa, la violazione della quale determina nullità del negozio ai sensi dell’art. 1418 c.c.»; «[...] La qualificazione della norma tributaria sull’obbligo di registrazione come norma imperativa fa ritenere che la Corte costituzionale abbia valutato che essa è stata dettata non solo nell’interesse del singolo contraente di volta in volta implicato [...] ma che è stata dettata nell’interesse pubblico e generale al rispetto da parte di ciascun cittadino dell’obbligo di concorrere alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva, per cui l’obbligo di registrazione del contratto di locazione si impone inderogabilmente alla volontà delle parti contraenti». Di conseguenza, la S.C., S.U. civili, così ha statuito: «A seguito dell’elevazione della norma tributaria a norma imperativa [...] la convenzione negoziale deve essere ritenuta [...] intrinsecamente nulla, oltre che per essere stata violata parzialmente nel quantum l’obbligo di (integrale) registrazione, anche perché ab origine caratterizzata da una causa illecita per contrarietà a norma imperativa (*ex art. 1418, comma 1, c.c.*), tale essendo ritenuto costantemente l’art. 52 cost. [...]». Si riporta un altro passaggio interessante della stessa: «[...] Essendo detta nullità qualificabile come nullità virtuale a ciò consegue la sua insanabilità in quanto derivante “...non dalla mancata registrazione [...], ma, a monte, dall’illiceità della causa concreta del negozio, che una tardiva registrazione non appare idonea a sanare».

del diritto tributario, specialmente per i marcati profili che riguardano l'aspetto soggettivo. Difatti, come anticipato²⁹, si tratta di uno strumento di natura difensiva, che determina la disapplicazione di norme invocate in modo doloso e sleale; da cui la sfumatura marcatamente soggettiva.

Ciò non esclude, ad ogni modo, che un'operazione dolosamente preordinata a realizzare essenzialmente vantaggi fiscali indebiti possa essere contrastata dall'Amministrazione finanziaria mediante la disciplina antiabuso *ex art. 10 bis*.

Invero, il *10 bis* svaluta i profili soggettivi, ma oggettivizza i requisiti tipici dei comportamenti aggiratori in termini di mancanza di: sostanza economica nelle operazioni, rispetto meramente formale delle norme fiscali, realizzazione di vantaggi fiscali indebiti, non coerenza delle qualificazioni delle operazioni con il loro fondamento giuridico, non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici ed alle normali logiche di mercato etc.

Sezione II

L'esigenza di un confronto

Premessa introduttiva. 1. Le interconnessioni tra l'abuso del diritto civile e l'abuso del diritto tributario. 2. La rilevanza settoriale dell'*art. 10 bis* e la necessità di analizzare autonomamente i profili civilistici dei contratti fiscalmente abusati.

Premessa introduttiva

Nella presente sezione farà un passo indietro, tornando all'analisi di quelli orientamenti giurisprudenziali che, in assenza di una clausola generale antiabuso, e in mancanza di norme a fattispecie aperta, hanno utilizzato strumenti propri del diritto civile per il contrasto all'abuso tributario. In particolare, ci si soffermerà sulle decisioni che hanno utilizzato, per paralizzare i comportamenti abusivi, il rimedio della nullità per mancanza di causa (concreta). Certo è che, dopo l'introduzione della clausola generale antiabuso, non ha più senso indugiare sull'utilizzo di strumenti propri del diritto civile: oggi viene

²⁹ Si v. *retro*, par 2, sez. I, cap. I.

utilizzato il 10 *bis*, sia per *voluntas legis*, sia perché gli strumenti del diritto civile sono ricompresi, “riflessi”, all’interno della clausola antiabuso.

Infatti, quelli istituiti, propri del diritto civile, che venivano utilizzati dalla giurisprudenza tributaria negli anni passati, vanno riletti proprio per comprendere se i loro ambiti sono ricompresi nel 10 *bis* o meno.

Nel terzo paragrafo verranno messe in luce le similitudini e le differenze tra i due diversi tipi di abuso e verrà riportato un esempio concreto con cui si avrà modo di dimostrare che l’art. 10 *bis* non afferma che gli atti sono validi nel civile, né che sono invalidi. Perciò è opportuno effettuare, sul 10 *bis*, un lavoro di interpretazione: come emerge da un’attenta lettura della clausola, gli strumenti civili risultano “sussunti” e necessitano di essere estrapolati dal disposto normativo. L’esempio sarà volto a dimostrare che, in alcuni casi, l’abuso tributario può essere sintomatico di un abuso civilistico e che i rimedi, settoriali, propri del diritto tributario, non risultano sufficienti.

1. *Le interconnessioni tra l’abuso del diritto civile e l’abuso del diritto tributario*

A questo punto bisogna “fare ordine”, recuperando il confronto con le categorie generali del diritto civile.

Come affermato molto di recente da parte della dottrina, ma anche dalla giurisprudenza³⁰, l’elusione fiscale sembrerebbe essere fine e conseguenza dell’abuso dell’autonomia negoziale. La norma impositiva fiscale prevede il presupposto d’imposta e l’imposta stessa: al verificarsi del presupposto, l’imposta deve essere applicata.

Ne consegue che gli atti, i fatti e i negozi giuridici posti in essere dal contribuente si atteggiavano a presupposti d’imposta, sia se connotati da normalità, da “regolarità economica”, sia se caratterizzati da anormalità causale con finalità di risparmio tributario. L’anomala costruzione di operazioni economiche mediante schemi negoziali tipici o atipici, allora, non rileva in diritto tributario in quanto tale, e cioè in quanto complesso di

³⁰ La Cassazione ha affermato in più occasioni che, ai fini dell’abuso, bisogna valutare gli atti di autonomia privata sia sotto il profilo formale, sia in termini di qualità dell’assetto degli interessi delle parti, che sotto il profilo degli interessi giuridici protetti: Cass., sez. trib., n. 707/2017, in *CED Cassazione* n. 2067/2017, in *CED Cassazione*, richiamando espressamente principi espressi dalla Corte di Giustizia nel noto caso C-131, *Cervati e Malvi*, 14 aprile 2016, in cui si afferma che, anche in caso di rinvio pregiudiziale, spetterà al giudice nazionale il compito di individuare gli elementi costitutivi di una pratica abusiva.

istituti giuridici del diritto civile con proprie caratteristiche e funzioni, ma in quanto fatti, collegati in funzione di presupposto a una certa imposizione.

Alla luce di quanto detto, il concetto di abuso civile e il concetto di abuso tributario non apparirebbero confondibili. Tuttavia, risulterebbero essere collegati e sembrerebbero relazionarsi tra loro in termini di causa-effetto. Difatti, causa è quella dovuta al fatto civile, cioè la funzione per la quale si conclude quel determinato contratto, mentre l'effetto si sposterebbe sul piano del diritto tributario e sarebbe quello "illecito" dell'elusione, laddove il risparmio d'imposta appaia privo delle valide ragioni economiche imposte dalla legge.

Il dibattito sull'elusione fiscale ha sempre tenuto conto del seguente convincimento: la difficoltà di coniugare il principio di libertà di iniziativa economica previsto all'art. 47 Cost. e dell'autonomia contrattuale *ex art. 1322 c.c.* con il dovere costituzionale di concorrere alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva *ex art. 53 Cost.* Chiaro è che l'ordinamento riconosce al contribuente il diritto alla ricerca del legittimo risparmio di imposta.

Esistono varie modalità con cui il contribuente può raggiungere un risparmio d'imposta e in base ad esse si avrà una diversa reazione dell'ordinamento. Per prima cosa occorre essere in grado di scindere il lecito risparmio da fenomeni elusivi o evasivi.

In dottrina sono stati prontamente evidenziati diversi parametri normativi per delineare i confini tra queste nozioni. Si è fatto riferimento al principio di uguaglianza e solidarietà, al dovere di contribuzione, alla capacità contributiva e alla riserva di legge a livello costituzionale, al principio della collaborazione e della buona fede del contribuente contenuto all'art. 10, comma 1 dello Statuto dei diritti del contribuente che prevede che i rapporti tra contribuente e Amministrazione finanziaria siano improntati al principio di collaborazione e di affidamento e, oggi, anche all'art. 10 *bis* del medesimo, che descrive la disciplina dell'abuso del diritto, individuando i criteri attraverso i quali l'abuso stesso si palesa.

Va ribadito, nuovamente, che oggi il concetto di elusione viene parificato a quello di abuso del diritto grazie all'introduzione dell'art. 10 *bis* nello Statuto dei diritti del contribuente. Nel settore del diritto tributario intervengono interessi di tipo pubblicistico e il tema degli effetti giuridici della fattispecie è molto complesso. Vi è, difatti, la tradizionale

pretesa della norma tributaria di operare una qualificazione autonoma di fatti giuridici “degradati a fatti economici”.

È evidente come la soluzione cui l’Amministrazione finanziaria può aspirare è quella di addivenire non già ad una concorrente qualificazione normativa, in termini di abusività, per poi dedurre l’inefficacia ed eventualmente l’invalidità civilistica dell’atto e, all’esito affermare un diverso statuto fiscale dell’operazione; bensì quella di operare una immediata disapplicazione della norma fiscale di vantaggio in questione.

L’abuso si configura quando l’interesse individuale che la norma tutela attribuendo un diritto al suo portatore non trova attuazione per il tramite dell’esercizio del diritto, in quanto quell’esercizio non è conforme al diritto e non ne è pertanto legittimato. In sintesi, quell’interesse non è destinato a trovare attuazione in quel determinato modo. Un tale approccio, nel momento in cui la norma facoltizzante si basa su precetti costituzionali che chiamano in gioco la collettività, ovvero il dovere di contribuzione realizzato mediante un sistema tributario progressivo *ex art. 53 Cost.*, ne esce certamente rafforzato.

Chiaro è che in ambito contrattuale il vantaggio conseguito riguarda un rapporto tra parti private e la tutela dell’ordinamento generale avviene solo indirettamente, mentre, in quello tributario il raffronto avviene sempre tra contribuente e Amministrazione finanziaria.

Si scontrano, quindi, nel primo caso dei diritti soggettivi, nel secondo un vantaggio personale indebito contro il giusto prelievo fiscale previsto dalla legge che sfocia, però, nell’immediata e diretta lesione del più ampio interesse pubblico e rispetto del principio di equità alla contribuzione previsto dall’*art. 53 Cost.*

Nell’ambito del diritto civile l’abuso del diritto risulta in grado di paralizzare l’esercizio dei diritti soggettivi (ad esempio, legittimando provvedimenti inibitori nel caso degli atti emulativi); in grado di collocare nell’area dell’inefficacia taluni rapporti giuridici (finanche al punto di fondare una regola di validità, se agganciato a norme dotate del crisma dell’imperatività), ancora, di fondare tramite il disvalore connesso all’*animus nocendi*, al dolo, regole di responsabilità difficilmente superabili dal danneggiante.

Molto spesso, come si è anticipato³¹, nell’ambito del diritto civile l’abuso del diritto è stato ricondotto alla buona fede oggettiva. Di conseguenza, il più delle volte, il

³¹ Per un approfondimento dell’istituto dell’abuso del diritto in relazione con la buona fede oggettiva si v. *retro*, cap. I, sez. II, par. 1.

rimedio è stato identificato nel risarcimento del danno. Mentre, nel diritto tributario il rimedio è sempre il medesimo: la disapplicazione degli effetti voluti abusivamente. È appena il caso di specificare che il caso di un'azione di risarcimento danni, l'Agenzia sarebbe tenuta a proporla davanti al giudice ordinario. Si tratterebbe, quindi di tempistiche molto più lunghe al livello processuale, nonché di azioni maggiormente complesse.

Altra peculiarità che differenzia l'abuso nell'uno e nell'altro settore è che, mentre nel tributario l'abuso ha imprescindibilmente carattere residuale, così non è nel diritto civile.

Ciò che è interessante notare è che tale categoria dalle frontiere così mobili, per riprendere la famosa espressione di Francesco Galgano, venga utilizzata in un settore dell'ordinamento, il diritto tributario, in cui gli strumenti di reazione, come anticipato, sono tanto diversi e gli interessi in gioco, per ragioni evidenti, tanto più complessi.

Certamente, come affermato da autorevole dottrina, si tratta di una figura dai caratteri generali che si presta a svolgere miglior ruolo se la si intende alla stregua di una formula descrittiva, bisognosa di concretizzazione alla luce di parametri normativi rinvenibili in norme dal contenuto specifico (833 c.c.) ovvero compendianti clausole generali, prima fra tutte quella di buona fede.

2. La rilevanza settoriale dell'art. 10 bis e la necessità di analizzare autonomamente i profili civilistici dei contratti fiscalmente abusati

Prima di entrare nel merito della questione vanno fatte due brevi osservazioni preliminari. *In primis*, è appena il caso di specificare che l'art. 10 *bis* non dispone che gli atti sono validi nel civile, ma, allo stesso tempo, non afferma la loro invalidità. Va pertanto effettuato, sull'art. 10 *bis*, un lavoro di interpretazione: come emerge da un'attenta lettura³², gli strumenti civilistici risultano "sussunti" e necessitano di essere estrapolati dal disposto normativo.

L'art. 10 *bis* risulterebbe essere onnicomprensivo di tutti quelli strumenti civilistici utilizzati dalla giurisprudenza prima della sua introduzione nel corpo dello Statuto.

³² Per comprendere meglio cosa si intende dire qui con «sussunzione degli strumenti civilistici nell'art. 10 *bis*, v. *retro*, par. 2.1. della pres. sez.

Allora ci si dovrebbe domandare com'è un contratto fiscalmente abusato dal punto di vista sostanziale e rimediabile. Poiché, nel caso in cui sia definito “carente di causa concreta”, il rimedio risulta esser la nullità, mentre, in ipotesi di violazione della buona fede, il rimedio è, generalmente, il risarcimento del danno (a volte anche accompagnato da risoluzione).

Ci si dovrebbe altresì chiedere se le ipotesi previste nel 10 *bis*, ovvero i presupposti al ricorrere dei quali si concretizza il comportamento abusivo, rilevano nel diritto civile.

Il “punto”, allora, non è “sindacare” sull'utilizzo degli strumenti del diritto civile nel tributario, bensì effettuare un'operazione di astrazione dal 10 *bis* per verificare i punti di connessione con l'abuso (civile) del contratto. Certo è che, come già ribadito, in tale ultimo ambito vige la supremazia del diritto civile.

