



## TRATTI ESSENZIALI DEL MODELLO DELL'ABUSO DEL DIRITTO NEI SISTEMI GIURIDICI EUROPEI E NELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO\*

ANTONIO LAS CASAS

SOMMARIO: 1. Il modello dell'abuso del diritto nei sistemi europei – 2. Le origini – 3. Il modello dell'abuso nelle codificazioni europee – 4. L'abuso del diritto nel sistema francese. – 5. segue: la dottrina francese sull'abuso – 6. L'abuso nel sistema tedesco – 7. L'abuso nel diritto inglese – 8. L'abuso nell'ordinamento comunitario.

1. Numerosi sistemi giuridici europei conoscono regole codicistiche che espressamente stabiliscono il divieto di abuso del diritto, definendone, come si vedrà, in vario modo i criteri identificativi.

Nel caso della Francia, com'è noto, all'assenza di norme del *code civil* che si esprimano in termini di abuso del diritto (se si fa eccezione per alcune norme in tema di usufrutto o esercizio della potestà parentale, che, per comune opinione degli autori, utilizzano il termine abuso in modo non coerente con la nozione generale dell'abuso del diritto elaborata dalla giurisprudenza), si correla tuttavia una significativa attività della giurisprudenza (i cui arresti più celebri in materia risalgono alla seconda metà del XIX secolo) che, unita ad uno spiccato interesse della dottrina per il tema, inducono a considerare il Paese come la “patria” dell'abuso del diritto.

Nel complesso, uno sguardo al panorama europeo consente di affermare che il divieto di abuso è un modello noto e relativamente sperimentato nella maggior parte dei sistemi<sup>1</sup> ed ha svolto un ruolo rilevante anche nella giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia.

I diversi formanti, all'interno di ciascun sistema, accolgono tuttavia il modello dell'abuso in modo disomogeneo. Alla recezione espressa ed in termini generali del divieto di abuso del diritto (non limitato quanto al contenuto del diritto, ma riferito in generale a qualunque diritto soggettivo) da parte del formante legislativo entro alcuni sistemi, non corrisponde il successo del paradigma dell'abuso come modello di

---

\* Il presente saggio è riprodotto, con il titolo “*L'abuso del diritto nei sistemi giuridici europei e nell'ordinamento comunitario*” e senza il corredo di note bibliografiche, in M. BARCELLONA, “*L'abuso del diritto*” in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, Milano, in corso di pubblicazione, e viene qui pubblicato con l'autorizzazione dei curatori dell'opera.

<sup>1</sup> Per un quadro della presenza del modello dell'abuso nei sistemi europei si v. R. SACCO, *L'abuso del diritto*, in G. ALPA (et alii), *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco*, Torino, 2001, p. 313 e ss.



decisione da parte della giurisprudenza. Ciò emerge in modo evidente, come si vedrà più in dettaglio, soprattutto per il diritto tedesco, che stabilisce, al paragrafo 226 del BGB, un divieto generale di esercizio del diritto che abbia il solo scopo di nuocere ad altri, ma a tale previsione non fa seguire una prassi giurisprudenziale coerente. Molti dei casi nei quali sia in questione un esercizio irragionevolmente dannoso del diritto vengono infatti risolti in realtà ai sensi del dovere di *Treu und Glauben* del par. 242 del BGB o, in misura minore (ed in epoca più risalente), ai sensi del par. 826 BGB (che obbliga al risarcimento per il danno cagionato intenzionalmente in violazione dei *gute Sitten*), così condannando ad un progressivo deperimento la norma del par. 226, oggi considerata “lettera morta”<sup>2</sup>.

All'inverso, nel diritto francese, come si è detto, all'assenza di qualunque declamazione in termini di divieto di abuso entro il formante legislativo, corrisponde una rilevante elaborazione dottrinale a sua volta stimolata da una prassi della giurisprudenza che ha offerto spunti significativi.

