

L'ABUSO DEL DIRITTO E' CONFIGURABILE COME UN PRINCIPIO GENERALE DEL NOSTRO ORDINAMENTO? NOTE A MARGINE DI CASSAZIONE CIVILE SEZ III, 18 SETTEMBRE 2009, N. 20106.

*Matteo Pompei**

La sentenza in commento riconosce la figura dell'abuso del diritto e perviene a tale conclusione nei termini seguenti: disporre di un potere non è condizione sufficiente per il suo legittimo esercizio.

Gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto, così come sviluppati nella sentenza, sono: 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che l'esercizio di quel diritto possa effettuarsi secondo modalità non predeterminate dal legislatore; 3) il fatto che il concreto esercizio del diritto, pur muovendosi all'interno della cornice formale prevista dalla legge, si svolga secondo modalità censurabili da un punto di vista giuridico o extragiuridico; 4) la circostanza che, per l'effetto della modalità di esercizio, si manifesti una sproporzione tra il beneficio del titolare del diritto e "l'alterazione" della situazione giuridica che subisce controparte.

La Sentenza

Cassazione Civile sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106.

...*Omissis*...

Costituiscono principii generali del diritto delle obbligazioni quelli secondo cui la parti di un rapporto contrattuale debbono comportarsi secondo le regole della correttezza (art. 1175 c.c.) e che l'esecuzione dei contratti debba avvenire secondo buona fede (art. 1375 c.c.).

In tema di contratti, il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione ed, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase (Cass. 5.3.2009 n. 5348; Cass. 11.6.2008 n. 15476).

* Dottore in Giurisprudenza presso l'Università di Roma Tre.

Ne consegue 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 rapporto obbligatorio (art. 1175 cod. civ.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto (art. 1375 cod. civ.).

I principii di buona fede e correttezza, del resto, sono entrati, nel tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico.

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 (v. in questo senso, fra le altre, Cass. 15.2.2007 n. 3462).

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 di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge.

In questa prospettiva, si è pervenuti 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.

...Omissis...

Oggi, i principii della buona fede oggettiva, e dell'abuso del diritto, debbono essere selezionati e rivisitati alla luce dei principi costituzionali - funzione sociale ex art. 42 Cost. - e della stessa qualificazione dei diritti soggettivi assoluti.

In questa prospettiva i due principii si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare 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.

Qualora la finalità perseguita non sia quella consentita dall'ordinamento, si avrà abuso.

In questo caso il superamento dei limiti interni o di alcuni limiti esterni del diritto ne determinerà il suo abusivo esercizio. Alla luce di tali principii e considerazioni svolte deve, ora, esaminarsi la sentenza, in questa sede, impugnata.

La struttura argomentativa della sentenza si sviluppa secondo i seguenti passaggi logici:

1) il giudice non ha alcuna possibilità di controllo sull'atto di autonomia privata; 2) la previsione contrattuale del recesso ad nutum dal contratto non consente, quindi, da parte del giudice, il sindacato su tale atto, non essendo necessario alcun controllo causale circa l'esercizio del potere, perchè un tale potere rientra nella libertà di scelta dell'operatore economico in un libero mercato; 3) La Renault Italia non doveva tenere conto anche dell'interesse della controparte o di interessi diversi da quello che essa aveva alla risoluzione del rapporto"; 4) la insussistenza di un'ipotesi di recesso illegittimo comporta la non pertinenza del richiamo agli artt. 1175 e 1375 c.c.; 5) i principii di correttezza e buona fede non creano obbligazioni autonome, ma rilevano soltanto per verificare il puntuale adempimento di obblighi riconducibili a determinati rapporti; 6) Non sono presenti nel caso in esame i principii enucleati dalla giurisprudenza in tema di abuso del diritto;

e ciò perchè "La sussistenza di un atto di abuso del diritto (speculare ai cosiddetti atti emulativi) 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*, ossia l'intenzione di nuocere o di recare molestia ad altri"; 7) "Il mercato, concepito quale luogo della libertà di iniziativa economica (garantita dalla Costituzione), presuppone l'esistenza di soggetti economici in grado di esercitare i diritti di libertà in questione e cioè soggetti effettivamente responsabili delle scelte d'impresa ad essi formalmente imputabili.

La nozione di mercato libero presuppone che il gioco della concorrenza venga attuato da soggetti in grado di autodeterminarsi";

8) Alla libertà di modificare l'assetto di vendita, da parte della Renault Italia spa, conseguiva che il recesso ad nutum rappresentava, per il titolare di tale facoltà, il mezzo più conveniente per realizzare tale fine: non sussiste, quindi, l'abuso"; 9) La impossibilità di ipotizzare "un potere del giudice di controllo diretto sugli atti di autonomia privata, in mancanza di un atto normativo che specifichi come attuare tale astratta tutela", produce, come effetto, quello della introduzione di "un controllo di opportunità e di ragionevolezza sull'esercizio del potere di recesso; al che consegue una valutazione politica, non giurisdizionale dell'atto"; 10) La impossibilità di procedere ad un giudizio di ragionevolezza in ambito privatistico e, particolarmente, "in ambito contrattuale in cui i valori di riferimento non sono unitari, ma sono addirittura contrapposti e la composizione del conflitto avviene proprio seguendo i parametri legali dell'incontro delle volontà su una causa eletta dall'ordinamento come meritevole di tutela" fa sì che "Solo allorchè ricorrono contrasti con norme imperative, può essere sanzionato l'esercizio di una facoltà, ma al di fuori di queste ipotesi tipiche, normativamente previste, residua la più ampia libertà della

autonomia privata".

...Omissis...

Il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve accompagnare il contratto nel suo svolgimento, dalla formazione all'esecuzione, ed, 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 derivato (v. anche S.U. 15.11.2007 n. 23726; Cass. 22.1.2009 n. 1618; Cass. 6.6.2008 n. 21250; Cass. 27.10.2006 n. 23273; Cass. 7.6.2006 n. 13345; Cass. 11.1.2006 n. 264).

Il criterio della buona fede costituisce, quindi, uno strumento, per il giudice, finalizzato al controllo - anche in senso modificativo o integrativo - dello statuto negoziale; e ciò quale garanzia di contemperamento degli opposti interessi (v. S.U. 15.11.2007 n. 23726 ed i richiami ivi contenuti).

Il giudice, quindi, nell'interpretazione secondo buona fede del contratto, deve operare nell'ottica dell'equilibrio fra i detti interessi.

...Omissis...

La esclusione della valorizzazione e valutazione della buona fede oggettiva e della rilevanza anche dell'eventuale esercizio abusivo del recesso, infatti, consentirebbero che il recesso ad nutum si trasformi in un recesso, arbitrario, cioè ad libitum, di sicuro non consentito dall'ordinamento giuridico. Il giudice del rinvio, quindi, dovrà riesaminare la questione, tenendo conto delle indicazioni fornite e dei principii enunciati, al fine di riconoscere o meno il carattere abusivo del recesso e l'eventuale, consequenziale diritto al risarcimento del danni subiti. Tutto ciò in chiave di contemperamento dei diritti e degli interessi delle parti in causa, in una prospettiva anche di equilibrio e di correttezza dei comportamenti economici.

...Omissis...

