

L'ABUSO DEL DIRITTO

1. I Casi

1. Cass., 20 aprile 1994, n. 3775

Negli anni Sessanta del secolo scorso, il Comune di Fiuggi concede ad una società alcuni stabilimenti termali verso il pagamento di un canone.

Il contratto prevede che il canone di affitto degli stabilimenti termali debba essere commisurato al prezzo di vendita di fabbrica delle bottiglie d'acqua prodotte dalla società affittuaria.

A partire dal 1983, la società affittuaria blocca il prezzo di vendita di fabbrica delle bottiglie.

Senonché, le società distributrici, che appartengono allo stesso gruppo della società affittuaria, aumentano il prezzo di commercializzazione delle medesime bottiglie.

Il Comune agisce in giudizio.

2. Cass., 18 settembre 2009, n. 20106

Una casa automobilistica stipula una serie di contratti di concessione di vendita su tutto il territorio nazionale. Ciascun contratto contempla una clausola che attribuisce alla casa madre la facoltà di recedere *ad nutum*.

La casa automobilistica si avvale di questa clausola per sciogliere una pluralità di contratti, al fine di riorganizzare la propria rete di vendita.

Le concessionarie agiscono in giudizio

2. Le Questioni

I casi prospettati sottendono molteplici questioni, per rispondere alle quali è necessario sciogliere altrettanti nodi.

1. Nell'ambito del primo caso, l'interrogativo principale riguarda la legittimità del comportamento posto in essere dalla società affittuaria. Si tratta di un comportamento formalmente consentito dal contratto, poiché quest'ultimo attribuiva alla società affittuaria il potere di determinare il prezzo di fabbrica, al quale avrebbe dovuto essere commisurato il canone. Era immaginabile, al tempo della conclusione del contratto, che dopo una fase di sviluppo economico sarebbe seguito un periodo di inflazione. In presenza di un'inflazione, l'affittuaria avrebbe potuto scegliere se aumentare il prezzo di fabbrica oppure lasciarlo inalterato, puntando ad accrescere i profitti tramite un (auspicabile) aumento della quantità di beni venduti piuttosto che mediante un incremento dei prezzi. Ove la società affittuaria avesse deciso di fronteggiare l'inflazione propendendo per un aumento dei prezzi, il canone sarebbe aumentato e ciò avrebbe comportato un vantaggio per il Comune concedente, in quanto avrebbe consentito di adeguare il canone ad un diverso contesto economico, contraddistinto dall'inflazione e dalla svalutazione monetaria.

Nel caso di specie, la società affittuaria aveva deciso di mantenere inalterato il prezzo di fabbrica; tuttavia, le società distributrici, che facevano parte dello stesso gruppo, avevano aumentato il prezzo di commercializzazione. Di guisa che, la società affittuaria, con il proprio comportamento, aveva conseguito un duplice vantaggio: per un verso, aveva risparmiato sul canone, che non era aumentato; per altro verso aveva ottenuto maggiori introiti, derivanti dall'aumento del prezzo di commercializzazione (il quale era addirittura raddoppiato).

Un simile contegno sembrerebbe tradire lo spirito dell'intesa, ossia il fine per il quale la clausola relativa all'adeguamento del canone era stata concepita. Si tratta di stabilire,

allora, se il comportamento dell'affittuaria fosse consentito oppure non, se ci si debba fermare alla lettera della previsione contrattuale, replicando lo schema dell'art. 12 delle preleggi, il quale delinea in generale un procedimento di interpretazione a gradi, ovvero se si debba andare oltre, valorizzando al contempo la *ratio* della medesima previsione, ossia assumendo una prospettiva teleologico-funzionale.

2. Venendo al secondo dei due casi sopra prospettati, si tratta di decidere sulla legittimità del comportamento della parte convenuta, consistente nell'esercizio di una prerogativa attribuita dal contratto e più precisamente di un recesso *ad nutum*.

Tale forma di recesso – come è noto – si caratterizza in quanto, a differenza dello scioglimento per giusta causa, non richiede un controllo causale, assolvendo piuttosto alla precipua funzione di porre fine ai contratti di durata, ove questi risultino sprovvisti di un termine finale.

L'ordinamento guarda con disfavore alla perpetuità dei vincoli, sicché il recesso *ad nutum* trova un'apposita disciplina con riferimento ad alcuni singoli contratti, per i quali si prevede che il suo esercizio, ancorché senza giusta causa, debba essere comunque preceduto da un preavviso, la cui durata varia a seconda del tipo di contratto e deve essere in ogni caso "congrua".