Dal punto di vista del diritto tributario si deve prendere atto che tutti i rimedi propri del diritto civile utilizzati in passato sono, ad oggi, destrutturati e disciolti nell'art. 10 *bis*. Mentre nel diritto civile l'operazione è inversa: occorre verificare se dal “contenitore” dell'art. 10 *bis* è possibile estrapolare le categorie civilistiche con i connessi rimedi previsti dal diritto civile. Chiaramente si tratta di un'operazione interpretativa, e non di un automatismo.

Come è noto, il legislatore tributario (ma anche la prassi, la giurisprudenza e la dottrina), mostra profonde riserve sull'ipotesi di nullità dei contratti fiscalmente abusati³³, giacché la radicale improduttività degli effetti del contratto, accertata *incidenter tantum* ai fini tributari, finirebbe col deflagrare nei sottostanti rapporti privatistici, mettendo in crisi il principio di conservazione del contratto *ex art.* 1367 c.c. e di circolazione della ricchezza. Per analoghe ragioni sussistono altrettante profonde riserve nell'utilizzare ai fini fiscali gli istituti civilistici.

Il quadro assume tinte ancora più fosche ove si consideri che la nullità basata su una patologia codicistica verrebbe, *incidenter tantum* accertata dall'Agenzia delle entrate e

³³ Tale riserva è resa esplicita all'art. 10 Statuto dei diritti del contribuente, rubricato «tutela dell'affidamento e della buona fede. Errori del contribuente» il quale, al comma 3, prevede «[...] le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto».

poi vagliata dal giudice tributario facendo venir meno il ruolo del giudice civile quale giudice naturale rispetto a tali situa situazioni³⁴.

Tutto ciò spiega la soluzione infine attuata dal legislatore tributario con il novello art. 10 *bis* dello Statuto, che mostra le seguenti peculiarità:

- clausola generale di chiusura;
- natura meramente residuale della norma antiabuso;
- preclusione rispetto all'applicabilità in termini antiabusivi delle patologie codicistiche;
- inefficacia relativa dei vantaggi fiscali;
- destrutturazione dei tipici istituti evocabili a fondamento del contrasto all'abuso contrattuale (buona fede oggettiva, causa concreta, frode alla legge *ex art.* 1344 c.c., violazione di norme imperative, inefficacia, *exceptio doli* etc.), ricomprendendoli, in chiave omnicomprensiva, nell'art. 10 *bis*, prescindendo del tutto da categorie o qualificazioni tipiche del diritto civile.

Nel momento in cui viene accertata la condotta abusiva del contribuente le operazioni elusive effettuate vengono disapplicate, ai fini tributari, dall'Amministrazione finanziaria. Non sono, quindi, ottenibili, i relativi vantaggi fiscali.

Si tratta, in sostanza di una vera e propria inefficacia relativa. L'atto diviene inefficace solo nei confronti del Fisco, ovvero inopponibile all'Amministrazione finanziaria. L'Ufficio provvede al recupero di quanto effettivamente dovuto a titolo di imposte sulla base di un atto di accertamento alquanto peculiare, giacché trattasi di un atto emesso in relazione a condotte di per sé consentite dall'ordinamento e non direttamente lesive di una norma di legge, ma che vengono poste in essere al solo scopo di ottenere un risparmio di imposta non dovuto.

Tuttavia, può accadere che un contratto abusato a fini tributari sia invocato per produrre i propri effetti, dopo la dichiarazione di inefficacia relativa da parte dell'Amministrazione finanziaria, in altri ambiti, specialmente nei rapporti di diritto civile. In via preliminare è opportuno chiarire che questo specifico profilo di indagine non è stato approfondito, né nell'ambito del diritto civile, né nell'ambito del diritto tributario. Emerge,

³⁴ Verrebbe, in tal modo, violato il principio espresso all'art. 39 del D.Lgs. 546/1992: «Il processo è sospeso quando è presentata querela di falso o deve essere decisa in via pregiudiziale una questione sullo stato o la capacità delle persone, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio».

infatti, la tendenza aprioristica a tenere separati i due settori del diritto, evitando di porsi la questione³⁵. Viceversa, si è convinti della necessità di indagare sulle interconnessioni tra le due situazioni.

È opportuno, a questo punto, riportare un esempio pratico per dimostrare che, perlomeno in alcuni casi, l'abuso tributario possa avere effetti nei rapporti di diritto civile ed altresì essere sintomatico di un abuso inteso in senso civilistico.

Nell'esempio elaborato si ipotizza che l'abuso tributario possa avere ripercussioni invalidanti nei rapporti di diritto civile. Nel caso che segue verrà analizzata l'ipotesi dell'utilizzo abusivo del contratto ai fini fiscali, ma nell'ottica di vagliarne le patologie e gli effetti civilistici.

Si illustra un caso estrapolato dalla prassi negoziale, oggetto di attenzione, sotto diversi profili, della giurisprudenza; si tratta di un caso reale, inerente all'utilizzo abusivo, ai fini fiscali, del contratto di comodato.

Come noto, l'IRPEF è un'imposta progressiva, in quanto colpisce il reddito con aliquote che dipendono dagli scaglioni di reddito imponibile, ed è di carattere personale. Sullo scaglione più elevato si applica l'aliquota massima del 43%.

Ipotizziamo che un genitore, il Sig. Mario Rossi sia dirigente industriale, faccia come lavoro il dirigente industriale, guadagni ogni anno 80.000 euro e abbia tre figli, che devono essere mantenuti, in quanto, seppur maggiorenni, convivono nel nucleo familiare e non svolgono attività professionale o commerciale. I figli, quindi, hanno un reddito pari a 0.

Il Sig. Mario Rossi è altresì proprietario di tre locali commerciali, che potrebbe locare, ognuno, a 15.000 euro l'anno, pagando, ogni anno, il 43% di IRPEF, giacché l'aliquota massima del 43% si applica oltre lo scaglione di 75.000 euro (*ex art. 11 del Testo unico delle imposte sul reddito, 22 dicembre 1986, n. 917*). Al fine di ottenere un risparmio di imposta il padre decide di effettuare una particolare operazione.

Nel caso in esame il padre stipula dei contratti di comodato gratuito con i figli, i quali sviluppano delle trattative con potenziali conduttori e stipulano, a loro volta, tre

³⁵ Occasionalmente alcuni autori si sono occupati del tema, senza valorizzare l'interconnessione tra i due settori. Si v., sul punto, i recenti contributi di SANTORO F., *L'abuso nel diritto civile e tributario*, Esi, Napoli, 2017; PERLINGIERI G., *Profili civilistici dell'abuso tributario. L'inopponibilità delle condotte elusive*, Esi, Napoli, 2012.

contratti di locazione, ma pagano un'aliquota del 23%, il minimo IRPEF, poiché avevano un precedente reddito pari a 0 e il primo scaglione è fino a 15.000 euro. Con tali soldi si mantengono, pur continuando ad appartenere allo stesso nucleo familiare. Si tenga presente che: considerato che il padre avrebbe pagato 19.350 euro ed i figli invece pagano il 23% sul primo scaglione, ovvero 3.450 euro a testa (per un totale di 10.350 euro), il Sig. Rossi risparmia circa 9.000 euro di imposte³⁶.

Nell'ipotesi in cui i figli concludessero i contratti di locazione e, in un secondo momento, rigirassero i canoni percepiti al padre si avrebbe, invece, un caso di interposizione fittizia di persona, non di abuso del diritto. Ci si troverebbe, pertanto, fuori dall'ambito applicativo dell'art. 10 *bis* della Legge n. 212/2000 (abuso del diritto), e dall'ambito applicativo dell'art. 37 *bis* del dpr. n. 600/73 (elusione). È appena il caso di sottolineare che, in tale ipotesi si avrebbe un contesto ancor più antiggiuridico, giacché la simulazione, come falsa rappresentazione della realtà, è fortemente contrastata dal sistema tributario con i tradizionali strumenti antifrode e antievasione.

L'unico motivo per cui viene fatta questa operazione, strumentalizzando il contratto di comodato, è quello di ottenere un risparmio fiscale. In tal caso, ferma restando l'estraneità della fattispecie rispetto alla simulazione relativa soggettiva (ovvero l'interposizione fittizia di persona), vi sono margini per poter configurare un comportamento abusivo³⁷. Certamente, di comportamento abusivo non potrebbe parlarsi laddove siano configurabili valide ragioni economiche personali e sociali atte a giustificare l'operazione. Ad esempio se il sig. Rossi padre fosse costretto, per lavoro, a trasferirsi all'estero o subisse un grave infortunio inabilitante e quindi venisse a trovarsi in situazione di difficoltà di gestione del proprio patrimonio immobiliare, il comportamento risulterebbe genuino e si avrebbe l'ipotesi di un lecito risparmio di imposta scaturente da un'operazione contrattuale fondata prevalentemente su valide ragioni extrafiscali.

³⁶ Si tenga presente che l'esempio illustrato è tratto dalla prassi negoziale e dalla giurisprudenza di merito ed è concreto e verosimile in ragione della legislazione vigente. Tuttavia, si segnala che alcune ipotesi di riforma tributaria, che vanno prendendo corpo in questi mesi, potrebbero, per un verso, ridurre o superare l'arbitraggio fiscale sul sistema delle aliquote progressive, introducendo la *flat tax* e, per altro verso, arrivare ad introdurre la cedolare secca ad aliquota piatta del 20% anche sui redditi derivanti dalle locazioni di immobili ad uso commerciale (laddove, fino ad oggi, tale regime era limitato ai redditi derivanti da locazioni di immobili ad uso abitativo).

³⁷ Sulla differenziazione tra simulazione e l'abuso del diritto si v. *retro*, cap. I, sez. III, par. 2.

Viceversa, il comportamento potrebbe essere configurato come abusivo nel caso in cui ricorrono i seguenti elementi: a) anomalo utilizzo del contratto di comodato, normalmente ispirato (come emerge dalla lettura della norma) da finalità di solidarietà, di cortesia e tali da escludere, generalmente, un impiego non personale, da parte del comodatario³⁸, ma finalizzato a conseguire un lucro mediante contratto di locazione a terzi; b) trattative con i possibili conduttori sviluppate, con anomala contiguità temporale, dal padre che poi, solo all'ultimo momento (a distanza di un giorno) prima conclude trattative, poi concede in comodato ai figli i quali, il giorno seguente stipulano contratti di locazione con i terzi; c) i figli maggiorenni continuano a vivere all'interno del nucleo familiare restando inattivi dal punto di vista lavorativo, economico e commerciale. Sul punto, è opportuno sottolineare che si palesa l'aggiramento anche di un altro obbligo, divieto, tributario, giacché gli assegni alimentari ai figli non possono essere dedotti dal reddito dei genitori eroganti (art. 10 TUIR).

Ove su tali basi si ritenesse abusiva la strumentalizzazione del comodato ai fini fiscali, assumerebbe rilevanza anche il profilo della validità civilistica di tale contratto, in quanto sembrerebbe mancare la causa concreta.

Invero, per prassi, accade che in casi del genere l'Agenzia delle entrate, contrastando l'uso fiscale abusivo del contratto di comodato, si limita ad imputare il reddito relativo al comodante.

Orbene, cosa accade nei rapporti di diritto civile, laddove si verifichi un conflitto tra il genitore e i figli in merito alla validità dei contratti di comodato in questione?

Certamente, va esclusa alla radice la diretta e automatica ricaduta dell'accertamento tributario sui rapporti di diritto civile, nel senso che il padre non potrà certo limitarsi ad invocare gli effetti del controllo tributario dai quali scaturisce l'imputazione del reddito ad esso comodante e non ai comodatari, ma occorrerà effettuare una valutazione caso per caso.

Resta da vedere, però, se i comodati in questione risultino validi, o meno, da un punto di vista prettamente civilistico. Non per effetto dell'accertamento tributario, ma per il loro specifico e concreto assetto contrattuale (inteso, quindi, in senso puramente civilistico).

³⁸ Chiaramente, come emerge anche dalla lettura dell'art. 1804, comma 2, è permesso concedere ad un terzo il godimento della cosa previo permesso del comodante.

Ci si deve chiedere, prima di tutto, se questo comportamento del padre è rilevante in termini di abuso tributario. La risposta è affermativa. Considerando gli elementi sub a), b) e c), trattasi di una fattispecie che rientra nell'ambito del nuovo art. 10 *bis* dello Statuto dei diritti del contribuente, configurando, dal punto di vista civilistico, una nullità per difetto di causa concreta. Non si tratta di interposizione come anticipato *supra*, né, tantomeno, di simulazione, bensì di un comportamento abusivo sotto il profilo tributario. Situazione ben diversa potrebbe aversi laddove i figli del sig. Mario Rossi, anziché restare passivamente nel nucleo familiare, limitandosi nella sostanza a percepire degli alimenti, si collocassero in un contesto più virtuoso in termini economico-sociali, andando ad utilizzare i redditi scaturenti dalla locazione per avviare una loro personale attività economica, per rendersi autonomi rispetto alla famiglia ed uscire dal nucleo familiare stesso.

Orbene, tornando al caso in esame, emerge l'ipotesi della mancanza di causa concreta. La teorica della causa concreta è stata inaugurata dall'emblematica sentenza della Cassazione, la n. 10490 del 2006, che ha ammesso la possibilità di nullità di un contratto tipico proprio per mancanza di causa in concreto. La Cassazione, in questa pronuncia, ha fornito una nuova definizione di causa del contratto, qualificando la stessa come «lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a perseguire (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato».

Le pronunce susseguitesì, e nell'elaborazione delle quali la Cassazione si è soffermata sul tema della causa del contratto, dimostrano la nuova tendenza della giurisprudenza in materia di 'causa contrattuale', propensa ad abbandonare la teorica (che potrebbe essere definita "formalistica") della funzione economico sociale del contratto per la teorica della funzione economico individuale, ritenuta oggi, forse più confacente al contesto

economico in cui si vive, assumendo, quindi, un approccio più “sostanzialistico”³⁹. Pertanto, accogliendo tale tesi⁴⁰, il contratto risulterebbe nullo *ex art.* 1418, comma 2, c.c.