La Nota

Sommario: 1. *Exceptio doli generalis* e abuso del diritto. 2. Clausola di buona fede. 2.1 Buona fede in senso oggettivo, soggettivo e cenni sull'equità. 2.2. Rapporto tra buona fede e abuso del diritto. 3. Recesso *ad nutum* e sindacato dell'esercizio del diritto. 4. L'abuso tra teoria del diritto e casistica giurisprudenziale.

1. La sentenza in esame¹ pone nuove questioni nel quadro di un dibattito iniziato negli anni trenta del secolo scorso². La figura dell'abuso del diritto si concretizza nell'esercizio di un diritto che, in astratto, spetta effettivamente a colui che lo esercita o lo rivendica ma che, in concreto, non comporta alcun vantaggio apprezzabile e degno di tutela giuridica a favore di tale soggetto. Pone in essere, al contrario, un conseguente danno a carico di un'altra parte giuridica. Tale situazione, tecnicamente chiamata "divieto di abuso del diritto", presenta molteplici analogie con il rimedio dell'*exceptio doli generalis*³, che riduce le ipotesi applicative alla sussistenza dell'intenzionalità del comportamento, intesa come conoscenza delle conseguenze del proprio agire o dell'antigiuridicità dell'atto⁴. Quest'ultimo istituto trae origine dal diritto romano e trova la sua continuità nel diritto tedesco, all'interno del quale permane la funzione antica dell'eccezione di

¹ Si riassume brevemente il fatto prodromico alla sentenza della Cassazione del 18 settembre 2009, n. 20106: tra il 1992 e il 1996 i ricorrenti – tutti ex concessionari della Renault Italia S.p.A. – furono revocati dalla stessa società, in base alla facoltà di recesso *ad nutum*, così come contemplata dall'art. 12 del contratto di concessione di vendita. In tale condotta fu ravvisato un comportamento illecito ed abusivo da parte dei concessionari revocati, i quali convenivano in giudizio la Renault Italia S.p.A., al fine di ottenere la declaratoria di illegittimità del recesso per abuso del diritto e si chiedeva, altresì, la condanna al risarcimento dei danni subiti per effetto del recesso "abusivo". Renault si costituiva in giudizio, chiedendo il rigetto della domanda, ma il Tribunale civile, in data 11 giugno 2001, rigettava la domanda. Il 13 gennaio 2005, anche la Corte di Appello rigettava gli appelli proposti dai concessionari, ritenendo che la previsione del recesso *ad nutum* in favore della Renault Italia S.p.A., non permettesse un controllo causale in relazione all'esercizio di tale potere, altrimenti si sarebbe scaturiti in una sentenza di natura "politica". Per questi motivi i concessionari hanno proposto ricorso principale in Cassazione.

² V. Scialoja, *Studi giuridici*, III, Roma, 1932, 194 s.

³ L'*exceptio doli generalis* è un rimedio che non mira ad ottenere una dichiarazione di inefficacia, né la condanna ad un risarcimento del danno, ma l'estinzione o la reiezione della pretesa altrui, in quanto manifestazione dolosa dell'esercizio di un diritto su cui la pretesa si fonda. F. Ranieri, *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VII, 1991, 312. L'autore evidenzia come, in realtà nell'istituto in oggetto, il dolo è impropriamente detto, dal momento che si può avere nel caso in cui un attore chieda una condanna che – sebbene conforme allo stretto diritto – sarebbe iniqua, in considerazione delle varie relazioni ed affidamenti sorti tra le parti.

⁴ M. Costanza, *Brevi note per non abusare dell'abuso del diritto*, in *Giustizia Civile*, 2001, 2444 s.

dolo, travasata nelle *rationes decidendi* implicite di alcune pronunce giurisprudenziali⁵. In Italia, invece, è piuttosto desueto il richiamo a tale figura, la cui definizione più felice è stata esplicitata da quella dottrina che l'ha dipinta come la possibilità di opporsi ad un'altrui pretesa od eccezione che, per quanto in astratto fondata, appaia in concreto espressione dell'esercizio doloso o scorretto di un diritto, finalizzato alla realizzazione di interessi non meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico⁶. La categoria dell'*exceptio doli* – secondo la dottrina prevalente – viene tuttavia meglio veicolata secondo i canoni della buona fede e della correttezza⁷, poiché il percorso scandito dal nostro ordinamento tende ad escludere la configurabilità di tale *exceptio* come principio generale della legislazione italiana⁸. Alcuni autori l'hanno definita una sorta di “cavallo di Troia all'interno della sicurezza del sistema⁹”, che riproporrebbe il perenne contrasto tra certezza del diritto e giustizia sociale, bilanciando rischi e vantaggi circa l'affidamento al magistrato di una norma in bianco che avrebbe una portata assai vasta¹⁰. Ad esempio, secondo la Suprema Corte – nella sentenza che si annota – il giurista non può prescindere dal ricorso alle clausole generali di correttezza e buona fede, tese a valorizzare l'esigenza di solidarietà nel rapporto obbligatorio. A tale ricostruzione si può aggiungere un'ulteriore distinzione tra *exceptio doli*, abuso del diritto e (come si svilupperà in seguito) buona fede oggettiva. I primi due istituti, infatti, trovano il loro comune denominatore tanto nell'impronta generale ed astratta della fissazione legislativa del contenuto di un diritto, quanto nel carattere concreto del fatto abusivo che viene sottoposto all'apprezzamento del giudice. Non sembra sussistere tuttavia una simmetria esatta tra le due figure, allorché l'operatività dell'eccezione di dolo sembra limitarsi – secondo prevalente dottrina – al settore delle obbligazioni¹¹, cosicché

⁵ Ranieri, *Eccezione di dolo generale*, cit., 330.

⁶ G.L. Pellizzi, *Exceptio doli (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, 1960, 1075.

⁷ Ciò dimostrerebbe come il nostro Ordinamento spesso sconfessi il diritto tedesco, essendo ancora legato alla tradizione del *Code Civil*, che non ha applicato con frequenza l'istituto dell'*exceptio doli generalis*. Ranieri, op. cit., 330 s.

⁸ Pellizzi, *Exceptio doli*, cit., 1076.

⁹ Pellizzi, op. cit., 1075.

¹⁰ C.A. Maschi, *Considerazioni sulla certezza del diritto*, Padova, 1960, 147 s.

¹¹ A. Torrente, *Eccezione di dolo*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, 221.

l'abuso possa sfociare nell'esercizio diretto di facoltà di godimento di un bene¹². In realtà, la fisionomia dell'*exceptio doli* sembra adattarsi pienamente solo alla categoria dei titoli di credito¹³, dal momento che si appalesa piuttosto come una "possibilità giuridica" di opporsi ad una pretesa altrui che sarebbe astrattamente fondata, ma in concreto costituirebbe una manifestazione di esercizio del diritto soggettivo contrastante con la coscienza comune¹⁴.

E' ipotizzabile, in sostanza, un richiamo all'eccezione di dolo in una mera ottica di esecuzione del contratto secondo i canoni della buona fede oggettiva, più precisamente in ordine ad un comportamento "scorretto od anormale" di una parte contrattuale, il cui rilievo incida nella fase di esecuzione del rapporto¹⁵.

Su questo versante si auspica una continua ed efficiente dialettica¹⁶ tra norma legislativa ed eccezione generale di dolo, soprattutto in conseguenza della stretta interrelazione che intercorre tra l'*exceptio doli* e l'abuso del diritto¹⁷.

¹² Si fa riferimento agli atti emulativi. Pellizzi, op. cit., 1077.