Tanto nell'ipotesi in cui la facoltà di recedere sia prevista per legge, quanto in quelle nelle quali sia attribuita dal contratto, si pone il problema circa la possibilità di sindacarne l'esercizio. E posto che un sindacato sia consentito, poi, si tratta di stabilire se questo controllo debba essere riferito alle sole modalità di esercizio del diritto ovvero se si possa estendere, altresì, alle sue finalità.

3. L'abuso del diritto

Entrambi i casi esaminati adombrano una difformità tra lo schema formale del diritto ed il suo concreto esercizio, evocando più o meno esplicitamente la categoria dell'abuso del diritto. Si allude, con tale espressione, ad una categoria controversa, oggetto di ampie ed animate dispute all'interno della dottrina.

Il primo problema posto da questa categoria riguarda la sua stessa configurabilità. Ad essa infatti dottrina risalente ha riconosciuto importanza soltanto sul piano della morale, negando che la stessa potesse assumere rilievo su quello giuridico.

Il problema ha interessato altresì la stesura del codice civile vigente. Alcuni tra i compilatori ritenevano che una norma sull'abuso del diritto dovesse essere esplicitamente codificata; altri reputavano che una tale previsione fosse superflua, sul presupposto che il divieto di abuso del diritto fosse un principio implicito all'interno del sistema che non richiedeva di essere testualmente sancito; altri ancora sostenevano che non fosse opportuno inserire nel nuovo codice una disposizione dedicata all'abuso, in quanto ciò avrebbe attribuito al giudice un potere eccessivo ed arbitrario.

La linea contraria alla formalizzazione del divieto è prevalsa, sicché la relativa previsione contemplata nella bozza (art. 7) non è stata poi trasfusa nella versione definitiva del codice. Detta circostanza non ha impedito alla dottrina e alla giurisprudenza di continuare a riflettere sull'abuso, il quale è stato descritto sulla scorta di parametri di volta in volta differenti. In prima battuta, è stato definito sulla base di un criterio soggettivo, come l'esercizio di un diritto indirizzato al solo scopo di recare nocimento ad altri, sul modello più tratlatizio degli atti emulativi.

L'abuso è stato ancora definito sulla base di criteri oggettivi, ad esempio come l'esercizio di un diritto non conforme alla clausola generale di buona fede e correttezza.

In ultimo, l'abuso del diritto è stato definito sulla base di un criterio teleologico come esercizio antifunzionale del diritto, ossia contrario alla funzione per la quale il diritto stesso sia stato attribuito. Quest'ultimo criterio sembra aver ricevuto maggiori consensi tanto nella dottrina quanto nella giurisprudenza.

Più di recente l'abuso del diritto è stato definito come un parametro rilevante sul piano ermeneutico e più precisamente come una particolare forma di analogia. A differenza dell'analogia tradizionale, nel caso dell'abuso non si riscontra una lacuna vera e propria, poiché sarebbe possibile individuare una norma da applicare alla fattispecie concreta. Ciò che si riscontra è invece una lacuna "assiologica", dal momento che l'applicazione di una norma si fatta non apparirebbe congrua alla luce del sistema giuridico nel suo complesso. Si porrebbe così la necessità di disapplicare la norma formalmente riferibile al caso di specie e di applicarne una differente, più idonea a risolvere il conflitto dal punto di vista funzionale.

4. Le decisioni

Fatta questa premessa, è possibile infine considerare le decisioni delle corti di legittimità e di merito, nell'ambito delle controversie in esame.

1. Partendo dal primo caso e procedendo con ordine, risulta necessario soffermarsi sulla decisione della Corte d'Appello, chiamata a pronunciarsi in sede di impugnazione di un lodo arbitrale. Secondo la Corte, dai patti contrattuali non era possibile dedurre alcun diritto in capo al Comune a che la società aumentasse il prezzo di fabbrica delle bottiglie per adeguare il canone alla svalutazione della moneta. In presenza di specifica pattuizione che attribuisce alla società affittuaria piena libertà principalmente nel fissare i prezzi di vendita, non sarebbe consentito discutere su pretesi comportamenti attuati in spregio delle regole della correttezza e della buona fede. Sulla base di questi presupposti, la domanda è stata rigettata poiché reputata del tutto sprovvista di fondamento.