³⁹ Si v., tra le decisioni più recenti, Cass. S.U. civ., n. 4628/2015, nella quale emerge in maniera marcata che quando si parla di causa tipica l'indagine si sposta sulla causa concreta, in *Corriere giur.*, 5/2015: 609 e ss., con nota di CARBONE V., *Il diritto vivente dei contratti preliminari*. La giurisprudenza più risalente, al contrario, e come anticipato, tendeva a pronunciarsi in merito alla validità del contratto atipico constatando, esclusivamente, la mancata violazione di norme di legge, in linea con quanto sostenuto da FERRI G. B., di cui si v. *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1/1979: 8 e ss. Mentre la tendenza registrata nella giurisprudenza più recente è quella di porre a fondamento della decisione proprio l'istituto della causa in concreto. In linea con questa tendenza si v.: Cass., sez. civ., n. 8038/2009, in *Contratti*, 2009: 986 e ss., con nota di TOSCHI VESPASIANI F., *Il «preliminare di preliminare» e la «proposta di acquisto accettata»*; Cass., sez. civ., n. 12235/2007, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1/2002: 177 e ss., con nota di AZZARRI F., *Difetto di presupposizione e rimedi esperibili: il Rêvirement della Suprema Corte*; Cass., sez. civ., n. 6538/2010, in *Foto it.*, 1/2010: 2460 e ss., con nota di COSTANTINO F. S., *Adempimento di debito altrui, fallimento del «solvens» e revocato-ria al vaglio delle sezioni unite (con chiose su «causa concreta» e vantaggi compensativi nelle operazioni di gruppo)*; Cass., sez. civ., n. 16315/2007, in *Danno e resp.*, 2008: 845 e ss., con nota di DELLI PRISCOLI L., *Contratti di viaggio e rilevanza della finalità turistica*; Cass., sez. civ., n. 26958/2007, in *Corr. giur.*, 3/2008: 921 e ss., con nota di ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore e inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*. Sull'utilizzo che la giurisprudenza più recente ha fatto della causa in concreto si v. il critico contributo di ROPPO V., *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 4/201: 957 e ss. Roppo si è espresso, fra l'altro, anche su Cass., sez. trib., n. 20398/2005, *cit.*, e Cass., sez. trib., n. 22932/2005, *cit.*, relative a casi di c.d. *dividend washing*, criticando l'iter logico seguito dalla Corte che dichiara la nullità dell'intera operazione per mancanza di causa. Quest'ultima secondo l'A. avrebbe errato nel focalizzare la propria attenzione sull'assenza di benefici economici, che porta verso l'assenza di causa in concreto, quindi per la nullità senza considerare l'indebito vantaggio fiscale che da tali attività le parti conseguono. La nullità sarebbe dovuta discendere piuttosto dalla violazione dell'art. 1344 c.c., avendo le parti concluso i relativi contratti per eludere una norma imperativa ed ottenere vantaggi non dovuti. Sul tema, e in linea con quanto sostenuto da Roppo, si v. i contributi di: MESSERI G., *Trasferimento di azioni, elusione fiscale e causa in concreto*, in *Causa del contratto, op. cit.*: 43 e ss.; LOVISOLO A., *L'art. 53 Cost. come fonte della clausola generale antielusiva e il ruolo delle valide ragioni economiche tra abuso del diritto, elusione fiscale e antieconomicità delle scelte imprenditoriali, op. cit.*: 216 e ss.; CORASANITI G., *La nullità dei contratti come strumento di contrasto alle operazioni di dividend washing nella recente giurisprudenza della suprema corte*, in *Dir. prat. trib.*, 2/2006: 252 e ss. In senso contrario, in dottrina, si v. i contributi di: MAIELLO U., *I problemi di legittimità e disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. dir. civ.*, 1/1987: 487 e ss.; CATAUDELLA A., *I contratti*, Giappichelli, Torino, 2009; ROLLI R., *Il rilancio della causa del contratto: la causa in concreto*, in *Contratto e Impresa*, 6/2007, 416 e ss.; C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo, op. cit.*, 251 ss. L'A., partendo dalle deduzioni critiche effettuate da Roppo, approva l'utilizzo che la giurisprudenza ha fatto della causa in concreto. Secondo l'A. l'identificazione della causa concreta nell'interesse che il contratto è volto a realizzare rende improponibile la tesi che vorrebbe eliminare l'utilizzo o comunque ridurre la portata. La causa concreta rappresenta un criterio ermeneutico per l'indagine della comune intenzione delle parti, in quanto, per accertare cosa le parti abbiano realmente voluto, occorre accertare quale sia lo scopo perseguito, ovvero l'interesse che il contratto è volto a realizzare. Inoltre, oltre che criterio di interpretazione, è anche un criterio di qualificazione dell'operazione posta in essere dai privati, poiché la rispondenza ad un determinato tipo legale richiede l'accertamento dell'interesse che il contratto è volto a realizzare. Si segnala inoltre che seppur nell'ambito di una diversa fattispecie (relativa alla validità della clausola c.d. *claims made*), recentemente sono intervenute le Sezioni Unite della Cassazione dichiarando, in astratto, la non vessatorietà della clausola in questione, precisando, tuttavia, che la stessa potrà essere dichiarata nulla o vessatoria qualora, da una valutazione effettuata in concreto, la stessa risulti non meritevole di tutela o attributiva di un significativo squilibrio fra diritti ed obblighi a carico del consumatore. In tal caso si parlerebbe non solo di nullità, ma anche di mancanza di causa astratta Cass., S.U. civ., n. 9140/2016, in *Corr. giur.*, 7/2016: 927 e ss., con nota di R. CALVO, *Clausole Claims Made fra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni Unite*.

Concludendo con l'analisi del caso esposto, è opportuno, seppur succintamente, soffermarsi su alcune peculiarità del contratto di comodato. Si può affermare che i tratti essenziali del comodato sono individuati, dalla dottrina maggioritaria, nella realtà, nella unilateralità e nella sostanziale gratuità della causa. Dalla lettura dell'art. 1803, comma 2, c.c., emerge che una delle principali caratteristiche del contratto di comodato è proprio la gratuità.

La gratuità risulterebbe insita nella struttura causale tipica del contratto di comodato, che è tradizionalmente individuata nell'attribuzione gratuita e senza corrispettivo del godimento temporaneo di un bene. Quello che intercorre tra comodante e comodatario è spesso un rapporto di cortesia e di fiducia. Difatti, trattandosi di un contratto essenzialmente gratuito, la previsione di un corrispettivo per il godimento del bene si rende incompatibile con l'elemento causale del comodato che non prevede la possibilità di una variante onerosa, diversamente, si ricadrebbe nell'ipotesi di locazione (art. 1571 c.c.).

Se da un lato è possibile che in un contratto di comodato siano previste delle patruzioni accessorie, ad esempio il pagamento di un modico compenso o degli oneri condominiale, dall'altro è opportuno verificare che le stesse non trasformino il contratto di comodato in un vero e proprio contratto a titolo oneroso, quindi in locazione, alla quale la legge ricollega obblighi e spese più gravosi⁴¹.

Si specifica che le considerazioni effettuate sulla gratuità del comodato non attengono direttamente al concreto assetto negoziale emergente nel caso oggetto di indagine. Ciononostante aiutano a cogliere alcuni tratti di anomalia del comportamento delle parti nella fattispecie prospettata.

In effetti nell'esempio riportato non pare sussistere la causa concreta rispetto al tipo legale. Contando che la struttura causale del contratto, tipico, di comodato è la gratuità, generalmente, con conseguente e personale utilizzo della cosa (bene mobile o im-

⁴⁰ Sul punto si v. il contributo di PALERMO G., *Funzione illecita e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1970: 177 e ss. Secondo l'A. la nullità del contratto per illiceità dello scopo deve discendere da una valutazione della funzione concreta che il contratto è volto a realizzare. Pertanto, la valutazione della meritevolezza dell'interesse, di cui al comma 2 dell'art. 1322 c.c., si riferirebbe non già alla causa in astratto, ma a quella in concreto.

⁴¹ In merito alla commistione, all'interno di uno stesso contratto, di gratuità e onerosità, si è spesso espressa la dottrina, rilevando la possibilità di concludere contratti in cui convivano entrambe le caratteristiche. Tra questi vi è il c.d. comodato oneroso, di cui chiaramente non vi è traccia normativa. Sul punto si v. il contributo di DEL PRATO E., *Contratti misti e variazioni sul tema*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2012: 87 e ss. (nello specifico si v. 108).

mobile che sia) il comportamento deve essere considerato abusivo. Sembrerebbe mancare, in tal senso, la concreta realizzabilità della causa del contratto di comodato, in quanto i figli non utilizzano il bene immobile datogli in comodato dal padre, ma figurano, semplicemente, come comodatari, senza utilizzarlo, e come tali al solo ed unico scopo (essenziale) per il padre, di ottenere un vantaggio fiscale.

In questa sede è opportuno ricordare l'importanza della teoria della causa concreta che ha, nel tempo, conquistato un ruolo centrale in dottrina e in giurisprudenza, superando la concezione bettiana della causa come funzione economico sociale e dando rilevanza causale anche a quegli elementi specifici della concreta fattispecie contrattuale, che risultavano offuscati dal processo di astrazione funzionale e dalla costruzione del tipo contrattuale che emergeva dalla classica concezione causale.

Bisogna chiedersi, ora, quali potrebbero essere le possibili ricadute, nell'ambito dei rapporti di diritto civile, di una simile situazione. Poniamo che il padre si separi dalla moglie, la quale vuole gli alimenti. Nell'assegno saranno da considerare anche i 45.000 euro? La moglie non ne avrebbe diritto perché ormai rientrerebbero nel reddito dei figli. Ciò, nel caso in cui si sostenga l'orientamento, prevalente, secondo cui l'abuso tributario ha effetti solo nel tributario e se il contratto fiscalmente strumentalizzato rimane valido nei rapporti privatistici.

Questo breve e semplice caso per dimostrare che, perlomeno in determinate fattispecie, l'abuso del diritto tributario e l'abuso del diritto civile possono sovrapporsi e risultare strettamente connessi e che un abuso tributario potrebbe essere sintomatico di un abuso anche al livello civilistico. Il contratto, infatti, è stato strumentalizzato al fine di ottenere un vantaggio fiscale, indebito, attraverso un utilizzo distorto della causa, tipica, del contratto di comodato ed un collegamento negoziale anomalo.

Alla luce di quanto detto, dal caso esposto emergono sia un abuso tributario, sia un abuso civile (attraverso una strumentalizzazione della causa). Dunque, posto che da una lettura dell'art. 10 *bis* sembra esserci un collegamento, seppur implicito, ad elementi dell'abuso come si configura nel diritto civile, in casi similari a quello descritto, non rimane che fare la seguente operazione: estrapolare gli elementi che configurano il comportamento abusivo dal 10 *bis*, verificare se sussistono nella fattispecie concreta e, a questo punto, evidenziare il collegamento tra l'abuso tributario e quello civile, identificando, di volta in volta, la patologia e l'istituto civilistico concretamente rilevante. In caso di

esito positivo, si potrà affermare che: in alcuni casi, l'abuso tributario è sintomatico di un abuso civile, l'abuso del contratto, fermo restando la necessità di configurare lo specifico rimedio civilistico, che potrà essere, come in questo caso, nullità per mancanza di causa concreta, ma, nel caso di violazione di buona fede oggettiva il risarcimento del danno, in altri casi ancora l'*exceptio doli*.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Nell'introduzione del presente lavoro ci si è chiesto: a quale categoria appartiene l'abuso, quali sono le maggiori problematiche che lo riguardano, quali gli orientamenti della Giurisprudenza interna ed europea (focalizzandosi sull'ordinamento tedesco affine a quello italiano per lo sviluppo dell'istituto) ma, soprattutto, quali siano le interconnessioni tra l'abuso nel diritto civile e l'abuso nel diritto tributario; questione corollaria è quella della validità civilistica di un contratto fiscalmente abusato *ex art. 10 bis* dello Statuto.

A questo punto è doveroso tratteggiare le conclusioni sintetizzando le fasi ricostruttive ed i passaggi logici elaborati nel corso dell'indagine.

L'analisi sviluppata sul tema dell'abuso del diritto e sui rapporti tra l'abuso del diritto tributario e l'abuso del diritto civile ha messo in luce i problemi e le incertezze, che ancora ad oggi, si riscontrano su tale istituto.

Prima di tutto è stata analizzata la figura dell'abuso del diritto all'interno del codice civile, facendo un *excursus* sulle norme che, seppur in maniera implicita, lo richiamano. Nella specie è stata svolto un esame ricognitivo di tutti quelli istituti che si riferiscono all'abuso della libertà contrattuale, riguardanti la formazione del consenso e i vizi della volontà. In tal senso il divieto di abuso del diritto rappresenterebbe un vero e proprio limite esterno all'autonomia contrattuale.

È stato evidenziato che nel nostro ordinamento l'abuso del diritto ha matrice dottrinale e giurisprudenziale ed è stato dimostrato, tramite l'utilizzo che ne è stato fatto, da parte delle Corti, che si tratta di un istituto dotato di marcata interdisciplinarietà, sviluppatosi maggiormente in ambito civile e tributario, ambito, quest'ultimo, nel quale l'abuso è stato di recente codificato. È stato interessante notare che in materia tributaria si è assistito ad una positivizzazione dell'abuso non solo nel diritto interno, ma anche al livello eurounitario, con la sesta Direttiva.

In secondo luogo non ci si è potuti esimere dall'effettuare un'analisi dell'istituto indagando sulle sue radici storiche e potendo affermare che ha origine nel diritto romano, mostrando svariate analogie con l'*aemulatio*, fattispecie che limita il diritto di proprietà, e ravvisando che, per motivi ideologici, la tradizione che ha visto lo sviluppo dell'abuso

del diritto ha subito un'interruzione nel periodo delle codificazioni ottocentesche di ispirazione napoleonica. La proprietà, a quel tempo, veniva considerata un diritto assoluto, quasi di natura personale e l'esercizio del diritto di proprietà non tollerava ostacoli per la salvaguardia di interessi privatistici, ma soltanto limiti di natura pubblicistica.

Fondamentale, sul tema, è stata la disamina dell'abuso del diritto in relazione alla clausola generale di buona fede. In molti hanno sostenuto che l'abuso del diritto fosse un semplice doppione, una ripetizione, della buona fede. Eppure, da quanto emerso le due figure non sembrano coincidere esattamente. Sono state poste in evidenza le differenze che emergono tra i due istituti, pur ammettendo che, in ipotesi particolari, vi possa essere una loro sovrapposizione. Certamente, si può affermare che, spesso, la violazione della buona fede in senso oggettivo, ovvero quella contrattuale, volta alla al rispetto delle regole di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto, possa essere sintomatica dell'esistenza di un vero e proprio abuso del diritto, come d'altronde ravvisato anche nella nota sentenza relativa al caso *Renault* (n.20106/2009).