¹³ Al riguardo si menziona l'*exceptio doli* cambiaria, espressamente estesa – dall'art. 1993 c.c. – ai titoli di credito in generale. Si profila sia un'eccezione di dolo opponibile dal debitore all'acquirente doloso del titolo di credito, sia l'*exceptio doli* che colpisce il contraente immediato (anch'egli titolare di un diritto astratto) sulla base della c.d. "convenzione esecutiva" attraverso la quale, all'atto del rilascio del titolo, l'obbligo astratto in esso incorporato è stato riferito in ordine ad un determinato rapporto causale. In questo caso il dolo è *in re ipsa*, dal momento che coincide con il concreto abuso del diritto astratto. Si veda Pellizzi, op. cit., 1079.

¹⁴ Pellizzi, op. cit., 1077 s.

¹⁵ A. di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario al codice civile*, di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1998, sub art. 1175, 330 s. L'Autore pone in risalto l'esecuzione secondo buona fede, che sia nei paesi di *civil law*, sia in quelli di *common law* deve avere i seguenti requisiti: 1) l'obbligo di non pregiudicare le ragioni dell'altra parte; 2) l'esigenza di tutelare la parte più debole; 3) valutare l'interesse concretamente perseguito dalle parti del contratto; 4) correlare l'obbligo di buona fede con le regole dell'inadempimento contrattuale.

¹⁶ Torrente, *Eccezione di dolo*, cit., 220 s. La brillante definizione dell'autore testimonia come, nel diritto moderno codificato vi sia un costante rapporto tra la certezza del diritto e la sua interpretazione finalizzata ad un funzionamento migliore della giustizia. Tale orientamento è configurabile nella quasi totalità dei paesi dell'Europa continentale.

¹⁷ Pellizzi, op. cit., 1076. L'autore rileva come, in alcuni casi, vi sia anche un rapporto strumentale tra l'*exceptio doli* generalis e la buona fede oggettiva: ciò avviene perché il legislatore ha previsto per quest'ultima figura la funzione di

Il problema principale – com'è noto – è che in Italia la nozione di abuso del diritto non è mai stata codificata né tantomeno costituzionalizzata, a differenza di quanto avvenuto sia in Francia sia in Spagna. Nel corso degli anni si sono sviluppati diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che hanno ora avallato, ora criticato aspramente la figura giuridica in commento. Queste continue oscillazioni hanno portato autorevole dottrina a compiere un'affascinante metafora tra l'abuso del diritto e l'araba fenice¹⁸, dal momento che tale istituto ha subito gli influssi derivanti dalle convinzioni ideologiche e sociopolitiche dei diversi momenti storici¹⁹. E' evidente, però, come in Italia lo Stato di diritto si sia consolidato in stretta connessione con il positivismo legislativo ed abbia dato luogo ad una tradizione piuttosto radicata al "formalismo legalistico"²⁰.

La radice etimologica del termine abuso (*ab-uti*) evidenzia come tale condizione si manifesti nel caso di un uso "anormale od eccessivo" del diritto²¹. Da un punto di vista strettamente lessicale sembrerebbe trattarsi se non di un ossimoro, quantomeno di un paradosso²², poiché se un soggetto è titolare di un diritto soggettivo non potrebbe astrattamente abusarne, ove si

concorrere a precisare l'oggetto del contratto o dell'obbligazione, come negli artt. 1366, 1375 e 1175 c.c.

¹⁸ La suggestiva figura retorica è stata utilizzata da G. Alpa, *Principi generali*, Milano, 1993, 76.

¹⁹ P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 43 s. L'Autore compie un articolato *excursus* storico, all'interno del quale pone in contrasto la dottrina di matrice liberale, tesa ovviamente a preservare l'autonomia dell'individuo – prospettando il divieto dell'abuso del diritto – e le tradizioni socialiste e cattolico-solidaristiche, le quali aderivano alla figura dell'abuso del diritto, in qualità di garante della "coscienza sociale e morale".

²⁰ L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clause generali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1986, 7 s. L'autore rileva che, in Italia, il rinnovamento dell'ermeneutica giuridica è iniziato solo dopo gli anni Cinquanta con risultati altalenanti.

²¹ Cass. 15-11-1960, n. 3040, in *www.dejure.giuffre.it*. La Suprema Corte riconosceva che: "l'abuso del diritto non è previsto come categoria giuridica, e cioè come figura particolare di illecito. Può ritenersi invece che, in singoli casi ed in riferimento ai fondamentali precetti giuridici della buona fede e della rispondenza dell'esercizio del diritto agli scopi etici e quindi sociali per cui il diritto stesso venne riconosciuto e concesso nell'ordinamento giuridico positivo, l'uso anormale del diritto possa condurre il comportamento del singolo fuori della sfera del diritto soggettivo medesimo e che quindi tale comportamento possa costituire un illecito, secondo le norme generali di diritto in materia".

²² E' stato rilevato, da taluni autori, che: <<dove vi è abuso non vi è diritto >>. Si veda Pellizzi, op. cit., 1077.

limiti a seguire le norme poste in essere dal legislatore. Il diritto – o meglio il diritto soggettivo – significa libertà garantita all'individuo da una norma giuridica e autorevoli autori²³ lo hanno definito come potere di volontà e di azione che la norma concede ad una parte nei confronti di uno o di tutti gli altri soggetti dell'ordinamento. L'abuso sembra, quindi, sottendere che l'esercizio di una pretesa o di una libertà garantita in astratto dal diritto oggettivo costituisca, nel caso concreto, un fatto illecito o comunque anti-giuridico, fonte di inefficacia dell'atto "abusivo" ovvero di responsabilità risarcitoria²⁴. In altri termini, l'istituto anzidetto è teso a colpire l'utilizzazione alterata – ma formalmente corretta – dello stesso diritto, qualora l'azione si prefigga il conseguimento di obiettivi diversi ed ulteriori rispetto a quelli indicati dal legislatore e, di riflesso, a quelli per cui le parti avevano negoziato le clausole contrattuali.

2. La concettualizzazione della figura dell'abuso del diritto presenta molteplici difficoltà, poiché il termine "abuso", quando ricorre nel nostro codice civile, è foriero di un significato dissimile da quello dell'istituto in commento²⁵. Le forme di controllo dei diritti soggettivi ascrivibili al nostro ordinamento sono riconducibili ad altri casi: su tutti il principio di buona fede e correttezza riguardo ai rapporti obbligatori – in particolar modo nella conclusione e nell'esecuzione di un contratto (artt. 1175, 1337, 1366, 1375 c.c.) – ed il divieto di atti emulativi in materia di proprietà (art. 833 c.c.).