Si distingue, entro questo panorama, il *Common Law* inglese che respinge espressamente la possibilità di sindacare la meritevolezza di tutela di un atto, altrimenti lecito, scrutinandolo dal punto di vista dell'*abuse of right*, soprattutto qualora il paradigma dell'abuso venga fatto operare secondo il criterio più risalente, e però non esclusivo, dell'intenzione di nuocere.

Il tema dell'abuso del diritto, piuttosto, rispetto al *Common Law*, non diversamente da quanto accade a concetti ad esso in qualche modo contigui ed egualmente estranei alla “semantica” di quella tradizione<sup>3</sup>, sollecita la ricerca di quegli “equivalenti funzionali”, mediante i quali i giudici inglesi, avvalendosi di concetti giuridici propri della loro cultura, possono raggiungere esiti probabilmente analoghi a quelli cui conduce il divieto di abuso nei diritti europei continentali<sup>4</sup>.

Le questioni che il divieto di abuso solleva nel panorama dei sistemi europei attengono in generale alla configurabilità di limiti o correttivi a criteri giuridici formali che (mediante l'attribuzione di “diritti soggettivi”, come avviene nella tradizione europea continentale, o sulla scorta di altri modelli di disciplina) qualificano come “permessi” certi comportamenti umani in vista del conseguimento di interessi del

---

<sup>2</sup> A. GAMBARO, *Abuso del diritto, II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. Giur.* I, Roma, 1988, p. 1 e ss.; ID. *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Cicu e Messineo*, Milano, 1995, p. 472 e ss.; F. RANIERI, *Norma scritta e prassi giurisprudenziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1972, p. 1216.

<sup>3</sup> Come ad esempio la buona fede precontrattuale, cfr. F. KESSLER, E. FINE, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study*, in *77 Harv. Law Rev.*, 1964, p. 401 e ss..

<sup>4</sup> In questa prospettiva v. A. DI ROBILANT, *Abuse of Rights: The Continental Drug and the Common Law*, in *61 Hastings L.J.*, 2009-2010, p. 687 e ss.



tutto individuali e insindacabili<sup>5</sup>. I limiti o correttivi che mediante la dottrina dell'abuso si vorrebbero imporre si presentano non analiticamente determinati dalle fonti formali del diritto e apparentemente in contrasto con esse e perciò vengono talvolta definiti “non formali”<sup>6</sup> ed i criteri di qualificazione dei comportamenti umani che da essi si traggono assumono caratteri di “atipicità”<sup>7</sup>.

L'accento sulla contrapposizione tra criteri giuridici formali ed espressi ed altri criteri di qualificazione dei comportamenti umani, la cui individuazione sarebbe affidata all'interprete, fa sì che il problema dell'abuso sollevi due tipiche questioni che ne hanno caratterizzato la vicenda concettuale: il problema del rapporto tra la “morale” fatta propria dalla legge e la “morale” tratta da altri sistemi sociali ai quali il paradigma dell'abuso sembrerebbe guardare, dato il carattere non analiticamente predeterminato dei criteri cui esso si affida e la natura extra-legale che essi sembrerebbero assumere; il problema, strettamente connesso al precedente, del rapporto tra fonte legale e fonte giudiziale<sup>8</sup>.

Tali aspetti, dal punto di vista comparatistico, probabilmente, contribuiscono a chiarire le ragioni per le quali il tema dell'abuso ha suscitato particolare interesse nell'ambiente francese, dopo la codificazione del 1804, in relazione all' “assolutismo” dei diritti ed all'ideale della mera funzione dichiarativa dell'interpretazione giudiziale che caratterizzano quella tradizione, mentre del tutto diverso è l'atteggiamento della dottrina di *Common Law*, non avvezza a ragionare in termini di diritti soggettivi e abituata ad un diverso ruolo del giudice, ma al tempo stesso ostile (più di quanto non

---

<sup>5</sup> Su tale “doppio livello” di valutazione della condotta come caratteristica propria del modello dell'abuso, v. da ultimo, diffusamente, F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2013, p. 75 e ss.