Le maggiori incertezze sull'istituto hanno certamente riguardato la sua categorizzazione: non è chiaro, ad oggi, se si tratti di una clausola, di un principio, o semplicemente di un "argomento". Sarebbe potersi affermare, attraverso una preliminare disamina dei concetti di clausola e di principio, che l'abuso del diritto possa essere considerato un principio generale immanente al nostro ordinamento, principio che, certamente, si differenzia, anche al livello strutturale, da quello di matrice comunitaria.

Ci si è soffermati sul carattere dell'interdisciplinarietà dell'abuso del diritto, specialmente rispetto all'ambito del diritto tributario. Dall'analisi della giurisprudenza tributaria sul tema è emerso come, non di rado, sono stati confusi i concetti di abuso del diritto, simulazione, interposizione, elusione, evasione, utilizzati indifferentemente dalla giurisprudenza. Perciò è stata effettuata un'analisi critica degli orientamenti giurisprudenziali e dei diversi istituti e si è dimostrato che l'abuso del diritto è istituto dotato di una sua specificità e autonomia.

Il rinnovato interesse per l'abuso del diritto è dovuto specialmente allo sviluppo dei meccanismi di contrasto antiabusivi di matrice eurounionale. Perciò, ci si è soffermati sulle pronunce della giurisprudenza comunitaria e sui meccanismi da quest'ultima elaborati, ponendo l'accento sulle differenze strutturali riscontrabili tra il principio comunitario e quello elaborato dal diritto interno.

Nella terza parte del lavoro si è cercato di far comprendere che è possibile una interconnessione tra l'abuso del diritto civile e l'abuso del diritto tributario. Per raggiungere questo obiettivo è stata fatta, *in primis*, un'analisi dell'abuso del diritto nell'ambito del diritto civile, poi una disamina dell'abuso come introdotto nel tributario attraverso il novellato art. 10 *bis* dello Statuto dei diritti del contribuente, la cd. clausola generale antiabuso.

Tramite l'elaborazione di un caso concreto tratto dalla prassi giurisprudenziale si è cercato di dimostrare, da un lato, quale sia la connessione tra l'abuso civile e l'abuso tributario, dall'altro che, in determinati casi, l'abuso tributario *ex art. 10 bis* dello Statuto è sintomatico di un'anomalia civilistica che può essere: la violazione di buona fede oggettiva, la mancanza di causa concreta, la sussistenza di un comportamento aggiratorio *ex art. 1344*, nullità per violazione di una norma imperativa, inefficacia assoluta, *exceptio doli*. Di conseguenza, in alcune ipotesi l'abuso tributario può riflettersi nei rapporti civilistici, ed anzi ciò è quanto normalmente avviene. Certamente, si è avuto modo di spiegare, si tratta di due fenomeni che hanno molteplici differenze strutturali, a partire dagli interessi che vengono tutelati, nell'uno e nell'altro ambito. E, ancora, sono diversi i rimedi e le reazioni dei due ordinamenti al fenomeno dell'abuso. La ripercussione di un abuso (tributario) dello strumento contrattuale per ottenere un vantaggio fiscale indebito sui rapporti di diritto civile non è assolutamente un automatismo, allo stesso modo non lo è la somiglianza ontologica tra l'abuso inteso in senso puramente tributario e civile.

Dall'indagine svolta rispetto al concetto civilistico di abuso per un verso, ed alla norma tributaria di contrasto ai comportamenti abusivi (*ex art. 10 bis* dello Statuto) per altro verso, è emersa la chiara scelta del legislatore tributario di creare un doppio binario tra le anomalie civilistiche che avranno la loro naturale rilevanza nei rapporti privatistici e nel sistema del codice civile, e la norma tributaria di contrasto dei comportamenti abusivi.

L'art. 10 *bis* dello Statuto è stato scritto in modo tale da ricomprendere tutte le ipotetiche anomalie civilistiche rilevanti nell'ambito delle operazioni tributarie abusive, e, segnatamente: la violazione della buona fede oggettiva, la nullità per carenza di causa concreta, la nullità per comportamenti aggiratori *ex art. 1344 c.c.*, l'*exceptio doli*.

Il legislatore tributario ha scelto di prescindere del tutto dallo strumentario concettuale civilistico, formulando una norma di contrasto all'abuso a connotazione marcatamente settoriale, con l'obiettivo di evitare alla radice l'impiego di quegli strumenti e concetti civilistici che tra il 1999 e il 2008 sono stati ampiamente utilizzati dalla giurisprudenza, anche ai fini tributari, proprio per contrastare comportamenti abusivi dei contribuenti.

Nella prolissa, ampia e omnicomprensiva formulazione dell'art. 10 *bis* dello Statuto vengono ricomprese tutte le anomalie civilistiche potenzialmente rilevanti. Come si è avuto modo di chiarire il 10 *bis* ha natura residuale, per cui ne è vietata l'applicazione laddove risultino utilizzabili altre specifiche norme tributarie di contrasto dei comportamenti antiggiuridici dei contribuenti; la stessa norma, ponendosi come norma di chiusura dell'ordinamento tributario, preclude l'utilizzo degli strumenti codicistici.

È tuttavia evidente che, a fronte della strumentalizzazione di un contratto, per mere finalità di risparmio fiscale, l'azione di contrasto dell'Agenzia delle Entrate non potrà che fondarsi (salvo il rispetto del sopraindicato principio di residualità) sull'art. 10 *bis* dello Statuto, prescindendo dalla qualificazione delle anomalie e delle patologie civilistiche sottostanti. Ma, è altrettanto evidente che nei rapporti privatistici fra le parti del contratto, torneranno ad assumere rilievo i normali strumenti e concetti codicistici, ai fini fiscali assorbiti e disarticolati nel 10 *bis* che pone la regola della disapplicazione degli effetti all'Agenzia ma, ai fini civilistici, rilevanti secondo la loro naturale dimensione civilistica in termini di: violazione della buona fede (la quale, generalmente, conduce al risarcimento del danno), mancanza di causa concreta (che conduce alla nullità), contratto concluso in frode alla legge (altresì da considerare nullo), *exceptio doli*.

Poste queste premesse sistematiche è possibile sviluppare più analiticamente l'indagine utilizzando le interconnessioni tra l'art. 10 *bis* e le sottostanti anomalie civilistiche.

Nella prassi delle operazioni abusive è frequente che un contratto venga strumentalizzato, a fini tributari, per ottenere un vantaggio fiscale indebito.

Spesso accade che ad essere strumentalizzato sia un contratto tipico, che ha, conseguentemente, una sua causa tipica. Come noto, quando si tratta di causa tipica l'indagine si sposta sulla causa concreta, in quanto la causa astratta già c'è, ed è quella tipizzata dal legislatore. Guardando alla giurisprudenza degli ultimi anni è risultato evidente il successo dell'applicazione della teorica della causa concreta, la quale porta alla nullità del

contratto. Se il contratto tipico utilizzato non rispecchia nel concreto la causa tipica, rappresentata dalla concreta realizzazione di quella determinata funzione economico individuale del contratto, vuol dire che quel determinato contratto risulterà nullo dal punto di vista civilistico. In questo senso non risulterebbe possibile negare una connessione tra il diritto civile e il diritto tributario che, lo si ribadisce, non è una connessione automatica, ma che va verificata caso per caso.

È chiaro che l'abuso tributario non rileva *a priori* nel diritto civile, ma assumerà rilevanza sintomatica nel momento in cui toccherà e avrà ripercussioni concrete sui rapporti di diritto civile, come rilevato nell'esempio elaborato tramite la strumentalizzazione del contratto, tipico, di comodato.

Tuttavia, solo talvolta il concetto di "valida ragione economica o sostanza economica" si sovrappone con il concetto di "causa concreta"; altre volte la dimensione civilistica dell'abuso tributario si esprimerà attraverso la più classica violazione della buona fede oggettiva, talvolta potrà emergere, invece, un'anomalia civilistica riconducibile ai comportamenti aggiratori *ex art. 1344 c.c.*, o da un'ipotesi di *exceptio doli* da verificare caso per caso.

In tal senso risulta opportuno esprimere alcune considerazioni conclusive analizzando il rapporto tra il concetto di sostanza economica, su cui è centrato il comma 1 dell'art. 10 *bis*, e le valide ragioni *extra* fiscali. L'assenza del primo rappresenta certamente un presupposto costitutivo di abuso nel diritto tributario, al contrario, se quella determinata operazione si connota per la presenza della sostanza economica non si configura un'ipotesi tributaria di abuso. Le valide ragioni *extra* fiscali, indicherebbero un'esimente, escludendo quindi la natura abusiva della condotta realizzata dal contribuente. I due concetti non vanno equiparati. La sostanza economica si riferisce alla funzione economica diversa da quella del mero risparmio fiscale. Si tratterebbe, quindi, di un elemento qualificabile dal punto di vista oggettivo, verificando la coerenza tra le operazioni effettivamente poste in essere e i relativi obiettivi da realizzare, i vantaggi conseguiti, la loro natura fiscale o *extra* fiscale e la loro consistenza.

L'elemento delle valide ragioni *extra* fiscali, invece, ha un carattere più generale e si riferisce alle scelte effettuate dal contribuente nell'ambito della realizzazione di una condotta potenzialmente abusiva. Quindi, risulta porsi su un piano soggettivo, mostrando la necessità di valutare le motivazioni che hanno condotto il contribuente a realizzare

quella specifica operazione. La scelta del legislatore di utilizzare come presupposto dell'abuso del diritto la sostanza economica al posto delle valide ragioni economiche sancite dall'abrogato 37 *bis* non è casuale. Infatti, ferma restando la sostanziale coincidenza delle due formule emerge un'influenza eurounionale che, valorizzando la contrapposizione tra costruzione di puro artificio e sostanza economica ha indotto il legislatore italiano ad optare per tale formula in luogo di quella delle valide ragioni economiche che poneva il problema in termini di validità o invalidità delle stesse.

Attraverso una lettura critica dell'art. 10 *bis* è possibile comprendere come la sostanza economica e le valide ragioni *extra* fiscali siano i due elementi cardine, che permettono di individuare il perimetro del fenomeno abusivo. Difatti, se nelle operazioni poste in essere dal contribuente è ravvisabile non una costruzione di puro artificio, ma una apprezzabile sostanza, l'abuso non potrà essere contestato dall'Agenzia delle Entrate, in quanto in tali ipotesi l'operazione non potrà essere considerata "priva di sostanza economica". Inoltre, nel caso in cui siano presenti delle valide ragioni *extra* fiscali a giustificare l'operazione, quest'ultima risulterebbe "corretta".

Affinché le valide ragioni *extra* fiscali possano costituire un'esimente devono avere due caratteristiche, ovvero il carattere della non marginalità e la finalità di perseguire un "miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente", anche da un punto di vista gestionale o organizzativo. Dall'assunto deriva che le ragioni *extra* fiscali possono "convivere" con le ragioni fiscali. Di conseguenza, risulterebbe fondamentale, sia per il contribuente che per l'Amministrazione finanziaria, comprendere che valenza attribuire alle diverse ragioni. Solo in questo modo si potrà dimostrare l'abusività o meno dell'operazione realizzata.

La norma non risulta esaustiva in tal senso e nemmeno la Relazione illustrativa che la accompagna fornisce una precisa spiegazione. La Relazione illustrativa rileva la non marginalità delle ragioni *extra* fiscali sulla base della loro intrinseca valenza rispetto alla realizzazione dell'operazione potenzialmente abusiva. In tal senso, le valide ragioni *extra* fiscali sono rilevabili solamente se l'operazione non è stata realizzata in loro assenza. Quindi, sarà necessario dimostrare che, in assenza di tali ragioni, l'operazione non sarebbe stata posta in essere. È chiaro che le ragioni *extra* fiscali, per fungere da esimente, devono essere rilevanti, e la loro rilevanza ed esistenza, come disposto al comma 9 dell'art. 10 *bis*, dovrà essere dimostrata dal contribuente. Considerata la vaghezza dei

predetti concetti accade spesso che ci sia un disallineamento tra l'Amministrazione finanziaria e il contribuente proprio per ciò che concerne i profili interpretativi. Come anticipato, tra le ragioni fiscali non marginali rientrano anche quelle di carattere organizzativo e gestionale finalizzate ad ottenere un «miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa». In aderenza a questo assunto, il contribuente potrà beneficiare dell'esimente del comma 3 provando che, nonostante dalle operazioni effettuate si ottengano vantaggi fiscali, queste rispondono ad esigenze di tipo organizzativo e gestionale, che hanno generato, o sono tese a creare, un miglioramento dell'attività imprenditoriale dal punto di vista strutturale o funzionale.

È opportuno evidenziare che gli indici sintomatici delle operazioni prive di sostanza economica risultano essere piuttosto vaghi, allo stesso modo dell'esimente delle valide ragioni economiche extra fiscali non marginali. Si tratta di elementi rimessi all'apprezzamento dell'Amministrazione finanziaria e del contribuente.

Per effetto delle scelte adottate dal legislatore nell'elaborazione della clausola contenuta nel 10 *bis*, gli interpreti dovranno seguire un *iter* non semplice per la valutazione dell'abusività o meno delle operazioni. Il primo elemento da prendere in considerazione è proprio la sostanza economica. In tal senso, vanno verificati gli effetti economici e giuridici che con quelle determinate operazioni i soggetti conseguono. Pertanto, andrebbe altresì verificata la coerenza tra la scelta adottata dal contribuente e le finalità civilistiche degli istituti impiegati, guardando all'esito finale conseguito. Una volta che l'operazione risulti priva di sostanza economica occorrerà appurare se il risparmio fiscale conseguito possa essere qualificato come indebito, o contrario ai principi, alle disposizioni fiscali del nostro ordinamento o, in violazione della *ratio legis* che sta alla base di quella determinata operazione.

Se la verifica si concluderà con la classificazione del vantaggio fiscale come indebito, gli operatori dovranno comparare tale vantaggio con l'eventuale presenza di valide ragioni extra fiscali non marginali. A questo punto andrà verificata l'essenzialità del risparmio fiscale indebito rispetto al risultato dell'operazione realizzata, o comunque, che le eventuali valide ragioni extra fiscali non siano state fondamentali e decisive nell'adozione di quella determinata operazione e per il conseguimento di quel determinato risultato finale. Il percorso è certamente complesso.

Per valutare l'esistenza di un comportamento è opportuno fare riferimento alle "normali logiche di mercato", come altresì indicato nell'art. 10 *bis*. Le operazioni concluse, quindi, e per operazione si intende chiaramente anche la conclusione di contratti, risulteranno prive di sostanza economica nel momento in cui non risultano conformi alle normali logiche del mercato. L'operazione elusiva, in tal caso, si caratterizza per essere costruita in modo artificiale, allo scopo di determinare un'alterazione del riparto del carico tributario e una distorsione del mercato.