Nella sentenza, in particolare, è stata sancita l'irrilevanza – per il diritto – delle ragioni che sono a monte della conclusione ed esecuzione di un determinato rapporto negoziale, poiché il giudice può farne oggetto di controllo, al fine di valutare se l'esercizio della facoltà riconosciuta all'autonomia contrattuale delle parti abbia operato in chiave elusiva dei principi di buona fede, lealtà e correttezza. Il principio massimato esprime un concetto molto lontano da quello sancito da altre pronunce

²³ Rescigno, *L'abuso del diritto*, cit., 13

²⁴ F. Santoro, Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1969, 76 s

²⁵ Si noti ad esempio l'art. 10 c.c. <<Abuso dell'immagine altrui>>, l'art. 105 c.c. <<Abusi dell'usufruttuario>>, l'art. 2793 c.c. <<Se il creditore abusa della cosa data in pegno, il costituente può domandare sequestro>>. Quest'ultimo articolo deve essere considerato secondo una lettura sinottica dell'art. 2792 c.c. che vieta al creditore l'uso della cosa e, pertanto, l'abuso consiste nella violazione di una regola espressa.

giurisprudenziali²⁶, secondo cui la violazione dei doveri di correttezza e buona fede – ove non fossero considerati in forma primaria e autonoma da una norma – costituivano solo un criterio di qualificazione e di valutazione del comportamento dei contraenti. La conseguenza era che un comportamento ad essi contrario non poteva essere reputato illegittimo e, quindi, fonte di responsabilità, se al contempo non avesse posto in essere la violazione di un diritto altrui, già direttamente riconosciuto da una norma giuridica. Con questa sentenza, la Suprema Corte dà continuità al moderno indirizzo secondo cui il principio di correttezza e buona fede, il quale «richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore»²⁷, deve essere inteso in senso oggettivo ed enuncia un dovere di solidarietà²⁸ fondato sull'art. 2 della Costituzione. Tale dovere – operando come un criterio di reciprocità – esplica la sua rilevanza 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 di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*²⁹.

2.1. E' di tutta evidenza, quindi, come la dottrina e la giurisprudenza non siano mai riuscite a convergere in una definizione unitaria della buona fede, ma quella che assume un maggiore rilievo, ai fini della presente trattazione, risulta essere la distinzione tra buona fede in senso oggettivo e soggettivo. Il legislatore, nel 1942, è stato attento a discernere il comportamento “secondo buona fede” da quello di “colui che è in buona fede”³⁰, cosicché nel primo caso si avrà una buona fede intesa quale fattiva cooperazione nell'interesse altrui (in senso oggettivo), cui fa da contraltare la buona fede consistente

²⁶ Cass. 20-07-1977 n. 3250 in *www.dejure.giuffre.it*.

²⁷ Si veda, in tal senso, la Relazione ministeriale al codice civile, in *www.altalex.com*.

²⁸ Viene sancito l'obbligo di ponderare gli interessi in gioco. Si veda L. Bigliazzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, 1988, 176.

²⁹ *Ex multis*, si consideri la nota di A. Quaranta, a margine di Cass. 08-02-1999, n. 1078, *Condizione risolutiva e recesso tra interpretazione e operatività della clausola* in *Rass. Dir. Civ.*, 2000, 895 s.

³⁰ Si veda, a titolo esemplificativo, da una parte gli artt. 1337, 1358, 1375 c.c., dall'altra gli artt. 534, 535, 1147 c.c.

nell'ignoranza di un fatto, provocata da un erroneo – o indotto dalle circostanze – apprezzamento della realtà (nozione soggettiva)³¹.

Ai fini di un approfondimento circa questo aspetto, si può constatare come la dottrina dell'abuso, nel campo dei diritti di credito, sembra collegarsi facilmente alle regole inerenti alla buona fede oggettiva ed alla correttezza nell'esecuzione dell'obbligazione. Con riguardo alla buona fede, rileva il comportamento tanto del creditore quanto del debitore – anche se la dottrina non è sempre stata unanime³² – mentre sembra che la correttezza – come principio legislativo *ex* art. 1175 c.c. – possa avere una maggior valenza se è riferita al creditore³³, dal momento che la condotta del debitore già si valuta secondo i criteri del buon padre di famiglia *ex* art. 1176³⁴ c.c. La Suprema Corte – nella sentenza in commento – ha voluto sottolineare come la mancanza della buona fede in senso oggettivo, espressamente richiesta dagli artt. 1175 e 1375 c.c. nella formazione e nell'esecuzione del contratto, possa rivelare un abuso del diritto, quando tenda a conseguire fini diversi da quelli per i quali il diritto stesso è stato conferito. In sostanza, l'obbligo posto dall'art. 1375 c.c. di eseguire il contratto secondo buona fede concorre a formare il contenuto legale del contratto ai sensi dell'art. 1374 c.c., cosicché la violazione del dovere di buona fede costituisca un inadempimento contrattuale e, in tale ottica, sia prospettabile il diritto al risarcimento per i danni subiti³⁵. E' evidente come la *ratio* riferibile alla pronuncia che si annota sia quella di conferire ai giudici il potere di contemperare i diritti e gli interessi delle parti in causa, in una prospettiva di equilibrio dei comportamenti economici³⁶. Tali argomentazioni sono in gran

³¹ L. Bigliazzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 158.

³² R. Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 558. L'autore sostiene che la buona fede *ex* art. 1375 c.c. riguarderebbe solamente la figura giuridica del debitore.

³³ Bigliazzi Geri, op. cit. 170.

³⁴ Rescigno, op. cit., 96 s

³⁵ M. Franzoni, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1999, 86 s.

³⁶ 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 sull'esercizio di 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

parte condivisibili, ma è necessario distinguere il ricorso del giudice alla clausola generale di buona fede dal giudizio di tipo equitativo, eccesso in cui cade sovente la giurisprudenza tedesca³⁷. Non deve essere, in altri termini, la fonte di specifici obblighi integrativi, ma un criterio volto a contenere le conseguenze negative di un'applicazione formalistica del diritto³⁸. Ai fini di una piena certificazione della nozione di buona fede come "oggettiva", è importante che non vengano considerati giudizi di valore caratterizzati dal ricorso all'etica ed alla morale³⁹, poiché la buona fede non può mai essere un criterio che plasmi l'esistenza di un rapporto obbligatorio in modo eteronomo, stante anche l'operatività del divieto di *venire contra factum proprium*⁴⁰. Come hanno già osservato illustri autori⁴¹, la clausola generale di buona fede contemplata nell'art. 1375 c.c. rientra nel novero delle funzioni demandate ai giudici⁴², ma è fondamentale comprendere che una clausola generale ha sempre una portata precettiva autonoma⁴³, ma non rappresenta una norma od un precetto generali⁴⁴. Il giudice, pertanto, può ricorrere ad una clausola generale per usare una discrezionalità di fatto, ma non una discrezionalità produttiva o integrativa di norme. Sempre seguendo le indicazioni di certa dottrina⁴⁵, si sottolinea come le clausole impartiscano al

economico in un libero mercato.

³⁷ Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 8.

³⁸ La precipua funzione della clausola della buona fede viene ad assumere il valore di indice di emergenza di taluni interessi, altrimenti destinati a non acquisire un risalto adeguato, se si seguisse una concezione formalistica del diritto. Bigliuzzi Geri, op. cit., 172.

³⁹ Bigliuzzi Geri, op. cit., 188.

⁴⁰ Mengoni, op. cit., 9.

⁴¹ S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 246 s. L'Autore 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.

⁴² M. Bianca, *Diritto civile*, III, 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.

⁴³ Nel caso in commento, il diritto sarebbe autonomo da una espressa previsione contrattuale, seguendo il dettato dell'art. 1375 c.c., a differenza di altre clausole generali (come quelle degli artt. 1337 e 2043 c.c.) in cui la portata precettiva è autonoma da una stretta previsione legale.

⁴⁴ Mengoni, op. cit., 9 s.