<sup>6</sup> V., dal punto di vista dell'ordinamento italiano, C. SALVI, *Abuso del diritto*, I) *Diritto Civile*, in *Enc. Giur.*, I, Roma 1988, p. 2; l'idea emerge anche in U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1958, p. 18 e ss.;

<sup>7</sup> Così, in prospettiva di teoria generale, M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004

<sup>8</sup> A. GAMBARO, *Abuso del diritto*, cit., p. 4; R. SACCO, *Abuso del diritto*, in *Digesto Discipline Privatistiche Sez. diritto civile*, Torino, 2012, *ad vocem*; sulla dottrina dell'abuso come mezzo per dar rilievo ad una morale correttiva della legge, si vedano le pagine che P. Rescigno dedica all'abuso del diritto “come problema teologico-morale”, e, successivamente, alla “moralità” dell'atto, nel quadro dell'illustrazione del filone “socialista” dell'abuso, ora in P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna 1998, p. 38 e ss. e 47-48; sull'alternativa tra carattere “estroverso” o “introverso” dei criteri di valutazione cui l'abuso fa riferimento, v. M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino 2011, p. 165 e ss.; ID. *L'abuso del diritto*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, seconda edizione, Milano, di prossima pubblicazione; sul problema giuridico dell'abuso come problema che chiama in causa la connessione tra sindacato in termini di abuso e poteri creativi del giudice, con riferimento alla scuola “del diritto libero” ed al codice civile svizzero, v. anche M. ROTONDI, *L'abuso di diritto. Aemulatio*, Padova, 1979, p. 196 e ss.; particolare rilievo assume, da questo punto di vista, l'esperienza svizzera, rispetto alla quale spicca la connessione tra l'art. 1 del codice civile (che attribuisce speciali poteri creativi al giudice in caso di lacune) e l'art. 2, che sancisce il divieto di abuso, v. *infra*, § 3; v. poi in generale sulla questione P. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 22 e ss.



lo sia, almeno a parole, la tradizione dei sistemi europei continentali), a contaminazioni “moralistiche” delle regole giuridiche<sup>9</sup>.

2. L'idea del divieto di abuso del diritto perviene alla cultura giuridica moderna attraverso la rielaborazione del concetto romano di *aemulatio* da parte dei giuristi dell'età del diritto comune<sup>10</sup>.

Per quanto le fonti in materia non siano univoche, sembra che nel diritto romano classico il termine *aemulatio* avesse un significato non corrispondente alla moderna idea di atti emulativi (delineata nel diritto italiano all'art. 833 del codice civile del 1942) e che volesse piuttosto indicare l'imitazione motivata da invidia e atta a suscitare risentimento, presentando così in comune con la moderna nozione di abuso soltanto una qualche rilevanza dell'intenzione malevola, come criterio per affermare l'immeritevolezza di tutela o l'illiceità di un atto altrimenti lecito.

Sembra che la regola sull'*aemulatio* riguardasse il diritto pubblico più che i rapporti tra privati e che essa fosse volta essenzialmente a proibire al privato l'edificazione di un *opus novum* (altrimenti consentita) quando l'opera fosse volta *ad aemulationem alterius civitatis* e quindi idonea a suscitare rivalità tra città<sup>11</sup>.

Da altre fonti, tuttavia, si ricavano indicazioni in merito all'esistenza di un divieto per il proprietario di compiere atti che, seppure astrattamente rientranti nell'ambito delle sue prerogative, fossero idonei a cagionare specifici danni ad altri proprietari, come nel caso dello *ius tollendi* e degli atti che comportassero la recisione di sorgenti d'acqua con pregiudizio di altri proprietari<sup>12</sup>.

Il diritto di proprietà dei romani, d'altra parte, anche sulla scorta delle fonti che sembrano negare la possibilità di sindacarne l'esercizio sulla base della eventuale intenzione malevola del proprietario, fu rappresentato come tendenzialmente assoluto e tale da non incontrare alcun limite nelle modalità intenzionalmente dannose del suo esercizio<sup>13</sup>.