In astratto, il fine del contribuente e il fine tipico dell'operazione posta in essere coincidono, ma diverge il fine economico, che non risulta conforme alle normali logiche di mercato. Tra le valutazioni da effettuare per capire se l'operazione rispetta o meno le normali logiche di mercato vi è quella sulla giustificazione, nel senso che le operazioni effettuate non devono risultare prive di qualsiasi giustificazione economica e commerciale, in questo caso ci sarà una distorsione rispetto alle normali logiche per le quali quell'operazione è prevista dall'ordinamento.

Se è vero, come affermato dalla giurisprudenza (sia interna che comunitaria), che ai fini dell'abuso bisogna valutare gli atti di autonomia privata sia sotto il profilo formale, sia in termini di qualità dell'assetto degli interessi delle parti, che sotto il profilo degli interessi giuridici protetti. Se è vero che il primo sembrerebbe coincidere con il fondamento giuridico di quelle determinate operazioni, il secondo con la coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e il terzo con le normali logiche di mercato. Allora, sembra imprescindibile una valutazione, specialmente se si tratta di un'operazione contrattuale, di abuso in termini civilistici, da effettuarsi sulla causa, astratta e concreta, e sulla valutazione dell'interesse perseguito, tramite lo strumento della meritevolezza.

Quando la motivazione che spinge il contribuente (la parte) è quella di ottenere un vantaggio fiscale, indebito. Quando la funzione che la parte attribuisce al contratto è così prevalente da snaturare lo strumento contrattuale stesso e da far emergere un uso improprio del contratto, non può forse dirsi che si è di fronte ad un abuso dello strumento stesso? Il concetto di valide ragioni economiche, allora, sembra ridursi ad essere una "rete" che racchiude un uso improprio, un motivo illecito, una causa non meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico.

Tuttavia, come è stato evidenziato l'abuso tributario esprime semplicemente la sintomatologia di possibili anomalie civilistiche. Seppure rispetto all'utilizzo strumentale ed improprio di un contratto l'anomalia civilistica più frequente sembrerebbe essere la nullità per mancanza di causa concreta, altre volte, e soprattutto in presenza di operazioni complesse, non centrate sulla strumentalizzazione contrattuale, l'anomalia civilistica potrà assumere i contorni della violazione della buona fede oggettiva o dei comportamenti aggiratori potenzialmente rilevanti *ex art. 1344 c.c.* , o di un comportamento scorretto sanzionabile con l'*exceptio doli*.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, INSOLERA G., MAZZACUVA N., PAVARINI M., ZANOTTI M. (a cura di), Giappichelli, Torino, 1997.

AA.VV., *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato*, vol. III, Cedem, Padova, 1998.

AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, DI MAJO F.M., FERRARI BRAVO L., RIZZO A., Giuffrè, Milano, 2001.

AA.VV., *La parte generale del diritto. 2. Il diritto soggettivo*, *Trattato di diritto civile*, SACCO R. (a cura di), Utet, Torino, 2001.

AA.VV., *Il diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, DI MARZIO F. (a cura di), Milano, 2001.

AA.VV., *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, SACCO R. (diretto da), Utet, Torino, 2001.

AA.VV., *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, SOMMA A. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2009.

AA.VV., *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, SACCHI R. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2011.

AA.VV. *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., Cedam, Padova, 2012.

AA.VV., *L'abuso del processo*, Atti del XXVIII Convegno Nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile (Urbino 23-24 settembre 2011), Bologna, 2012.

AA.VV., *Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e giustizia tributaria italiana*, BILANCIA F., CALIFANO C., DEL FEDERICO L., PUOTI P. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2014.

AA.VV., *I principi europei del diritto tributario*, DI PIETRO A., TASSANI T., (a cura di), Cedem, Padova, 2014.

AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesauero*, vol. I, Esi, Napoli, 2014.

AA.VV., *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, D'AMICO G., PAGLIANTINI S. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2015.

AA.VV., *The Jurisprudence of Lord Hoffmann*, DAVIES P. S., PILA J., Hart Publishing, Oxford, 2015.

AA.VV., *Abuso del diritto e novità sul processo tributario. Commento al D.Lgs. 5 agosto 2015, n. 128 e al D.Lgs. 24 settembre 2015, n. 156*, GLENDI C., CONSOLO C., CONTRINO A. (a cura di), Wolters Kluwer, Milanofiori-Assago, 2016.

AA.VV., *L'abuso del diritto. Casi scelti tra principi, regole e giurisprudenza*, CALAMIA A.M. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2016.

AA.VV., *Trattato di diritto sanzionatorio tributario, doganale e valutario*, DI MARTINO A., MARZADURI E. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2016.

AA.VV., *L'evasione e l'elusione fiscale in ambito nazionale e internazionale*, AMATUCCI F., CORDEIRO GUERRA R. (a cura di), Aracne, Roma, 2017.

ADAM R., *Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 4/2000: 882 e ss.

ADDIS F., *L'abuso del diritto tra diritto civile e tributario*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1/2012: 872 e ss.

ADINOLFI A., *La nozione di "abuso del diritto" nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2/2012: 329 e ss.

ALEXY R., *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in *Ars interpretandi*, 1/2007: 45 e ss.

ALLARA M., *Atti emulativi (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959.

ALPA G., *I principi generali*, in IUDICA G., ZATTI P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1993.

ALPA G., CHIODI G. (a cura di), *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927)*, in *Rassegna forense*, Giuffrè, Milano, 2007.

ALPA G., *Il contratto in generale*, Giuffrè, Milano, 2014.

AMATUCCI F., *L'abuso del diritto nell'ordinamento tributario nazionale*, in *Corriere giuridico*, 4/2009: 553 e ss.

ANCONA E., *Degli atti ad emulazione nell'esercizio del diritto di proprietà*, in *Archivio Giuridico*, 52/1893: 315 e ss.

ANDERSON W.K., DEMETRIOU M., *References to the European Court*, Sweet and Maxwell, London, 2002.

ANGELETTI A., *L'eccesso di potere e la violazione di clausole generali*, in *Giurisprudenza Italiana*, 5/2012: 1225 e ss.

ARNULL A., *What is a General Principle of EU Law?*, in DE LA FERIA R., VOGENAUER S. (edited by), *Prohibition of Abuse of Law*, Hart Publishing, Oxford, 2012.

ASTONE F., *L'abuso del diritto in materia contrattuale. Limiti e controlli all'esercizio dell'attività contrattuale*, in *Giurisprudenza di merito*, 2/2007: 8 e ss.

ASTUTI G., *Atti emulativi (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959: 30 e ss.

ATZERI-VACCA F., *Sulla dottrina degli atti ad emulazione: appunti*, Timon, Cagliari, 1886.

AURICCHIO A. (1957), *La simulazione nel negozio giuridico*, Esi, Napoli, 1978.

BALESTRA L., *Introduzione al diritto dei contratti*, Il Mulino, Bologna, 2015.

BALESTRA L., *Rilevanza, Utilità (e abuso) dell'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 3/2017: 541 e ss.

BARALDI M., *Il recesso ad nutum non è, dunque, recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto*, in *Contratto e impresa*, 1/2010: 60 e ss.

BARASSI L., *Proprietà e comproprietà*, Giuffrè, Milano, 1951.

BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Giappichelli, Torino, 2006.

BARCELLONA M., *Trattato della responsabilità civile*, Utet, Torino, 2011.

BARCELLONA M., *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teoricamente orientata del traffico giuridico*, in *Rivista di diritto civile*, 2/2014: 487 e ss.

BARCELLONA M., *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Cedam, Padova, 2015.

BARTOSEK M., *Sul concetto di atto emulativo specialmente nel diritto romano*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano e storia del diritto. Verona 27-28-29-IX-1948*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1951: 189-237.

BASILAVECCHIA M., *L'autonomia contrattuale recupera sull'abuso del diritto*, in *Rivista di giurisprudenza tributaria*, 6/2011: 285 e ss.

BEGHIN M., *Alla ricerca di punti fermi in tema di elusione fiscale e abuso del diritto tributario (Nel comparto dei tributi non armonizzati)*, in *Bollettino tributario d'Informazioni*, 19/2009: 1413 e ss.

BEGHIN M., *La clausola generale antiabuso tra certezza e profili sanzionatori*, in *Fisco*, 23/2015: 2207 e ss.

BEGHIN M., *La "tassazione differenziale" e la "non opponibilità" al Fisco delle operazioni elusive*, in *Rivista di diritto tributario*, 1/2016: 259 e ss.

BEGHIN M., *Ancora equivoci sul concetto di vantaggio fiscale elusivo e sulla sua inopponibilità al Fisco*, nota a sentenza: Cass., sez. trib., 30 novembre 2016, n. 24379, in *Corriere tributario*, 4/2015: 895 e ss.

BELVEDERE A., *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 4/1988: 631 e ss.

BENATTI F., *La clausola generale di buona fede in Banca, Borsa e titoli di credito*, 1/2009, Giuffrè, Milano: 241 e ss.

BENATTI F., *Norme aperte e limiti ai poteri del giudice*, in *Europa e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2/2013: 19 e ss.

BERGAMO E., *L'abuso del diritto ed il diritto di recesso*, in *Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 1/2004: 305 e ss.

BESSONE M., *Proprietà egoistica ed abuso del diritto e poteri del giudice*, in *Foro italiano*, 4/1974: 141 e ss.

BESSONE M. (a cura di), *Sullo stato dell'organizzazione giuridica. Intervista a Giovanni Tarello*, Zanichelli, Bologna, 1979.

BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1971.

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Esi, Napoli, 1994.

BIANCA C. M., *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000.

BIANCA C.M., *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Rivista di diritto civile*, Cedam, Padova, 2/2014: 251 e ss.

BIANCHI F.S., *Principi generali sulle leggi*, Utet, Torino, 1888.

BIFULCO R., CELOTTO A., *Art. 54, Divieto dell'abuso di diritto*, in BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A. (a cura di), *L'Europa dei diritti: commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2001.

BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI F.D., NATOLI U., *Diritto civile*, vol. II, Utet, Torino, 1988.

BIGLIAZZI GERI L., voce «Buona fede nel diritto civile», in *Digesto discipline privatistiche*, sez. civ., vol. II, Utet, Torino, 1988.

BOLETTO G., *Riflessioni sull'esclusione della condotta abusiva dall'area di penale rilevanza (The exclusion of abusive conduct from the scope of criminal law)*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 3/2016: 113 e ss.

BOLGÁR V., *Abuse of rights in France, Germany and Switzerland: a Survey of a Recent Chapter in Legal Doctrine*, vol. 35, n. 5, *Louisiana Law Review*, 1975: 1015 e ss.

BRASIELLO T., *Il cosiddetto abuso del diritto e gli atti di emulazione*, in *Problemi di diritto romano esegeticamente valutati*, Editori Vari, Bologna, 1954.

BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in *Trattato Iudica Zatti*, Milano, 1990.

BRECCIA U., *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato*, vol. III, Cedam, Padova, 1997.

BRECCIA U., *L'abuso del diritto*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1998.

BRECCIA U., *La bussola e il compasso del giurista navigante in mare aperto*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Giuffrè, Milano, 2008.

BRECCIA U., *Immagini del diritto privato*, vol. I, *Teoria generale, fonti, diritti*, Giappichelli, Torino, 2013.

BRUGI B., *L'abuso del diritto nel progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti*, in *Studi in onore di A. Ascoli*, pubblicati per il XLII anno del suo insegnamento, Messina, 1931.

BUSNELLI F.D., NAVARRETTA E., *Abuso del diritto e responsabilità civile*, *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1998.

BUSNELLI F.D., NAVARRETTA E., *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, III, in FURGIUELE G. (a cura di), *L'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 1997.

CAFARO S., *L'abuso del diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 3/2003: 291 e ss.

CANÈ D., *Certezza del diritto e norme generali antielusive*, in AMATUCCI F., CORDEIRO GUERRA R. (a cura di), *L'evasione e l'elusione fiscale in ambito nazionale e internazionale. Studi dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Tributario*, Aracne, Roma, 2017.

CAPRARÀ A., *La giurisprudenza e le fonti del diritto commerciale: le clausole generali e l'approccio sostanziale alla teoria delle fonti*, in AA.VV., *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, GALGANO F. (diretto da), *Le clausole generali nel diritto societario*, TANTINI G., MERUZZI G. (a cura di), Cedem, Padova, 2011.

- CARLO P., *Ancora dubbi sulle operazioni di “dividend washing”*, in *Rivista di giurisprudenza tributaria*, 10/2006: 882 e ss.
- CARINCI M.T., *Il Bossing fra inadempimento dell’obbligo di sicurezza, divieti di discriminazione e abuso del diritto*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2/2007: 133 e ss.
- CARINGELLA F., DE MARZO G., *Manuale di diritto civile*, vol II, *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 2006.
- CARRARO L., *Il valore attuale della massima «fraus omnia corrumpit»*, in *Studi Carnelutti*, vol. III, Padova, 1950.
- CASSESE S., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma, 2009.
- CASTRONOVO C., *L’avventura delle clausole generali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1986: 21 e ss.
- CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2006.
- CASTRONOVO C., MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2007.
- CASTRONOVO C., ALBANESE A., NICOLUSSI A. (a cura di), *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *Scritti*, vol. I, *Metodo e teoria giuridica*, Giuffrè, Milano, 2011.
- CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015.
- CATAUDELLA A., *Nota breve sulla fattispecie*, in *Rivista di diritto civile*, 2/2015: 245 e ss.
- CATAUDELLA A., *I contratti*, Giappichelli, Torino, 2009.
- CATERINA R., *La dimensione tacita del diritto*, Esi, Roma, 2009.
- CATTANEO G., *Buona fede obbiettiva ed abuso del diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2/1971: 613 e ss.
- CAZZETTA G., *Responsabilità civile e abuso del diritto tra Otto e Novecento*, in VELLUZZI V. (a cura di), *L’abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Edizioni Ets, Pisa, 2012.
- CESAREO CONSOLO G., *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, vol. II, Utet, Torino, 1914.
- CHINELLATO G., *Codificazione tributaria e abuso del diritto: contributo allo studio degli strumenti di contrasto all’elusione fiscale*, Cedam, Padova, 2007.

CHIRONI G.P., *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extra-contrattuale*, vol. II, Utet, Torino, 1906.

CICERONE M. T., *Tusculanae disputationes*, (traduzione e cura di) ZUOCCOLI CLERICI L., Rizzoli, Milano, 1996.