⁴⁵ Le clausole generali sono descritte come norme incomplete, poiché non hanno

giudice una misura – o meglio – una direttiva per la ricerca della norma di decisione, rappresentano – in sostanza – una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello preconstituito 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”⁴⁶. In particolare, mediante la clausola di buona fede, il giudice valuta un contratto secondo regole di comportamento dalle quali trae un criterio di interpretazione del regolamento negoziale, 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 l'intenzione comune delle parti – o i modi di esecuzione del contratto⁴⁷, nel caso sia necessario valutarne l'esattezza. E' opportuno evitare, quindi, che sotto l'aspetto della buona fede si insinuino un giudizio di equità finalizzato a modificare i regolamenti legali⁴⁸.

Il giudizio della Suprema Corte, per altri versi, ha avuto il merito di porre l'accento sul fatto che gli obblighi riconducibili alla buona fede oggettiva riguardino 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.) del contratto stesso, come alla formazione (1337 c.c.) ed all'interpretazione (1366 c.c.), con l'obbligo di accompagnarlo in ogni sua fase⁴⁹. La conseguenza è che la clausola generale di buona fede e correttezza è operante sia sul piano dei comportamenti del creditore e del debitore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio, – *ex* art. 1175 c.c. – sia sul piano del complessivo assetto di interessi afferenti all'esecuzione del contratto. In sintesi, si può affermare

una fattispecie autonoma, ma sono destinate a concretizzarsi nell'ambito dei programmi normativi di altre disposizioni. Si veda, a proposito, Mengoni, *op. cit.*, 11.

⁴⁶ Mengoni, *op. cit.*, 13.

⁴⁷ Alle clausole generali, viene così attribuita la funzione di conservare le aspettative fondate su modelli di condotta già consolidati dall'esperienza. Si veda Mengoni, *op. cit.*, 14 s.

⁴⁸ Bigliazzi Geri, *op. cit.* 184. L'autrice 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 degli usi (art. 1374 c.c.) e lo si interpreti secondo equità solamente quando il suo significato sia rimasto oscuro (art. 1371 c.c.).

⁴⁹ Cass. 05-03-2009, n. 5348, in *www.dejure.giuffre.it*

più semplicemente che il principio di buona fede e correttezza, riconducibile ad una clausola aperta e generale del sistema, si estrinsechi in un ambito che riguarda tanto la fase statica, quanto la fase dinamica del rapporto obbligatorio⁵⁰.

2.2. In realtà, è opportuno considerare alcuni spunti di riflessione circa la differenza che intercorre tra buona fede e abuso del diritto, che la sentenza tende a confondere. Come si è rilevato⁵¹, nel caso in cui il controllo in merito all'esercizio del diritto venga filtrato attraverso il canone della buona fede, non rileva lo scopo per il quale tale esercizio avvenuto, bensì le modalità con le quali esso si è realizzato⁵². Al contrario, l'applicazione dell'abuso del diritto si concretizza in un controllo sulla causa dell'atto di esercizio, perché mira a conservare lo scopo e l'utilità che l'ordinamento configura al titolare della situazione giuridica attiva. Su questa sottile, ma fondamentale distinzione si sviluppano ulteriori problemi in ordine ai rimedi conseguenti alla prospettazione dell'uno o dell'altro istituto. Difatti – senza pretese di esaustività – va segnalato che per la buona fede è prevista una tutela di tipo risarcitorio, mentre per l'abuso sembra configurarsi una responsabilità di tipo reale⁵³.

Nell'attuale dibattito sulla materia, si profila una situazione di abuso quando la libertà garantita dalla norma può dar luogo a responsabilità e, in tal modo, si conferisce alla libertà ed al potere un limite che è sempre sembrato piuttosto vago. Occorre controllare, pertanto, un'eventuale deviazione dell'esercizio del diritto rispetto allo scopo (come è stato detto poc'anzi) per il quale il diritto stesso è stato attribuito⁵⁴.

Il comportamento del singolo può oltrepassare la sfera del diritto soggettivo esercitato, quando si pone in contrasto con gli scopi etici e sociali per cui lo stesso diritto viene riconosciuto e protetto dall'ordinamento

⁵⁰ Cass. 11-06-2008, n. 15476, in www.dejure.giuffre.it

⁵¹ G. D'Amico, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *I Contratti*, 2010, 22 s.

⁵² Un caso paradigmatico, probabilmente, è proprio il recesso *ad nutum*, in cui alcune modalità del recesso potrebbero qualificare come "sleale" la condotta del contraente.

⁵³ U. Breccia, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato*, 1997, III, Padova, 1998, 31 s.; D'Amico, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, cit., 23.

⁵⁴ D'Amico, op. cit., 17.

giuridico. I principi cardine che vengono posti in luce sono sia il dovere di solidarietà e la funzione sociale – rispettivamente codificati negli artt. 2 e 42 della nostra Costituzione – sia il rispetto dei diritti soggettivi assoluti. Questi parametri dovrebbero essere utilizzati dall'interprete per arginare il pericolo di "confusione" tra abuso del diritto e buona fede, dal momento che alcuni autori hanno asserito che il primo istituto è destinato a coprire un terreno già occupato dalla buona fede⁵⁵.

Data la difficoltà oggettiva di coordinare i principi in esame ad ogni caso concreto, è interessante segnalare come la Cassazione sia stata in grado di determinare quali siano i confini entro i quali la libertà e l'esercizio del diritto possano trovare spazio.

I giudici di legittimità hanno respinto la decisione della Corte di Appello, laddove quest'ultima aveva affermato che l'esercizio del potere di recesso, consentito dal contratto, non potesse formare oggetto di un controllo giurisdizionale⁵⁶. La Suprema Corte ha statuito che l'esercizio di una clausola che riconosca ad un contraente di recedere *ad nutum* dal contratto, debba avvenire nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza, anche al fine di riconoscere l'eventuale diritto al risarcimento del danno per l'esercizio di tale facoltà in modo non conforme a tali principi. Spetta al giudice valutare che l'esercizio del recesso non integri l'ipotesi di abuso di diritto, poiché la valutazione deve essere più ampia e rigorosa, laddove vi sia una provata disparità di forze fra i contraenti. Per maggiore chiarezza, va considerato che, nella fattispecie in esame, la Cassazione ha accolto il ricorso dei venditori di autovetture a cui "Renault Italia" aveva revocato la concessione per mezzo di un recesso *ad nutum*. La Corte ha valutato che i giudici di merito erano caduti in errore quando avevano affermato che l'esercizio del potere di recesso, consentito dal contratto, non potesse essere controllato dal giudice quanto a ragionevolezza, perché la valutazione

⁵⁵ Sacco, *Il diritto soggettivo. L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 2001, 373 s.

⁵⁶ Corte App. Roma, 18 gennaio 2005, n. 136, in D'Amico, op. cit., 13. L'autore riporta un passo fondamentale della sentenza di merito, ove i giudici affermano che: <<Vi è un'impossibilità di procedere ad un giudizio di ragionevolezza in ambito privatistico e, particolarmente, in ambito contrattuale (...) Solo allorché ricorrono contrasti con norme imperative, può essere sanzionato l'esercizio di una facoltà, ma al di fuori di queste ipotesi tipiche, normativamente previste, residua la ampia libertà della autonomia privata, che si è detto, costituisce la regola fondamentale>>.

sarebbe stata di natura “politica”. La ponderazione, quindi, deve essere effettuata in termini di “conflittualità”, poiché le parti sono portatrici di interessi contrapposti ed è necessario controllare la proporzionalità dei mezzi adoperati⁵⁷.