Di diverso avviso si è mostrata la Cassazione. Secondo la Suprema corte, la società affittuaria, pur avendo libertà nel determinare il prezzo di fabbrica, deve pur sempre comportarsi secondo correttezza (art. 1175 c.c.). Ciò perché l'obbligo di comportarsi secondo correttezza si pone come un limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita; di guisa che, l'ossequio alla legalità formale non deve tradursi in un sacrificio della giustizia sostanziale, in particolare non deve risultare disatteso quel dovere inderogabile di solidarietà (art. 2 Cost.), il quale, rapportato al contratto, ne determina integrativamente il contenuto agli effetti (art. 1374 c.c.), orientando al contempo l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375), nel rispetto del noto principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio.

Riferendo tali considerazioni al caso di specie, la Cassazione ha ritenuto che, in presenza di una svalutazione monetaria, avrebbe dovuto essere attribuito rilievo all'aspettativa del Comune, in ordine all'aumento del prezzo. Non varrebbe a dimostrare il contrario evidenziare che la scelta del prezzo delle bottiglie fosse demandata a scelte pretesamente discrezionali della controparte.

Difatti – assume la Cassazione – la correttezza costituisce regola di governo della discrezionalità e vieta l'abuso di quest'ultima. La Corte di merito avrebbe dovuto accertare se la delusione dell'aspettativa del Comune fosse o meno giustificata da un interesse antitetico – meritevole di tutela – della società affittuaria a mantenere fermo il prezzo (in fabbrica), nonostante la sopravvenuta svalutazione monetaria e il conseguente svilimento del canone commisurato a quel prezzo.

La società affittuaria, mediante l'aumento del prezzo (più che raddoppiato) nella fase di distribuzione attraverso società appartenenti allo stesso gruppo, aveva conseguito il duplice vantaggio di impedire scorrettamente l'adeguamento del canone dovuto al Comune di lucrare ugualmente sulle vendite, dando luogo ad una sproporzionata divaricazione tra prezzo e canone contraria allo spirito dell'intesa raggiunta sul punto dalle parti e, dunque, oggettivamente incompatibile con l'agire secondo buona fede, anche se, in ipotesi, non maliziosamente preordinata.

La scorrettezza – afferma infine la Cassazione – rileva per sé, indipendentemente dall'*animus* dell'autore, poiché i rimedi predisposti per neutralizzarne le conseguenze hanno funzione riparatoria più che sanzionatoria.

La Suprema corte non si sofferma in maniera diffusa sulla categoria dell'abuso del diritto ma la decisione sembra sottendere una nozione di abuso imperniata su un criterio oggettivo (contrarietà a buona fede) e teleologico (finalità contraria allo spirito dell'intesa), mentre nessun rilievo pare assumere l'elemento soggettivo (consistente nell'intenzione di nuocere).

Caso 2

Passando ora all'esame delle decisioni relative al caso delle concessionarie ed incominciando dalle pronunce delle corti di merito, occorre premettere che tali ultime sentenze si segnalano per aver assunto una nozione di abuso più risalente, caratterizzata dalla necessaria compresenza di un elemento oggettivo, consistente nell'assenza di utilità per il titolare del diritto, e di un elemento soggettivo, costituito dall'*animus nocendi*, sul modello più risalente degli atti emulativi. Le medesime corti si sono soffermate altresì sulla questione relativa all'ammissibilità di un sindacato sull'esercizio del recesso *ad nutum*. Ed a tal proposito esse hanno negato categoricamente che il giudice possa esercitare un controllo sull'atto di autonomia privata, quindi anche sull'esercizio del diritto di recedere *ad nutum* contemplato nel contratto. Un potere sì fatto rientrerebbe nella libertà di scelta dell'operatore economico in un libero mercato e sarebbe da escludere qualsivoglia intervento integrativo, in forza della clausola di buona fede e correttezza, la quale non opererebbe appunto in questo senso.

Sulla scorta di tali considerazioni i giudici di merito hanno escluso che nel caso di specie il comportamento della casa madre fosse abusivo, poiché la casa automobilistica concedente era libera di modificare l'assetto di vendita ed il recesso *ad nutum* risultava essere, a detto fine, il mezzo più conveniente. L'abuso nel caso di specie avrebbe dovuto essere escluso, non sussistendo né l'elemento oggettivo, in quanto era rintracciabile un'utilità per il titolare del diritto, né l'elemento soggettivo, dal momento che il comportamento era stato realizzato per soddisfare un proprio interesse meritevole e non allo scopo di recare nocimento alle concessionarie.