CIPOLLINA S., *La legge civile e la legge fiscale. Il problema dell'elusione fiscale*, Cedam, Padova, 1992.

CIPOLLINA S., *Elusione fiscale*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1/2007: 555 e ss.

COCIANI S.F., *Spunti ricostruttivi sulle tecniche giuridiche di contrasto all'elusione tributaria. Dal disconoscimento dei vantaggi tributari all'inopponibilità al fisco degli atti, fatti e negozi considerati "elusivi"*, in *Rivista di diritto tributario*, 7/2001: 705 e ss.

COLLINS H., *European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights*, Intersentia, Cambridge, 2017.

COMANDUCCI P., *Abuso del diritto e interpretazione giuridica*, in VELLUZZI V. (a cura di) *L'abuso del diritto. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, Edizioni Ets, Pisa, 2012.

CESAREO CONSOLO G., *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, vol. II, Utet, Torino, 1914.

CONTE D., *La (ir)rilevanza penale delle condotte elusive/abusive e il reato di dichiarazione infedele: una lettura critica alla luce della delega fiscale e della loro attuazione*, in *Rivista di diritto tributario*, 1/2014: 781 e ss.

CONTRINO A., *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, Cisalpino, Bologna, 1996.

CONTRINO A., *Il divieto di abuso del diritto fiscale: profili evolutivi, (asseriti) fondamenti giuridici e connotati strutturali*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1/2009: 463 e ss.

CONTRINO A., MARCHESELLI A., *Luci e ombre nella struttura dell'abuso fiscale "riformato"*, in *Corriere tributario*, 37/2015: 3787 e ss.

CONTRINO A., MARCHESELLI A., *L'obbligo di motivazione "rinforzata" e il riassetto degli oneri probatori nel "nuovo" abuso del diritto*, in *Corriere tributario*, 1/2016: 15 e ss.

CONTRINO A., *I confini dell'abuso*, in AA. VV., *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, DELLA VALLE E., FICARI V., MARINI G. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2016.

CORASANTI G., *La nullità dei contratti come strumento di contrasto alle operazioni di dividend washing nella recente giurisprudenza della suprema corte*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2/2006: 252 e ss.

CORASANITI G., Nota a Cass., sez. trib., n. 12301/2006, in *Obbligazioni e contratti*, 10/2006: 859 e ss.

CORDEIRO GUERRA R., *Diritto tributario internazionale*, Cedam, Padova, 2012.

CRAIG P., DE BÚRCA G., *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, ed. VI, 2015.

CRAZZOLARA A., *Abuso del diritto ed elusione fiscale: la clausola generale antiabuso nel diritto tributario tedesco*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 1/2010: 22 e ss.

CRUCIANI L., *Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell'abuso del diritto*, in *Rivista critica di diritto privato*, 3/2011: 473 e ss.

CURTI G. (diretto da), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012.

DACIO ROLIM J., *Proportionality and fair taxation*, Kluwer Law International, Londra, 2014.

D'AMELIO M., *Un codice unico delle obbligazioni, per l'Italia e la Francia*, in *Nuova Antologia*, vol. VII, settembre-ottobre 1927: 83 e ss.

D'AMELIO M., voce *Abuso del diritto*, in *Nuovo digesto*, vol. I, Torino, 1937.

DAMI F., *La condotta elusiva deve essere sanzionata pur nel rispetto dei principi generali*, in *Rivista di diritto tributario*, 4/2012: 113 e ss.

D'AMICO G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Giurisprudenza*, 1/2010: 17 e ss.

D'AMICO G., *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *Contratti*, 7/2011: 653 e ss.

DANIELE L., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 4/2008: 655 e ss.

DE CARIA R., *La nuova fortuna dell'abuso del diritto nella giurisprudenza di legittimità: la Cassazione sta abusando dell'abuso? Una riflessione sul piano costituzionale e della politica del diritto*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 4/2010: 3627 e ss.

DE LA FERIA R., *Prohibition of Abuse of (Community) Law: The Creation of a New General Principle of EC Law through Tax*, in *Common Market Law Review*, 45/2008: 395 e ss.

DEL FEDERICO L., *Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea. Contributo allo studio della prospettiva italiana*, Giuffrè, Milano, 2010.

DEL FEDERICO L., *L'evoluzione del procedimento nell'azione impositiva: verso l'amministrazione di risultato*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 1/2013: 886 e ss.

DEL FEDERICO L., TRAVERSA E., *Il nuovo regime punitivo dell'abuso del diritto in materia tributaria: disciplina nazionale e quadro europeo (The new punitive regime of tax abuse: Italian legislation and European framework)*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 3-4/2017: 597 e ss.

DEL PRATO E., *La minaccia di far valere un diritto*, Cedam, Padova, 1990.

DEL PRATO E., *Qualificazione degli interessi e criteri di valutazione dell'attività privata funzionale tra libertà e discrezionalità*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2/2012: 403 e ss.

DEL PRATO E., *Voto contro compenso*, in *La nuova giurisprudenza commentata*, 4/2015: 167 e ss.

DE MARTINO F., TRIFONE R., *Della proprietà*, in *Commentario del codice civile*, in SCIALOJA V., BRANCA G. (a cura di), Zanichelli, Bologna, 1947.

DE MITA E., *Diritto tributario e diritto civile: profili costituzionali*, in *Rivista di diritto tributario*, 1/1995: 151 e ss.

DENOZZA S., *Norme principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1/ 2011: 279 e ss.

DE SALVIA M., *Compendium della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, Esi, Napoli, 2000.

DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti*, Il Mulino, Bologna, 2010.

DEVINE D.J., *Some comparative aspects of the doctrine of abuse of rights*, in *Acta Juridica*, 1964: 148 e ss.

DI AMATO A., *Contratto e reato. Profili civilistici*, in *Trattato di diritto civile del C. N. N.*, P. PERLINGIERI (diretto da), IV, 37, Esi, Napoli, 2003.

DI CIOMMO F., *Recesso dal contratto di apertura del credito e abuso del diritto*, in *Contratti*, 12/2000: 1111 e ss.

DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2/1984: 539 e ss.

DI MARZIO F., *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, in *Rivista di diritto civile*, 4/2011: 491 e ss.

DI MARZIO F., *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, in *Rivista di diritto commerciale*, 10-12/2006: 789 e ss.

DI MARZIO F., *Abuso contrattuale*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2007.

DI MARZIO F., *Teoria dell'abuso e contratti dei consumatori*, in *Rivista di diritto civile*, 1/2007: 681 e ss.

DRIGANI O., *Risparmio di imposta e nullità del contratto. Una strada non percorribile dal Giudice tributario*, in *Il fisco*, 46/2006: 7065 e ss.

DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Massachusetts, 1978.

FABIANI E., *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Utet, Torino, 2003.

FABIANI E., *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle clausole generali*, in *Rivista di diritto civile*, 1/2004: 581 e ss.

FALSITTA G., *Spunti critici e ricostruttivi sull'errata commistione di simulazione ed elusione nell'onnivoro contenitore detto «abuso del diritto»*, in *Rivista di diritto tributario*, 6/2010, ora in FALSITTA G., *Il principio della capacità contributiva nel suo svolgimento storico prima e dopo la costituzione repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2014.

FALSITTA G., *Unità e pluralità del concetto di abuso del diritto nell'ordinamento interno e nel sistema comunitario*, in *Riv. dir. trib.*, 4/2018: 333 e ss.

FALZEA A., *Gli standard valutativi e la loro applicazione*, in *Rivista di diritto civile*, 1/1987: 1 e ss.

FANTOZZI A., *Diritto tributario*, Utet, Torino, 2013.

FEDERICO A., *Il negozio indiretto*, Esi, Napoli, 2003.

FERRARI G.F., *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, Giuffrè, Milano, 2001.

FERRARO A., *Costituzione europea e diritti fondamentali dell'uomo*, in *Diritto del commercio e degli scambi internazionali*, 3/2004: 443 e ss.

FICARI V., *Virtù e vizi della nuova disciplina dell'abuso e dell'elusione tributaria ex art. 10 bis della L. n. 212/2000 (Virtues and vice of the new discipline on tax avoidance and abuse of law provided by ex art. 10 bis of law n. 212/2000)*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 2/2016: 313 e ss.

FICARI V., *Clausola generale antielusiva, l'art. 53 della Costituzione e regole giurisprudenziali*, in *Rassegna tributaria*, 2/2009: 390 e ss.

FIorentino S., *Il problema dell'elusione nel sistema tributario positivo*, in *Rivista di diritto tributario*, 7/1993: 789 e ss.

FIorentino S., *L'elusione tributaria. Scelte di metodo e questioni terminologiche*, Esi, Napoli, 1996.

FIorentino S., *Qualificazione fiscale dei contratti d'impresa: abuso e sanzionabilità*, in *Rivista di diritto tributario*, 1/2012: 177 e ss.

FLICK G.M., *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Rassegna tributaria*, 6/2014: 939 e ss.

FORCELLINI F., GIULIANI A., *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *Europa e diritto privato*, 2/2013: 395 e ss.

FRANSONI G., *Abuso di diritto, elusione e simulazione: rapporti e distinzioni*, in *Corriere tributario*, 1/2011: 13 e ss.

FREEDMAN J., *Lord Hoffmann, Tax Law and Principles*, Oxford Legal Studies Research Paper n. 14/2015, in AA. VV., *The Jurisprudence of Lord Hoffmann*, in DAVIES P. S., PILA J. (edited by), Hart Publishing, Oxford, 2015.

FURGIUELE G. (a cura di), *Abuso del diritto: significato e valore di una tecnica argomentativa in diversi settori dell'ordinamento*, Esi, Napoli, 2017.

GAFFURI G., *La rilevanza della nullità contrattuale in diritto tributario*, in *Bollettino tributario*, 5/2006: 453 e ss.

GALGANO F., *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e impresa*, 1/1985: 1 e ss.

GALGANO F., RODOTÀ S., BRANCA G. (diretto da) *Commentario della Costituzione, Rapporto economici*, tomo II, art. 41-44, Zanichelli, Bologna, 1982.

GALGANO F., *Diritto commerciale*, vol. II (2a ediz.), *Le obbligazioni e i contratti*, Zanichelli, Bologna, 1993.

GALGANO F., *Il dovere di buona fede e l'abuso del diritto*, Relazione svolta all'incontro di studio tenutosi a Tivoli dal 6 al 10 giugno 1994.

GALGANO F., *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contratto e impresa*, 14/1998: 18 e ss.

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, (3a ed.) vol. II, Cedam, Padova, 1999.

GALGANO F., *Il contratto* in *Contratto e impresa*, 23/2007: 717 e ss.

GALGANO F., *Diritto privato*, Cedam, Padova, 2008.

GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2009.

GALGANO F., *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggi sulle metafore nel diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010.

GALGANO F., *Qui suo iure abutitur nminem laedit*, in *Contratto e impresa*, 27/2011: 311 e ss.

GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, Cedam, Padova, 2015.

GALLO F., *Elusione, risparmio d'imposta e frode alla legge*, in *Rivista di diritto commerciale*, 3/1989: 377 e ss.

GALLO F., *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1/1992: 1765 e ss.

GAMBA C., *Diritto societario e ruolo del giudice*, Cedam, Padova, 2008.

GAMBARO A., voce *Abuso del diritto – II) diritto comparato e straniero*, in *Encic. giur.*, vol. I, Roma, 1988.

GAMBARO A., *Emulazione*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, VII, Utet, Torino, 1991.

GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, Giuffrè, Milano, 1995.

GAMBARO A., *Abuse of rights in civil law tradition*, in *3 European Review of Private Law*, 4/1995: 561 e ss.

GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Cicu e Messineo*, Giuffrè, Milano, 1995.

GARCIA PRATS F.A., *The Abuse of Tax Law: Prospects and Analysis*, in AA. VV., *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law?*, in DE LA FEIRA R., VOGENHAUER S. (edited by), Bloomsbury, Oxford, 2011.

GENTILI A., *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, in *Ianus*, 1/2009: 2 e ss.

GENTILI A., *L'abuso del diritto come argomento*, in VELLUZZI V. (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Edizioni Ets, Pisa, 2012.

GENTILI A., *L'abuso del diritto come argomento*, in *Rivista di diritto civile*, 3/2012: 297 e ss.

GENTILI A., *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano, 2013.

GIANONCELLI S., *Contrasto all'elusione fiscale in materia di imposte sui redditi e divieto comunitario di abuso del diritto.*, in *Giurisprudenza italiana*, 5/2008: 1297 e ss.

GIORDANO A., *La minaccia di far valere un diritto come causa di annullamento del contratto per violenza*, in *Giurisprudenza completa della Corte di Cassazione*, 2/1944: 509 e ss.

GIORGIANNI V., *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Giuffrè, Milano, 1963.

GIOVANNINI A., *Il divieto d'abuso del diritto in ambito tributario come principio generale dell'ordinamento*, in *Rassegna tributaria*, 4/2010: 982 e ss.

GIOVANNINI A., *L'abuso del diritto nella legge delega fiscale*, in *Rivista di diritto tributario*, 1/2014: 231 e ss;

GIOVANNINI A., *Note controcorrente sulla sanzionabilità dell'abuso del diritto*, in *Corriere tributario*, 11/2015: 823 e ss.

GIRELLI G., *Abuso del diritto e imposta di registro*, Giappichelli, Torino, 2012.

GIULIANI F.M., *Elusione fiscale, frode alla legge e causa concreta del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2/2007: 455 e ss.

GRANDI M., *Condizione mista o potestativa, finzione di avveramento e risoluzione del contratto*, in *Contratti*, 2/2011: 44 e ss.

GROSSO G., *Atti emulativi (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959: 27 e ss.

GUALAZZINI U., *Abuso del diritto (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958.

GUTMANN D., *Country Reports, France*, in BROWN B. K., *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, Springer, New York.

HAFERKAMP H.P., *Die heutige Rechtsmissbrauchslehre – Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens?*, Berlin, Spitz, 1995.

HAFERKAMP H.P. in SCHMOLZEN M., RÜCKER J., ZIMMERMANN R., *Historischkritischer Kommentar zum BGB, Band II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil §§ 241-432*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007: § 242 [74-75].

INGRAO G., *L'evoluzione dell'abuso del diritto in materia tributaria: un approdo con più luci che ombre*, in *Diritto e pratica tributaria*, 4/2016: 1433 e ss.

INSOLERA G., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Giappichelli, Torino, 1997.

IONESCU R., *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2013.