Ciò non esclude, tuttavia, come la dottrina romanistica rileva, che, pur in assenza di un divieto generale di abuso, attraverso regole specifiche, soprattutto in

---

<sup>9</sup> In generale sulla questione, A. GAMBARO, *Abuso del diritto*, cit., p. 2; R. O'SULLIVAN, *Abuse of rights* in *8 Current Legal problems*, 1955, p. 61 e ss.; H. C. GUTTERIDGE, *Abuse of rights*, in *5 Cambridge L.J.* 22, 1933-1935, p. 22 e ss.; più in generale, in prospettiva comparatistica, v., poi, V. BOLGÄR, *Abuse of rights in France, Germany and Switzerland: a survey of a recent chapter in Legal doctrine*, in *35 La. L. Rev.*, 1974-1975, p. 1015 e ss.; D. J. DEVINE, *Some comparative aspects of the doctrine of abuse of rights*, in *Acta Juridica*, 1964, p. 148 e ss..

<sup>10</sup> V. SCIALOJA, *Aemulatio*, in *Studi Giuridici*, III, Roma 1932, p. 216 e ss.; M. ROTONDI, *L'abuso del diritto. Aemulatio*, cit., p. 36 e ss.; U. GUALAZZINI, *Abuso del diritto (diritto intermedio)*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 163 e ss.

<sup>11</sup> G. GROSSO, *Atti emulativi (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 27 e ss.; M. ROTONDI, *L'abuso del diritto. Aemulatio*, cit., p. 38 e ss.

<sup>12</sup> S. RICCOBONO, *La teoria dell'abuso del diritto nella dottrina romana*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"*, 5, 1939, p. 1 e ss.;

<sup>13</sup> V. SCIALOJA, *Aemulatio*, cit., p. 236 e ss.



epoca giustiniana, determinati comportamenti del proprietario ispirati dallo scopo di cagionare danno venissero sanzionati come illeciti, estromettendo in questo modo la rilevanza giustificatrice del principio, che pure emerge dalle fonti, *qui suo iure utitur neminem laedit*<sup>14</sup>.

Nell'età del diritto intermedio si approfondisce la materia dell'*aemulatio* nei rapporti di vicinato collegando comunque, almeno ai fini della giustificazione etica del divieto, il carattere emulativo dell'atto del proprietario alla presenza dell'*animus nocendi*, che assume rinnovato rilievo anche sulla scorta della morale cristiana<sup>15</sup>.

Si menziona così, ad esempio, il divieto di aprire vedute al fine di rendere possibili sguardi indiscreti sul fondo del vicino. Il fine malizioso viene tuttavia posto in correlazione col profilo della utilità dell'atto, legando i due aspetti nel principio "*Aut facio ad utilitatem meam et possum, aut ad aemulationem et inbonestam considerationem et non possum*", formulato da Baldo nel commento al caso appena menzionato dell'apertura della veduta sul fondo del vicino<sup>16</sup>. Si afferma così l'idea che la ragione del divieto degli atti di emulazione possa essere trovata nella inutilità dell'atto per il titolare del diritto, unita alla sua nocività per i terzi: *item quod alii noceat, et sibi non prosit, non licet* (Accursio).

Ciò conduce ad eludere la prova positiva dell'*animus* impiegando nella prassi, a dispetto dell'assunto secondo il quale *aemulatio non praesumitur* (*Opus in suo faciens, non praesumitur nocendi animo facere*, Alciato), l'assenza di utilità dell'atto per il suo autore come criterio dal quale evincere l'intenzione di nuocere e così l'abusività dell'atto (*Preasumitur si quis aliquod opus in suo agat non nocendi animo facere ... si aliqua utilitas sibi non resultet, non dicitur uti, sed abuti ad nocumentum tertii*, Alciato)<sup>17</sup>.