Di segno differente si mostra la decisione della Cassazione, la quale ha riconosciuto che il comportamento del concedente costituisce un abuso del diritto. La Suprema corte valorizza la clausola generale di buona fede e correttezza, qualificando l'esercizio abusivo di un diritto come un comportamento contrario a buona fede. L'esercizio può essere considerato abusivo quando risulta essere antifunzionale. A tale sindacato non può sottrarsi il recesso, neppure quando sia *ad nutum* e discenda da una clausola contrattuale. Il diritto dovrebbe essere esercitato in maniera conforme a buona fede e non dovrebbe risultare abusivo. Sarebbe pertanto ammesso un sindacato del giudice sull'esercizio di esso, il quale dovrebbe svolgersi alla luce della clausola generale di buona fede e correttezza, quale strumento atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi.

A differenza delle corti di merito, la Cassazione dimostra di aver accolto la tesi della buona fede in funzione integrativa, affermando che 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.

L'abuso del diritto diviene nella prospettiva della Suprema corte un criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva. Più nel dettaglio l'abuso si realizza in presenza dei seguenti elementi costitutivi:

- 1) la titolarità di un diritto soggettivo;

- 2) la possibilità che il concreto esercizio 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 attributiva 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.

La nozione di abuso assunta dalla Cassazione appare con evidenza imperniata su criteri oggettivi, mentre nessun rilievo sembra essere attribuito all'elemento soggettivo, sulla scia della nozione adombrata ma non esplicitata dalla medesima Suprema corte, in occasione del caso relativo allo stabilimento termale poc'anzi scrutinato. L'accento sembra essere posto sulle modalità dell'esercizio, piuttosto che sulle finalità. E tuttavia nel passaggio successivo la Cassazione si affretta ad aggiungere un elemento ulteriore, precisando che l'abuso del diritto non presuppone una violazione in senso formale, ma delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore. La categoria risulta quindi modellata anche sull'impronta di un criterio teleologico-funzionale che attribuisce risalto alla difformità tra il fine per il quale il diritto viene conferito e lo scopo che in concreto il singolo atto di esercizio punta a realizzare.

L'abuso pare ravvisabile quando nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere di cui esso rappresenta esercizio. In ciò sembra da ravvisare il tratto distintivo della categoria, il quale vale a differenziare la condotta abusiva dagli altri comportamenti non conformi alla clausola generale di buona fede e correttezza. Nella prospettiva della Cassazione, i principii della buona fede oggettiva e dell'abuso del diritto si integrano a vicenda e devono essere selezionati e rivisitati alla luce dei principi costituzionali, ma mentre la buona fede si porge quale canone generale cui ancorare la condotta delle parti, anche di un rapporto privatistico e l'interpretazione dell'atto giuridico di autonomia privata, l'abuso valorizza la correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono assegnati. Sicché, qualora la finalità perseguita non sia quella consentita dall'ordinamento, si potrà ravvisare un abuso.

Rapportando tali considerazioni all'esercizio del recesso, pertinente al caso di specie, la Suprema corte osserva che, ove non venisse valorizzata la buona fede oggettiva ed ove non fosse attribuito rilievo all'eventuale esercizio abusivo di tale diritto, il recesso *ad nutum* si trasformerebbe in un recesso arbitrario, cioè *ad libitum*, di sicuro non consentito dall'ordinamento.

La valutazione dell'atto di esercizio del recesso deve essere condotta in termini di «conflittualità»: giacché le parti sono portatrici di interessi contrapposti, risulta fondamentale la valutazione circa la proporzionalità dei mezzi usati per soddisfare gli anzidetti interessi. In questo contesto la proporzionalità esprime una certa procedimentalizzazione nell'esercizio del diritto di recesso, che si concretizza, per esempio, nella previsione di trattative, nel riconoscimento di un'indennità, ancorché simili contegni non siano esplicitamente menzionati nella previsione – legale o pattizia – attributiva del diritto.

Nel passaggio immediatamente successivo la Cassazione sembra delineare una nozione di abuso in parte distinta da quella in precedenza tratteggiata, da riferire alle sole ipotesi di eventuale provata disparità di forze tra i contraenti. In questi casi la verifica giudiziale del carattere abusivo o meno del recesso dovrebbe essere più ampia e rigorosa, e potrebbe prescindere dal dolo e dalla specifica intenzione di nuocere: elementi – ricorda la Corte – tipici degli atti emulativi, ma non delle fattispecie di abuso di potere contrattuale (dove per potere contrattuale qui sembra doversi intendere il potere derivante dal contratto;

l'espressione rimane equivoca, perché la Cassazione potrebbe qui volersi riferire anche al diverso comportamento consistente nell'uso della propria forza contrattuale per imporre alla controparte condizioni inique).