- IRTI N., *Introduzione allo studio del diritto privato*, Cedam, Padova, 1990.
- IRTI N., *Per la magistratura ordinaria nella storia dell'Unità d'Italia*, in *Rivista trimestrale di procedura civile*, 1/2013: 128 e ss.
- IRTI N., *La crisi della fattispecie*, in *Rivista di diritto processuale*, 1/2014: 36 e ss.
- JOSSERAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, Parigi, 1927.
- JOSSERAND L., *De l'abus des droits*, Dalloz, Parigi, 1905.
- KJELLGREN A., «*On the Border of Abuse*», in *European Business Law Review*, 11/2000: 192 e ss.
- LA ROSA S., *L'accertamento tributario antielusivo: profili procedimenti e processuali*, in *Rivista di diritto tributario*, 5/2014: 499 e ss.
- LENAERTS A., *The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical position on Its Role in a Codified European Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 6/2010: 1121 e ss.
- LENAERTS K., GUTIÉRREZ-FONS J., *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, in *Common Market Law Review*, 47/2010: 1629 e ss.
- M. LEO, *L'abuso del diritto: elementi costitutivi e confini applicativi*, in *Il fisco*, 10/2015: 915 e ss.
- LEVI A., *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti del diritto soggettivo*, Genova, 1912.
- LEVI G., *L'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 1993.
- LEVY E., *Responsabilité et contrat* in *Rev. Critique*, 48/1899: 361 e ss.
- LIBERTINI M., *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato, Una proposta di distinzione*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, SACCO R. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2011.
- LIPARI N., *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in *Rivista trimestrale di diritto civile*, 3/2009: 887 e ss.
- LIPARI N., *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013.
- LIPARI N., *Per un ripensamento delle fonti-fatto nel quadro del diritto europeo*, in *Rivista trimestrale di procedura civile*, 2/2013: 369 e ss.

LIPARI N., *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Ars interpretandi, Rivista di ermeneutica giuridica*, 2/2015: 1115 e ss.

LIPARI N., *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Questione Giustizia*, 4/2016: 37 e ss.

LIPARI N., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2017.

LIPARI N., *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4/2016: 33 e ss.

LONGCHAMPS DE BÉRIER F., *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Giappichelli, Torino 2013.

LOSURDO F., *Il divieto di abuso del diritto nell'ordinamento europeo*, Giappichelli, Torino, 2001.

LOVISOLO A., *L'evasione e l'elusione tributaria*, in *Diritto e pratica tributaria* 5/1984: 45 e ss.

LOVISOLO A., *Abuso del diritto e clausola generale antielusiva alla ricerca di un principio*, in *Rivista di diritto tributario*, 1/2009: 49 e ss.

LOVISOLO A., *L'art. 53 Cost. come fonte della clausola generale antielusiva e il ruolo delle valide ragioni economiche tra abuso del diritto, elusione fiscale e antieconomicità delle scelte imprenditoriali*, in *GT – Rivista di giurisprudenza tributaria*, 5/2009: 216 e ss.

LOVISOLO A., *Il contrasto all'interposizione «gestoria» nelle operazioni effettive e reali, ma prive di valide ragioni economiche*, in *GT – Rivista di giurisprudenza tributaria*, 10/2011: 869 e ss.

LUNELLI R., *Il Dividend washing rimesso alle Sezioni Unite: ma forse sarebbe preferibile che fosse il legislatore a ribadire le sue scelte*, in *Fisco*, 28/2006: 115 e ss.

LUPI R., *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, Ipsoa, Milano, 2001.

LUZZATI C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990.

MACARIO F., *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corriere giuridico*, 12/2009: 1577 e ss.

MAIELLO U., *I problemi di legittimità e disciplina dei negozi atipici*, in *Rivista di diritto civile*, 1/1987: 487 e ss.

MANCINELLI F., *Elusione ed evasione*, Esi, Napoli, 1989.

MANZITTI A. E FANNI M., *Abuso ed elusione nell'attuazione della delega fiscale: un appello perché prevalgano la ragione e il diritto*, in *Corriere tributario*, 15/2014: 1140 e ss.

MANZITTI A., *Sull'abuso del diritto occorre ripristinare il ruolo della legge*, in *Il sole 24 ore*, 23/04/2014: 33 e ss.

MARINELLI F., *Il mobbing nella giurisprudenza*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 29/2006: 109 e ss.

MARIOTTI L., *"Dividend washing" e norme antielusive.*, in *Rivista di giurisprudenza tributaria*, 1/2006: 9 e ss.

MARONGIU G., *Abuso del diritto o abuso del potere*, in *Corriere tributario*, 13/2009: 1076 e ss.

MARONGIU G., *Lo Statuto dei diritti del contribuente (The Taxpayer Bill of Rights)*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 3/2016: 579 e ss.

MARSAGLIA G., *"Dividend washing": nullità del contratto per mancanza di causa*, in *Diritto e pratica delle società*, 9/2006: 91 e ss.

MASTROIACOVO V., *La nuova disciplina dell'abuso del diritto e dell'elusione fiscale nella prospettiva dell'imposta di registro*, in *Rivista del notariato*, 1/2016: 31 e ss.

MAYER F.C., in BROBERG M., FENGER N. (a cura di), *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford, 2010.

MAZZONI C.M., *Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 2/1969: 601 e ss.

MELILLO C., *Elusione e abuso del diritto: tra ipotesi di integrazione ed esigenze di certezza normativa*, in *Diritto e pratica tributaria*, 3/2010: 413 e ss.

MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1986: 5 e ss.

MENGONI L., *Proprietà e libertà*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1988: 427 e ss.

MENGOZZI P., *La giurisprudenza dell'Unione ed il rilievo attribuito alla Carta dei diritti fondamentali prima e dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, vol. I, Esi, Napoli, 2014.

MERONE A., *Ricomincio da tre*, in *Il Foro napoletano*, 3/2012: 84 e ss.

MERUZZI G., *L'exceptio doli. Dal diritto civile al diritto commerciale*, Cedam, Padova, 2005.

MESSERI G., *Trasferimento di azioni, elusione fiscale e causa in concreto*, in *Causa del contratto*, Giuffrè, Milano, 2016.

MESSERI G., in ALCARO F. (a cura di), *Causa del contratto, evoluzioni interpretative e indagini applicative*, Giuffrè, Milano, 2016.

MESSINA M., *L'abuso del diritto*, Esi, Napoli, 2003.

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1950.

MESSINETTI D., *Abuso del diritto*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1950: aggiornamento II, 1, 13.

MICELI R., *Elusione tributaria, abuso del diritto (comunitario) e inapplicabilità delle sanzioni amministrative*, in *Rivista di diritto tributario*, 5/2010: 551 e ss.

MISCALI M., *Contributo allo studio dell'abuso del diritto tributario*, in *Diritto e pratica tributaria*, 4/2017: 1385 e ss.

MONATERI P.G., *Abuso del diritto e simmetria della proprietà*, in *Diritto privato*, 3/1997: 89 e ss.

MONDINI A., *Contributo allo studio del principio di proporzionalità nel sistema dell'Iva europea*, Pacini, Pisa, 2012.

MONTANARI F., *Evoluzione del principio di effettività e rimborso dei tributi incompatibili con il diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1/2009: 89 e ss.

MONTANARI F., *Le operazioni esenti nel sistema dell'Iva*, Giappichelli, Torino, 2013.

MONTANARI F., *Diritto giurisprudenziale, contrasto ai comportamenti abusivi e certezza nei rapporti tributari*, in *Rivista di diritto tributario*, 2/2016: 343 e ss.

MONTANARI F., *La violazione di obblighi formali, documentali e contabili*, in AA.VV., in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario, doganale e valutario*, in DI MARTINO A., MARZADURI E. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2016.

MORELLI M.R., *In margine ad un'ipotesi di collegamento tra "buona fede oggettiva" e abuso del diritto*, in *Giustizia civile*, 1/1975: 1700 e ss.

MORELLO U., *Frode alla legge*, Giuffrè, Milano, 1969.

MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001.

MORRONE A., voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2008.

MOSCHETTIF., *I principi di giustizia fiscale della costituzione italiana, per l'ordinamento giuridico in cammino dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto tributario*, 1/2010: 427 e ss.

NANNA C.M., *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Cedam, Padova, 2010.

NASCIMBENE B., ROSSI DAL POZZO F., *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2012.

NASCIMBENE B., *Il principio di attribuzione e l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l'orientamento della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 4/2015: 49 e ss.

NATOLI R., *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *Contratti*, 5/2010: 524 e ss.

NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958: 18 e ss.

NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1974.

NAVARRETTA E., *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Europa e diritto privato*, 3/2012: 953 e ss.

NIGRO C.A., *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*, in *Giustizia civile*, 1/2010: 2547 e ss.

NISIVOCIA N., *Alcuni principi in tema di concordato fallimentare*, in *Fallimento*, 4/2001: 42 e ss.

NIVARRA L., *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars Interpretandi, Annuario di ermeneutica giuridica*, 7/2002: 373 e ss.

NOTO SARDEGNA G., *Abuso di diritto*, Seber, Palermo, 1907.

NUSSI M., *Elusione tributaria ed equiparazioni al presupposto nelle imposte sui redditi: nuovi (e vecchi) problemi*, in *Rivista di diritto tributario*, 5/1998: 503 e ss.

NUZZO E., *Elusione, abuso dello strumento negoziale, fraudolenza*, in *Rassegna tributaria*, 6/1996: 1314 e ss.

ORLANDI M., *Contro l'abuso del diritto*, nota a sentenza: Cass., sez. civ., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Rivista di diritto civile*, 2/2010: 147 e ss.

ORLANDI M., *Contro l'abuso del diritto*, in *Obbligazioni e contratti*, 3/2010: 54 e ss.

PACITTO P., *Attività negoziale, evasione ed elusione tributaria: spunti problematici*, *Rivista di diritto tributario*, 4/1987: 727 e ss.

PALERMO G., *Funzione illecita e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1970.

PALMIERI A., PARDOLESI R., *Frazionabilità del credito e buona fede flessibile*, in *Foro.it*, 1/2008: 514 e ss.

PANDIMIGLIO M., *L'abuso del diritto nei Trattati di Nizza e Lisbona*, in *Contratto e impresa*, 4-5/2011: 1084 e ss.

PARISI N., *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2/2009: 653 e ss.

PATTI S., voce *Abuso del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Utet, Torino, 1987.

PATTI S., *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato*, Laterza, Bari, 1999.

PATTI S., *Vicende del diritto soggettivo. Un itinerario di diritto privato*, Utet, Torino, 1999.

PATTI S., voce *Verwirkung*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Utet, Torino 1999.

PATTI S., *Abuso del diritto*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, Il Sole 24 ORE, vol. I, Milano, 2007: 7 e ss.

PATTI S., *Significato del principio di buona fede e clausole vessatorie: uno sguardo all'Europa*, in *Diritto privato e codificazioni europee*, Giuffrè, Milano, 2007.

PATTI S., *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in *Rivista del notariato*, 4/2010: 303 e ss.

PATTI S., *La ragionevolezza nel diritto civile*, Esi, Napoli, 2012.

PATTI S., *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffrè, Milano 2013.

PATTI S., *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, in *Contratto e Impresa*, 4/2013: 633 e ss.

PATTI S., *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Rivista di diritto civile*, 3/2013: 263 e ss.

PERLINGIERI P., *Introduzione alla problematica della proprietà*, Esi, Napoli, 2012.

PERLINGIERI P., *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disposizioni preliminari c.c. e la*

nuova scuola dell'esegesi, in PERLINGIERI P. (a cura di), *Scuole, tendenze e metodi. Problemi di diritto civile*, Esi, Napoli 1989.

PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 1991.

PERLINGIERI G., *Profili civilistici dell'abuso tributario. L'inopponibilità delle condotte elusive*, Esi, Napoli, 2012.

PEROZZI S., *Il divieto di atti d'emulazione e il regime giustiniano delle acque private*, in *Archivio Giuridico*, vol. LIII, 1984.

PERRINO A.M., *L'ineluttabile agonia del danno da mobbing*, in *Foro.it*, 1/2009: 1377 e ss.

PESCATORE P., DE WITTE B., MAYER F.C., in MADURO M. P., AZOULAI L., *The Past and The Future of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford, 2010.

PESCATORE P., *The Doctrine of 'Direct Effect': An Infant Disease of Community Law*, in *European Law Review*, 8/1983: 155 e ss.

PETTI G.B., *La Costituzione europea e la tutela civile dei diritti umani: commento con dottrina e giurisprudenza*, Rimini, 2006.

PIANTAVIGNA P., *Abuso del diritto e fiscalità nella giurisprudenza comunitaria: un'ipotesi di studio*, in *Rivista di diritto finanziario e scienze finanziarie*, 1/2009: 369 e ss.

PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1990.

PINO G., *Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica. Alcune riflessioni*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1/1998: 84 e ss.

PINO G., *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Rivista critica del diritto privato*, 5/2004: 25 e ss.

PINO G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, in MANIACI G. (a cura di), Giuffrè, Milano 2006: 115 e ss.

PINO G., *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2008.

PINO G., *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi*, 14/2009: 131 e ss.

PINO G., *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 11/2012: 75 e ss.

PIOLA G., *Equità*, in *Digesto Italiano*, X, Utet Torino, 1895-1898.

- PIRAINO F., *Il divieto di abuso del diritto*, in *Europa e diritto privato*, 4/2013: 75 e ss.
- PIRAINO F., *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2015.
- PISTONE P., *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Cedam, Padova, 1995.
- PISTONE P., *L'abuso del diritto nella giurisprudenza tributaria della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 3/2012: 436 e ss.
- POLLICE P., *Appunti sulla parte generale del contratto*, Giappichelli, Torino, 2014.
- POTACS M., LUBŐS T., *Abuse of law, Publication of the center for comparative law of the faculty of law*, Charles University, 2017.
- POTITO E., *L'accertamento tributario*, Esi, Napoli, 2011.
- PROCCHI F., *L'exceptio doli generalis e il divieto di venire contra factum proprium: 78-79*, in GAROFALO L. (a cura di) *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, Cedam, Padova, 2006.
- PROSPERI F., *L'abuso del diritto nella fiscalità vista da un civilista*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1/2012: 717 e ss.
- RADOCCIA I., *Abuso del diritto come bilanciamento degli interessi*, in *Giurisprudenza di merito*, 7/2013: 742 e ss.
- RANIERI F., *Rinunzia tacita e Verwirkung*, Cedam, Padova, 1971.
- RANIERI F., *Exceptio temporis e replicatio doli nel diritto dell'Europa continentale*, in *Rivista di diritto civile*, 1/1971: 254 e ss.
- RANIERI F., *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, in ROTONDI M., *Inchieste di diritto comparato*, Cedam, Padova, 1973.
- RANIERI F., *Eccezione di dolo generale*, in *Digesto discipline privatistiche*, sez. civ. VII, 1991.
- REICH N., *General principle of EU civil law*, Intersentia, Cambridge, 2014.
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1/1965: 205 ss., ora in RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, il Mulino, Bologna, 1998.
- RESCIGNO P., *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2/1998: 1 e ss.
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto (Una significativa rimediazione delle Sezioni Unite)*, in *Corriere giuridico*, 6/2008: 745 e ss.