3. Il principio è chiaro: 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 – cui deve improntarsi il comportamento delle parti del contratto – solo perché i contraenti hanno previsto espressamente quella clausola, in virtù della loro libertà ed autonomia contrattuale. Per ragioni di completezza, segnaliamo che autorevoli autori⁵⁸ hanno sottolineato come la funzione del recesso nei contratti di durata – come nella fattispecie il contratto di concessione di vendita – sia quello di consentire ad una parte di sciogliersi dal rapporto nel caso in cui sia venuto meno il suo interesse, ovvero se risultino modificate in modo sostanziale le condizioni contrattuali⁵⁹.

Dalla sentenza annotata si evince che la Cassazione indica un principio condivisibile, in considerazione della tutela del contraente più debole e del rispetto delle clausole di buona fede e correttezza, che vengono messe in risalto quando statuisce che l'esclusione della valutazione della buona fede oggettiva e della rilevanza dell'eventuale esercizio del recesso costituirebbero che il recesso *ad nutum* si trasformi in un recesso, arbitrario, cioè *ad libitum*, di sicuro non consentito dall'ordinamento giuridico.

⁵⁷ Si noti come la verifica del carattere abusivo della condotta del contraente “forte” possa prescindere dal dolo, qualora la Corte rilevi una provata disparità di forze, che implichi un controllo rigoroso da parte del giudice.

⁵⁸ G. De Nova, *Recesso*, in *Dig. disc. priv., sez. cin.*, Torino, 1998, 315 s. Se consideriamo il ragionamento dell'Autore, possiamo osservare come, nella fattispecie concreta del caso commentato, non siano presenti le motivazioni esplicative inerenti allo scioglimento del contratto e, oltretutto, il recesso è stato esercitato in modo del tutto disinteressato degli interessi di controparte, dal momento che la decisione dello scioglimento del rapporto obbligatorio è stata comunicata solo pochi giorni prima dalla data dell'interruzione.

⁵⁹ D'Amico, *op. cit.*, 18. L'autore rileva come non possa censurarsi l'esercizio del diritto in ordine al profilo della “causa” che lo ha determinato, altrimenti si introdurrebbe un recesso “causale” ad opera del giudice, in luogo di un recesso *ad nutum*.

L'enunciato sembra, però, proporre una distinzione quasi "metagiuridica", dal momento che non tutti i tribunali italiani hanno qualità di esegeti, tali da cogliere in modo esaustivo la dissomiglianza tra il termine latino *libitum* (voglia) e *nutum* (cenno). Per un approfondimento inerente ai passaggi che un giudice-interprete dovrebbe seguire, si valuta: 1) l'accertamento che una determinata condotta ricada nell'ambito di un diritto soggettivo riconosciuto dall'ordinamento, ma contrasti con qualche criterio (sociale, morale o giuridico); 2) la correzione del comportamento che permette l'esercizio "abusivo" del diritto, restringendone l'ambito di applicazione. A questo punto il giudice-interprete si troverebbe nella condizione se non di formulare una norma implicita, quantomeno di tracciare il solco di un comportamento sanzionabile e, in tal caso, si porrebbero numerosi problemi nello stabilire l'argine tra la certezza del diritto e l'autonomia del giudice di valutare la fattispecie concreta.

Autorevole dottrina⁶⁰ ha osservato come, anche nei paesi in cui vi è stata un'esplicita codificazione del divieto dell'abuso del diritto, sia la dottrina, sia la giurisprudenza si siano adoperate per circoscriverne – e spesso neutralizzarne – l'ambito di operatività, che veniva qualificato mediante altri parametri meno evanescenti e più consolidati nella pratica giurisprudenziale.

E' importante, quindi, considerare l'abuso del diritto innanzitutto come problema sociale, poiché è innegabile che un diritto possa essere esercitato dal titolare in modo difforme dai motivi per cui gli è stata concessa tutela legislativa. Si registra qualche riserva quando il fenomeno viene compreso in un alveo che non sembra ancora appartenergli pienamente: quello del diritto positivo, in particolar modo quando incide sull'esecuzione del contratto, anziché limitarsi ad un contemperamento delle forze contrattuali *ab origine*. Come è stato autorevolmente sostenuto⁶¹, chi acquista la titolarità di un diritto, anche a contenuto meramente patrimoniale, non gode solo dell'utilità corrispondente al valore economico del diritto stesso, ma acquista, altresì, il valore derivante dalla soddisfazione di sapere che la propria posizione è

⁶⁰ G. Pino, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2004, 56 s.; S. Patti, *Abuso del diritto*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Torino, 1987, 2 s.; R. Sacco, *Il diritto soggettivo. L'esercizio e l'abuso del diritto*, cit., 319 s.

⁶¹ N. MacCormick, *Rights, Claims and Remedies*, in *Law and Philosophy*, 1982, 341: <<That I have a right to do something implies at least that doing it is not wrong>>.

regolare. Se la disciplina dei diritti è rimessa ad un congiunto di regole significa – quantomeno in linea teorica – che l'interprete giuridico non possa prendere in considerazione altri fattori come l'interesse sociale, la ponderazione di interessi, o l'equità del caso concreto (soprattutto perché non è stato deliberatamente previsto dal legislatore). E' stato notato, infatti, come la teoria dell'abuso del diritto abbia un'applicazione alquanto ristretta nel nostro codice civile per quanto concerne l'art. 833 sul divieto di atti emulativi⁶². Questa considerazione vuole evidenziare, ancora una volta, come la legge affidi ai giudici la funzione di applicare il diritto e non di crearlo o modificarlo in base ad ogni situazione in esame. Sembra difficile, nel caso di specie, delimitare in modo esaustivo il confine tra la morale ed il diritto, cosicché è preferibile ancorarsi ai principi cardine del nostro codice di diritto privato: la libertà individuale e – soprattutto – la certezza del diritto.

In particolare, per quanto concerne il recesso *ad nutum*, la legge ha stabilito la “libera recedibilità”⁶³ da un rapporto a tempo indeterminato, in luogo di una “recedibilità legata ad una causa” e, pertanto, è tautologico che il legislatore abbia valutato tale forma come la più aderente alla fattispecie in esame⁶⁴. La sentenza sembra, invece, alterare – se non sovvertire – tale principio, introducendo una sorta di sindacato sulla causa del recesso non prevista dal legislatore⁶⁵.

Per tali ragioni – anche alla luce del ragionamento prima sviluppato circa lo “scopo” che sottende sempre all'abuso del diritto – non sembra essere

⁶² Viene rilevato come, nell'articolo in esame, la condotta del titolare del diritto venga qualificata come abusiva solo nella misura in cui tale condotta sia stata diretta intenzionalmente a causare un danno ad altri. << Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri >>. A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995, 482.

⁶³ D'Amico, op. cit., 17.

⁶⁴ E' stato notato come il legislatore permetta il recesso *ad nutum*, proprio perché ritenga di poter attenuare la forza vincolante del contratto, senza scaturire pregiudizi di interessi particolarmente rilevanti sotto il profilo socio-economico. F. Roselli, *Il recesso dal contratto*, in *Trattato di diritto privato XIII*, diretto da M. Bessone, Torino, 2002, 276 s.

⁶⁵ D'Amico, op. cit., 17 s. << 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 >>.

conciliabile un controllo basato sul criterio dell'abuso del diritto con la previsione di un recesso *ad nutum* (che non è un recesso qualificato per antonomasia).