5. Osservazioni sulla decisione della Cassazione

Secondo la Cassazione, il carattere distintivo dell'abuso risiede nel perseguimento di una finalità non consentita dall'ordinamento. Per giustificare il proprio assunto l'anzidetta Corte richiama una serie di pronunce che, ad un esame più attento, appaiono sottendere una nozione di abuso, la quale si contraddistingue in quanto presuppone appunto che l'esercizio del diritto sia diretto al perseguimento di una sì fatta finalità.

Particolarmente rappresentativa risulta essere Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387, in materia societaria e più precisamente in ordine ad una deliberazione assembleare di scioglimento della società, approvata dalla maggioranza e impugnata dai soci di minoranza i quali lamentavano un esercizio abusivo del diritto di voto, ad opera della stessa maggioranza. In quell'occasione la Suprema Corte per un verso ha osservato che la regola di maggioranza prescrive al socio non di esercitare il diritto di voto in funzione di un predeterminato interesse, ma di esercitarlo liberamente e legittimamente per il perseguimento di un proprio interesse fino al limite dell'altrui potenziale danno; per altro verso ha affermato che la deliberazione di scioglimento di una società può essere invalidata sotto il profilo dell'abuso o eccesso di potere, quando risulti arbitrariamente o fraudolentemente preordinata dai soci maggioritari per perseguire interessi divergenti da quelli societari, ovvero per ledere i diritti del singolo partecipante (come nel caso in cui lo scioglimento sia indirizzato soltanto all'esclusione del socio), mentre, all'infuori di tali ipotesi, resterebbe preclusa ogni possibilità di sindacato in sede giudiziaria sui motivi che hanno indotto la maggioranza alla suddetta decisione. Nel caso di specie la domanda è stata rigettata perché i ricorrenti avrebbero dovuto provare che i soci di maggioranza avevano agito con il solo precipuo scopo di danneggiare la società e/o i soci di minoranza.

Pare interessante notare che, seguendo questa impostazione, la Suprema corte nel 2009 avrebbe addirittura dovuto rigettare il ricorso, perché, come riconosciuto nei due gradi di giudizio precedenti, il recesso era stato esercitato, nel caso delle concessionarie, per una finalità consentita, ossia riorganizzare la rete di vendita.

Senonché, la Cassazione si è mostrata incline a delineare, per le sole ipotesi nelle quali la parte si trovi in una posizione di debolezza, una nozione di abuso non contraddistinta da una sì fatta finalità. In questi casi sarebbero sufficienti quegli elementi costitutivi dell'abuso, i quali pongono l'accento sulle modalità dell'esercizio e sul rapporto tra mezzi e fini. Ciò che spinge la Cassazione a ritenere sussistente l'abuso, nel caso di specie, sembra essere allora la posizione di debolezza delle concessionarie.

L'impressione che si ha è che l'approdo della Corte sia condizionato dalla precomprensione del decidente, il quale, avvertendo l'esigenza di proteggere il contraente debole, tenta di andare oltre le rigidità dello schema formale, per valorizzare l'aspetto teleologico-funzionale.

Il tutto non senza qualche forzatura, della quale la Cassazione non è probabilmente ignara.

6. Conclusioni

Il vero problema sotteso dal caso delle concessionarie riguarda le modalità di esercizio e non le sue finalità, pertanto il solo richiamo alla buona fede sarebbe stato sufficiente.

La Cassazione nel 2009 sembra aver semplicemente colto l'occasione per costruire una categoria da applicare a tutto campo, soprattutto nell'ambito dei rapporti caratterizzati da una disparità di forza contrattuale, postulando implicitamente un procedimento interpretativo differente rispetto a quello delineato dall'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile. La Suprema corte è persa insomma orientata ad offrire al

giurista uno strumento (la categoria dell'abuso del diritto) che gli consenta di attenuare il rigore formale imposto dall'imprescindibile esigenza di certezza del diritto, in favore dell'ulteriore – ed altrettanto imprescindibile – esigenza, che può essere definita, in senso lato, di giustizia. Riecheggiano allora le parole di un'autorevole dottrina, secondo la quale l'abuso del diritto testimonierebbe l'antica miseria del diritto e l'eterna fatica del giurista che tenta in qualche maniera di riscattarlo.