- RESCIGNO P., *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, 2008.
- RESCIGNO P., *Un nuovo caso di abuso del diritto*, in *Giurisprudenza italiana*, 4/2011: 794 e ss.
- RESCIGNO P., *Una nuova stagione delle clausole generali*, in *Giurisprudenza italiana*, 7/2011: 7 e ss.
- RESTIVO C., *Contributo a una teoria dell'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007.
- RESTIVO C., *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2/2010: 341 e ss.
- RICCI A., *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Cedam, Padova, 2007.
- RICCIO, A., *Abuso del diritto di sfratto del locatore inadempiente*, in *Contratto e impresa*, 2/2011: 297 e ss.
- RICCOBONO S., *La teoria dell'abuso del diritto nella dottrina romana*, in *Bollettino dell'istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"*, 5/1939: 1 e ss.
- RIOPPO V., *Il contratto*, in IUDICA G., P. ZATTI P. (a cura di), *Trattato*, Giuffrè, Milano, 2011.
- RODOTÀ S., *Note critiche in materia di proprietà*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960: 1314 e ss.
- RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964.
- RODOTÀ S., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1/1967: 83 e ss.
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969.
- RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2/1987: 709 e ss.
- ROLLI R., *Causa in astratto e causa in concreto*, Cedam, Padova, 2008.
- ROLLI R., *Il rilancio della causa del contratto: la causa in concreto*, in *Contratto e Impresa*, 6/2007: 416 e ss.
- ROLLI R., *Il diritto privato nella società 4.0*, Cedam, Padova, 2018.
- ROPPO V., *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Rivista di diritto civile*, 4/2013: 957 e ss.

ROSSI L.S. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, Giuffrè, Milano, 2002.

ROTONDI M., *L'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1923.

ROTONDI M., *L'abuso del diritto. Aemulatio*, Cedam, Padova, 1979.

RUFFOLO U., *Atti emulativi, abuso del diritto e «interesse» nel diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 2/1973:73 e ss.

SACCO R. *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Diritto privato*, III, 1997, *L'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 1998.

SACCO R., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in AA.VV., in ALPA G., GRAZIADEI M. – GUARNIERI A., MATTEI U., MONATERI P.G., SACCO R., *La parte generale del diritto. 2. Il diritto soggettivo, Trattato di diritto civile*, SACCO R. (diretto da e a cura di), Utet, Torino, 2001.

SACCO R., *Abuso del diritto*, in *Digesto Discipline Privatistiche*, sez. dir. civ., Utet, Torino, 2012.

SALEILLES R., *Étude sur la theorie générale de l'obligation dans la second rédaction du projet de code civil allemand*, Rousseau, Parigi, 1895.

SALEILLES R., *Étude sur la theorie general de l'obligation d'apres la premier projet de code civil allemand*, Rousseau, Parigi, 1890.

SALEILLES R., *De l'abus de droit, rapport présenté à la Ire Sous-commission de la Commission de revision du Code Civil*, in *4 Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905.

SALERNO F., *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere «per principi»*, in *Giurisprudenza italiana*, 4/2010: 809 e ss.

SALVI C., *Il contenuto del diritto di proprietà*, Giuffrè, Milano, 1994.

SALVI C., *Note critiche in tema di abuso del diritto e di poteri del giudice*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1/2014: 27 e ss.

SANTORO F., *L'abuso del diritto di recesso ad nutum*, in *Contratto e impresa*, 1986: 766 e ss.

SANTORO F., *L'abuso nel diritto civile tributario*, Esi, Napoli, 2017.

SAYDÉ A., *Abuse of EU Law and Regulation of the Internal Market*, Hart Publishing, Oxford, 2014.

SCARLATA F.M., *L'elusione*, in *Bollettino tributario di informazione*, 6/1989: 447 e ss.

SCARSELLI G., *Sul c.d. abuso del processo*, AA.VV., *L'abuso del processo, Atti del XXVIII Convegno Nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Bologna, 2012.

SCHAUER F., *The Force of Law*, Harvard University Press, Massachusetts, 2015.

SCHÖN W., *Abuse of right and European tax law in Comparative Perspectives on revenue Law*, AVERY JONES J., HARRIS P., OLIVER D. (a cura di), Cambridge, 2008.

SCIALOJA V., voce '*Aemulatio*', in *Studi Giuridici*, vol. III, Diritto privato, Roma, 1932.

SCIARABBA V., *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Cedam, Pavia, 2008.

SCOGNAMIGLIO C., *Ingiustizia del danno*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1996.

SCOGNAMIGLIO C., *Il nuovo diritto dei contratti: buona fede e recesso dal contratto*, in AA. VV., *Il diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, in DI MARZIO F. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2001.

SCOGNAMIGLIO C., *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giurisprudenza civile commerciale*, 2/2010: 145 e ss.

SCOGNAMIGLIO C., *L'abuso del diritto*, in *Contratti*, 5/2012: 743 e ss.

SIEBERT W., *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, Erwehrt, Marburg, 1934.

SNELL J., *The Notion of and a General Test for Abuse of Rights: Some Normative Reflections*, in DE LA FERIA R., VOGENAUER S., (a cura di), *Prohibition of Abuse of Law: a New General Principle of EU Law?*, Hart Publishing, Oxford, 2011.

SOLARI G., *La scuola del diritto naturale nelle dottrine etico-giuridiche dei secoli XVII e XVIII*, Bocca, Torino, 1904.

SOLARI G., *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato, vol. I, L'idea individuale*, Bocca, Torino, 1911.

SONCINI A., *Divieto dell'abuso del diritto*, in PANEBIANCO M. (diretto da), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2001.

SØRENSEN E., *Abuse of Rights in Community Law: A Principle of Substance or Merely Rhetoric?*, in *Common Market Law Review*, 42/2006: 423 e ss.

SORRENTINO S., *Dividend washing, causa "concreta" del contratto, contratti collegati e nullità per mancanza di causa*, in *Giurisprudenza italiana*, 4/2007: 867 e ss.

SPOSATO L., *L'abuso del diritto tributario nella recente giurisprudenza della Cassazione*, pubblicato in <http://www.altalex.com/documents/news/2010/09/28/1-abuso-del-diritto-tributario-nella-recente-giurisprudenza-della-cassazione>.

STEVANATO D., *Cessione frazionata dell'azienda e imposta di registro: simulazione o riqualificazione del contratto*, in *GT – Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2/1999: 758 e ss.

STEVANATO D., *Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, in *Diritto e pratica tributaria*, 5/2015: 695 e ss.

STEVANATO D., *Le "ragioni economiche" nel dividend washing e l'indagine sulla "causa concreta" del negozio: spunti per un approfondimento*, in *Rassegna tributaria*, 1/2006: 295 e ss.

STRYK S., *De iure aemulatione* (1678), in *Id.*, *Dissertationes iuridicae de selectis utriusque iuris materiis*, vol. III, Oder, Frankfurt, 1690.

TABELLINI P.M., *L'elusione fiscale*, Giuffrè, Milano, 1988.

TABELLINI P.M., *L'elusione della norma tributaria*, Giuffrè, Milano, 2007.

TANCREDI M., *Considerazioni critiche sulla costante evoluzione giurisprudenziale in tema di elusione tributaria ed abuso del diritto*, in *Bollettino tributario dell'informazione*, 6/2009: 425 e ss.

TARUFFO M., *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in AA.VV., *L'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 1998.

TARUFFO M., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 2002.

TARUFFO M., *Considerazioni sulle massime d'esperienza, Relazione al XXIX Congresso colombiano de derecho procesal, Medellin, 3-5 settembre 2008* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3/2009: 551 e ss.

TARUFFO M., *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1/2014: 35 e ss.

TARUFFO M., *L'abuso del processo. Aspetti critici*, in FURGIUELE G. (a cura di), *Abuso del diritto: significato e valore di una tecnica argomentativa in diversi settori dell'ordinamento*, Esi, Napoli 2017.

TAVEIRA TORRES H., *The principle of legal Certainty of the Tax Constitutional System*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2/2012: 513 e ss.

TEICHMANN A., *Sub Par. 242*, in *BGB-Soergel, Kommentar*, vol. II, Stuttgart, 1990: 33 e ss.

- TERRASI A., *Sub art. 17*, in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea del diritto dell'uomo*, Cedam, Padova, 2014.
- TESAURO F., *Compendio di diritto tributario*, Giuffrè, Milano, 2010.
- TESAURO F., *Elusione fiscale. Introduzione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2/2010: 1721 e ss.
- TORRENTE A., *Emulazione (diritto civile)*, voce in *Novissimo digesto italiano*, AZARA A. EULA E. (diretto da), Utet, Torino, (3a ediz.) 1957-1987.
- TORRENTE A., *Eccezione di dolo*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Giuffrè, Milano.
- TESAURO F., *Istituzioni di diritto tributario. Parte Generale*, Utet giuridica, Milano, 2016.
- TREMONTI G., *L'autonomia contrattuale e normativa tributaria: il problema dell'elusione tributaria*, in *Rivista italiana di diritto finanziario*, 3/1986: 369 e ss.
- TRIANAFYLLOU D., *L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire*, in *Cahiers de droit européen*, 5-6/2002: 611 e ss.
- TRIDIMAS T., *The General Principles of EU law*, Oxford University Press, Oxford, 7/2006: 36 e ss.
- TRIDIMAS T., *The General Principles of law: Who needs them?*, in *Cahiers de droit européen*, 1/2016: 419 e ss.
- TROIANO S., *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Cedam, Padova, 2005.
- TROISI B., *L'abuso del diritto negli obiter dicta e nelle rationes decidendi della Corte Costituzionale*, in TAMPONI M. e GABRIELLI E. (a cura di), *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, Esi, Napoli, 2006.
- TROISI B., *L'abuso del diritto negli obiter dicta e nelle rationes decidendi della Corte costituzionale*, in M. TAMPONI ed GABRIELLI E. (a cura di), *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, Esi, Napoli, 2006.
- TRUCCO L., *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino, 2013.
- VACCA I., *L'abuso e la certezza del diritto*, in *Corriere tributario*, 15/2014: 1127 e ss.
- VELLUZZI V., *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2002.

- VELLUZZI V., *Osservatorio sulla semantica delle clausole generali in Etica e politica*, Giuffrè, Milano, 2006.
- VELLUZZI V., *Le clausole generali, semantica politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010.
- VETTORI A., *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Giuffrè, Milano, 1983.
- VETTORI G., *Dialogo fra le corti e tecnica rimediale*, in *Persona e Mercato-Saggi*, 5/2010: 280 e ss.
- VERONESI P., *Valori, principi e regole: tra dimensione positiva e metapositiva della Costituzione*, in *Ars Interpretandi*, 1/2014: 37 e ss.
- VILLANI M., *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di costituzione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 9/2004: 73 e ss.
- VILLANI M., *Abuso del diritto tributario*, Giappichelli, Torino, 2017.
- VIOLA F., *Il diritto come pratica sociale*, Jaca, Milano, 1990.
- VISINTINI G., *Inadempimento e mora del debitore, Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2006.
- VISINTINI G., *L'abuso del diritto come illecito aquiliano*, in VISINTINI G. (a cura di), *L'abuso del diritto*, Esi, Napoli, 2016.
- VITALE G., *Art. 54, Divieto di abuso del diritto*, in MASTROIANNI R., POLLICINO O., ALLEGREZZA S., PAPPALARDO F., RAZZOLINI O. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017.
- VOGENAUER S., *The Prohibition of Abuse of Law: An Emerging General Principle of EU Law*, in DE LA FERIA R., VOGENAUER S. (a cura di), *Prohibition of Abuse of Law*, Hart Publishing, Oxford, 2011.
- WEBER D., *Abuse of Law in European Tax Law: an Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ: part I and part II*, in *European Taxation*, 53/2013: 251 e ss.
- WHITTAKER S., ZIMMERMANN R., *Good Faith in European Contract Law: Surveying the Legal Landscape*, in *Good Faith in European Contract Law*, ZIMMERMANN R., WHITTAKER S. (a cura di), Cambridge University Press, New York, 2000.
- WOODS L., *Sub art. 54*, in *The EU Charter of Fundamental rights*, PEERS S., HARVEY T., KENNER J., WARD A., Hart/Beck, Oxford, 2014.

ZACCARIA G., *La storicità recuperata: l'insegnamento di Paolo Grossi*, in *Rivista di diritto civile*, 1/2013: 171 e ss.

ZAGREBELSKY G., *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012.

ZIZZO G., *L'abuso dell'abuso del diritto*, in *GT – Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, 5/2008: 465 e ss.

ZIZZO G., *Ragioni economiche e scopi fiscali nella clausola antielusione*, in *Rassegna tributaria*, 1/2008: 170 e ss.

ZIZZO G., *Abuso del diritto, scopo di risparmio d'imposta e collegamento negoziale*, 3/2008: 869 e ss.

ZIZZO G., *Clausola antielusione e capacità contributiva*, in *Rassegna tributaria*, 2/2009: 487 e ss.

ZIZZO G., *La giurisprudenza in materia di abuso ed elusione nelle imposte sul reddito*, in *Corriere tributario*, 2/2012: 1019 e ss.

ZOPPINI G., *Prospettiva critica della giurisprudenza "antielusiva" della Corte di Cassazione (1969-1999)*, 11/1999: 919 e ss.

ZOPPINI G., *Abuso del diritto e dintorni (ricostruzione critica per lo studio sistematico dell'elusione fiscale)*, in *Rivista di diritto tributario*, 1/2005: 809 e ss.

SITOGRAFIA

<http://www.altalex.com/documents/news/2010/09/28/1-abuso-del-diritto-tributario-nella-recente-giurisprudenza-della-cassazione> (ultima visita in data 5 settembre 2018)

<http://pluris-cedam.utetgiurica.it>

<http://curia.europa.eu>

<http://iusexplorer.it>

<http://sistemalfisco.leggiditalia.it>