4. Sono state avanzate numerose obiezioni nei confronti degli interpreti più recalcitranti ad un'estensione del divieto di abuso del diritto. Alcune osservazioni⁶⁶, peraltro sensate e strutturate su solidi argomenti giuridici, hanno contestato chi assumeva una presunta antinomia tra abuso e contratto, evidenziando – in modo pertinente – come esista una commistione tra la disciplina ascrivibile alla macrocategoria dei contratti e la necessità di vietare le condotte abusive⁶⁷. Non sembra 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 dell'abuso del diritto nei rapporti dominati dall'organizzazione degli interessi⁶⁸, soprattutto quando si tende a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, come statuito nel secondo comma 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 – come nel caso in commento – quando si tratta di un contratto sinallagmatico liberamente stipulato da due soggetti.

Nel quadro in cui si collocano le adesioni alla sentenza annotata, si è riscontrato un consistente entusiasmo in merito alla capacità dei giudici di legittimità di compiere un ragionamento avulso da concetti obsoleti e retorici⁶⁹.

Sicuramente va dato atto alla Cassazione di aver alimentato un dibattito stimolante, ma, in considerazione delle recenti statuizioni dei giudici di

⁶⁶ F. Macario, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corriere giuridico*, 2009, 1582 s.

⁶⁷ F. Di Marzio, *Abuso contrattuale*, in *Enciclopedia giuridica* I, Milano, 2007 1 s.

⁶⁸ Rescigno, op. cit., 142 s. 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.

⁶⁹ Macario, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, cit., 1587. L'autore auspica che i giudici siano sempre capaci di pervenire ad una ricostruzione fattuale, al fine di applicare correttamente le norme in un dato contesto.

legittimità⁷⁰, si nota che si sta aprendo un varco nel nostro ordinamento giuridico, all'interno del quale si inizia a dare cittadinanza al principio secondo cui i giudici hanno il potere di modificare od integrare il regolamento negoziale pattuito liberamente dalle parti. E' proprio questa la precipua incertezza che può sorgere dalla lettura della sentenza: come si coordina tale principio con l'autonomia contrattuale prevista dall'art. 1322 c.c. e con l'immutabilità del contratto, se non in forza del mutuo consenso o delle cause ammesse dalla legge, come stabilito nell'art. 1372 c.c.?

Le motivazioni della Corte sono piuttosto carenti soprattutto in merito al rapporto tra buona fede ed abuso del diritto. I giudici compiono un volo pindarico quando asseriscono che il << criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva è quello dell'abuso del diritto >>. Sembra, infatti, che tale asserzione non sia adeguatamente corroborata né da riferimenti normativi né da argomenti di "ermeneutica giuridica", come abbiamo esaminato in precedenza.

E' assente, quindi, un esplicito discernimento tra la figura dell'abuso del diritto e quella della buona fede.

Un altro dato che viene proposto è che la buona fede e la correttezza siano state già catalogate dalla recente giurisprudenza di legittimità come espressioni di un principio generale di solidarietà sociale⁷¹ e sono entrate a tutti gli effetti nel tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico. Ma questo approccio risulta largamente condivisibile se si decide di sposare la concezione del diritto soggettivo come interesse protetto dall'ordinamento, dal momento che la traduzione dell'interesse in termini oggettivi ed astratti ha l'effetto di aprire la strada alla possibilità di controlli e limiti sulle modalità di esercizio dei diritti da parte dei privati, in previsione della conformità dell'effettivo esercizio del diritto all'interesse astratto sotteso al diritto stesso. In quest'ottica il diritto soggettivo verrebbe inquadrato in un'ottica quasi teleologica⁷², tale da trascendere l'utilità individuale del

⁷⁰ *Erga omnes*, Cass. s.u. 15-11-2007, n. 23726, in www.dejure.giuffre.it. La Corte asserisce che: << il criterio della buona fede costituisce, quindi, uno strumento, per il giudice, finalizzato al controllo – anche in senso modificativo o integrativo – dello statuto negoziale e ciò quale garanzia di contemperamento degli opposti interessi >>.

⁷¹ Cass. 15-02-2007, n. 3462, in www.dejure.giuffre.it

⁷² G. Pino, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2004, 36 s.

singolo titolare del diritto, riportandolo – al contrario – ad una funzione sociale (come stabilito negli artt. 2 e 3 della nostra Carta Costituzionale). In tal modo, il principio di buona fede, che costituisce specificazione del principio costituzionale di solidarietà, si pone come valore sia nel sistema dei rapporti umani, sia in quello dei rapporti patrimoniali, cosicché l'intero sistema delle relazioni debba essere governato dalla lealtà dei soggetti interessati. In questo caso la solidarietà si dovrebbe considerare una regola di chiusura, nella misura in cui garantisca da un lato la realizzazione completa dell'operazione economica posta in essere dalle parti, dall'altro – e qui sorgono i maggiori problemi interpretativi – l'allineamento del regolamento contrattuale alle finalità di ordine sociale perseguite dall'ordinamento.

In un moto teso al contemperamento di una improduttiva contrapposizione tra difensori della libertà individuale e sostenitori della funzione sociale delle norme legislative, l'opinione in commento concorda con la semplice, ma altrettanto logica teoria che evidenzia la “giustificazione del diritto⁷³”, ossia che la norma giuridica possa consistere tanto nell'assicurare una sfera di autonomia al titolare del diritto, quanto nel perseguire un interesse giudicato meritevole. Il problema assume rilevanza quando il legislatore non traccia in modo netto ed inequivocabile i confini entro i quali si può sviluppare un diritto e si viene a creare – come si evince da una felice locuzione dottrinale – un cattivo esercizio di un potere discrezionale⁷⁴. Da un punto di vista storico e – se vogliamo – statistico, l'istituto dell'abuso del diritto è stato prospettato e chiesto in difesa dei contraenti più “deboli” proprio quando il legislatore si era dimostrato carente nell'esplicazione delle modalità di esercizio di un determinato diritto. Autorevoli autori⁷⁵ hanno notato come un tipico esempio in cui viene lasciata una parte del rapporto obbligatorio “in balia della controparte” è

⁷³ Pino, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, cit., 37.

⁷⁴ M. Taruffo, *Elementi per una definizione di “abuso del processo”*, in *Dir. Priv.*, 1997, 442.

⁷⁵ Pino, cit., 39 s. Oltre alla suindicata fattispecie l'Autore ha evidenziato altri esempi in cui non erano specificate in maniera compiuta le modalità di esercizio di un diritto: <<Il proprietario ha il diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico (art. 832 c.c.)>>; oppure: <<Il creditore ha il diritto di esigere l'esatto adempimento della prestazione dedotta in contratto>>.

proprio il *recesso ad nutum*.

L'opzione più logica per riuscire a trarre delle conclusioni da questo annoso dibattito sembra essere quello di bilanciare o ponderare i principi in conflitto⁷⁶. Ma, utilizzando un sano realismo, si può notare come un diritto soggettivo possa trovare la propria ragion d'essere in una pluralità di principi e, pertanto, si può utilizzare più di un principio giuridico per ogni fattispecie in esame. Per questi motivi, sembra incontrovertibile l'affermazione di chi sostiene che la caratteristica principale del divieto di abuso di diritto consista nell'attribuzione di un notevole grado di discrezionalità all'interprete⁷⁷. Ma questa discrezionalità – nel caso della *Renault* – finisce per essere trasferita al giudice, il quale diviene titolare di un potere di etero-integrazione del diritto, cosicché debba ricorrere a giudizi di natura “morale” sul caso concreto, altrimenti non sarebbe possibile prevedere la figura dell'abuso di diritto.

A conferma delle oggettive difficoltà di inquadrare l'istituto in commento in una cornice unitaria, si dà rilievo sia a quegli autori che esprimono qualche riserva sulla possibilità di chiarire e concettualizzare una formula normativa così problematica⁷⁸, 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 idiosincratici⁷⁹.

Un brocardo da tenere in considerazione dovrebbe essere quello che recita: “*qui iure suo utitur neminem laedit*”. Chi è titolare di un diritto, quindi, non può incorrere in qualche responsabilità solo perché decide di esercitare legittimamente tale diritto, ma magari viola un principio implicito, insito nell'ordinamento. In questo caso si qualificerebbe danneggiante – che dovrà rispondere per fatto illecito – colui che ha agito *iure*, nell'esercizio del proprio diritto, ma che ne ha “abusato”.

In sostanza, per qualificare un atto come abusivo, sembra logico che debbano ricorrere due requisiti congiunti: 1) l'*animus nocendi*, di carattere soggettivo, consistente nell'intenzione di arrecare pregiudizio o addirittura molestia ad altri, da parte del titolare di un diritto; 2) la totale assenza di

⁷⁶ F.D. Busnelli, , *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Dir. Priv.* 1997, 172 s.; E. Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 185 s.

⁷⁷ Pino, op. cit., 55.

⁷⁸ C. Scognamiglio, *Ingiustizia del danno*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1996, 11 s.

⁷⁹ Pino, op. cit., 60.

utilità che derivi al titolare del diritto dall'esercizio in concreto di quest'ultimo, che deve essere valutato secondo criteri oggettivi. Queste condizioni, difatti, devono essere imprescindibili, se si vuole accogliere l'esistenza dell'istituto in commento, perché sono analoghi agli elementi costitutivi degli atti emulativi o dei principi di buona fede e correttezza, secondo il già citato e per certi versi discutibile (come si è prima notato) rapporto *genus ad speciem*, che intercorre con il divieto di abuso del diritto⁸⁰.

Appare piuttosto difficile – ancora una volta – tracciare il confine oltre il quale il giudice non possa pronunciarsi e sembra arbitraria e labile 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. E' razionale concordare, in sostanza, con la previsione del divieto dell'abuso del diritto in tutte le fattispecie in cui si preveda una reale ed oggettiva disparità tra le parti, come sancisce la nostra Costituzione. Parrebbe una forzatura, però, l'estensione di tale principio nei meandri dell'autonomia contrattuale e del libero scambio, non tanto per questioni di principio dottrinali – dal momento che è sempre auspicabile la tutela della parte più debole di un rapporto giuridico – quanto per mere ragioni pragmatiche, poiché si verrebbe a creare un'ipertrofia di contenziosi demandati ai giudici, senza che sia stato prefigurato il minimo contrasto con norme imperative. La soluzione più logica e, soprattutto, più aderente ai nostri principi legislativi, è quella di utilizzare esclusivamente il criterio della buona fede oggettiva.

Il rischio concreto, di cui può essere pioniere la sentenza in commento

⁸⁰ Bisogna notare come, nella sentenza che si annota, la Cassazione abbia accostato l'abuso del diritto alla buona fede, quando ha asserito che quest'ultima si espliciti: <<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 di quanto espressamente stabilito dalla legge>>. Giova ricordare, invece, come precedenti pronunce giurisprudenziali avessero qualificato la buona fede in modo piuttosto differente come: <<Atteggiamento di cooperazione e di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di tenere, al di là degli specifici obblighi scaturenti dal vincolo contrattuale e dal dovere del *neminem laedere*, quei comportamenti che senza comportare apprezzabile sacrificio a suo carico risultino idonei a salvaguardare gli interessi dell'altra parte>>. Si veda, a riguardo, Cass. 07-06-2006, n. 13345; Cass. 11 gennaio 2006, n. 264, in www.dejure.giuffre.it

con un effetto dirompente, è quello di veder pregiudicata la libertà negoziale ed economica. Il divieto di abuso del diritto, infatti, ha giustamente lasciato spazio ai principi di correttezza e buona fede, quando ad esempio le banche esercitano il recesso *ad nutum* in relazione ad un'apertura di credito⁸¹, creando serie difficoltà economiche al contraente. Ma l'abuso del diritto difficilmente può essere assunto come criterio rivelatore della violazione dell'obbligo della buona fede oggettiva in tutti i contratti a prestazione sinallagmatica.

E' giusto – si ribadisce ancora – il perseguimento dell'equilibrio e della correttezza dei comportamenti economici, ma tale principio non può sopprimere i diritti e i poteri nascenti da un contratto stipulato liberamente e soprattutto estraneo alle fattispecie tipiche previste dal legislatore, il quale – esercitando proprio il suo potere discrezionale – 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.

⁸¹ Si veda Cass. 13-04-2006 n. 8711, in *www.dejure.giuffre.it*, dove si è avuta un'utilizzazione del principio di buona fede in funzione di controllo (o limitazione) degli effetti del recesso da contratti bancari: in particolare, il recesso della banca dall'apertura di credito, operato in base ad una clausola contrattuale che lo consenta anche in difetto di giusta causa, giustifica solo il rifiuto di pagare gli assegni del cliente pervenuti successivamente, sulla base dell'affidamento revocato, ma non costituisce valida ragione per rifiutare al correntista di effettuare il deposito della provvista occorrente per il pagamento di essi. Nella sentenza da ultimo citata, «quest'ultimo comportamento - se posteriore al recesso dall'apertura di credito e come tale influente nella valutazione della non arbitrarietà dello stesso - va pertanto valutato alla luce del principio di buona fede, al fine di stabilire se, nel bilanciamento dei contrapposti interessi contrattuali, vi siano validi motivi per giustificare il recesso dal contratto di conto corrente senza quel preavviso che consenta al correntista di limitare i danni alla sua reputazione commerciale, al tempo stesso garantendo l'azienda di credito - con l'offerta della provvista - da qualsiasi rischio»; In tema di recesso dal contratto di apertura di credito si segnala anche Cass. 7-03-2008 n. 6186, in *www.dejure.giuffre.it*, secondo la quale la parte che assume l'illegittimità del recesso, anche per contrarietà a buona fede, ha l'onere di enunciarne le ragioni e di fornire la relativa prova. Nella sentenza in epigrafe, la Suprema Corte qualifica in termini di abuso del diritto l'esercizio di un potere o di una facoltà in modo contrario a buona fede e, soprattutto, riconosce una tutela specifica che si concreta nella inefficacia degli atti compiuti in violazione del divieto di abuso del diritto ovvero nella condanna al risarcimento dei danni.

Non sarebbe auspicabile, infatti, che dalla certezza del diritto si approdasse all'incertezza del giudizio. Nella sentenza⁸², 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 – sicuramente più consona per un contratto sinallagmatico, afferente alla condotta di operatori commerciali – senza necessità di commistione con l'istituto anzidetto.

⁸² Si noti come la sentenza affermi 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 smentirsi asserendo che: <<Nel nostro codice non esiste una norma che sanzioni, in via generale, l'abuso del diritto>>.