Si elabora in questo modo un sistema di presunzioni in base alle quali certe tipologie di atti di esercizio di diritti (essenzialmente il diritto di proprietà), dannosi per i terzi e connotati dall'inutilità per l'autore, vengono giudicati emulativi, come ad esempio: l'apertura di una veduta secondo modalità tali da danneggiare il vicino,

---

<sup>14</sup> M. BARTOSEK, *Sul concetto di atto emulativo specialmente nel diritto romano*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano e storia del diritto (1948)*, III, Milano 1951, p. 189 e ss.; per una trattazione generale di queste questioni v. ora F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino 2013, *passim*

<sup>15</sup> A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 474 e ss.; G. ASTUTI, *Atti emulativi (dir. intermedio)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 30 e ss.; U. GUALAZZINI, *Abuso del diritto (diritto intermedio)*, cit., p. 164 e ss.; "l'ideologia cattolica" avrà poi, in epoca contemporanea, un certo rilievo nella elaborazione della dottrina dell'abuso soprattutto in ambiente francese, cfr. P. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 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, com'è noto, quella "socialista" (termine da intendersi secondo le precisazioni dell'autore), v. ID. *op. cit.*, p. 43 e ss.

<sup>16</sup> Cfr. M. ROTONDI, *L'abuso del diritto. Aemulatio*, cit., p. 103 e ss.

<sup>17</sup> V. diffusamente V. SCIALOJA, *Aemulatio*, cit., p. 217 e ss.; M. ROTONDI, *L'abuso del diritto. Aemulatio*, cit., p. 95 e ss.



quando sarebbe stato possibile aprirla senza danni; erigere una costruzione inutile sul confine del fondo vicino; costruire mulini danneggiando mulini sottostanti. La tecnica delle presunzioni riesce così a far operare il divieto di atti emulativi in un modo che nei fatti prescinde dalla prova del dolo specifico dell'autore dell'atto e che prende la forma di un sistema di regole e limiti obiettivi all'esercizio del diritto di proprietà, che danno luogo ad una responsabilità sostanzialmente oggettiva<sup>18</sup>.

Una dottrina così formulata e affetta da una certa nebulosità non poteva incontrare il favore delle scuole di stampo illuminista che prepararono la codificazione francese. Essa infatti si presentava come una limitazione della libertà del proprietario, che contrastava con il carattere assoluto ed esclusivo del suo diritto che si voleva affermare con la codificazione, e, per di più, era affidata, almeno quanto alla 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.

Il *Code Napoleon*, infatti, non fa menzione del divieto né in sede di disciplina del diritto di proprietà né, tantomeno, rispetto all'esercizio dei diritti soggettivi in generale (in ciò seguito dal codice civile italiano abrogato). 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 *code* dedicò, ispirandosi alla *Coutume de Paris*, alle distanze legali e nelle prescrizioni di carattere amministrativo relative allo sviluppo urbanistico<sup>19</sup>.

Ciononostante, dopo la codificazione, la dottrina dell'abuso fiorì in Francia, dove fu oggetto di approfondite riflessioni della dottrina e di alcune pronunce della giurisprudenza che acquisirono grande notorietà. L'occasione per l'elaborazione della dottrina dell'abuso fu data dalla irrazionalità (o, se si preferisce, dall'ingiustizia) cui l'ampiezza della formulazione dell'art. 544 (che costruisce il diritto del proprietario in termini assoluti ed esclusivi), coniugata con l'efficacia scriminante dell'esercizio del diritto rispetto all'imputazione di responsabilità (*qui suo iure utitur neminem laedit*) dava luogo, determinando (almeno nelle declamazioni) una immunità generalizzata per le condotte del proprietario (rispetto alle quali la responsabilità aquiliana, dell'art. 1382 C.N., pur caratterizzata da un'analoga ampiezza, avrebbe dovuto rimanere inoperante).

Dall'esperienza francese si distinguono altre codificazioni che, al contrario, recepiscono espressamente il divieto di abuso del diritto, formulandolo in molti casi in termini generali e non con riferimento al solo esercizio della proprietà, ed ancorandone l'individuazione, come si vedrà, a vari criteri che vanno dall'intenzione

---

<sup>18</sup> A. GAMBARO, *Abuso del diritto*, cit., p. 3; M. ROTONDI, *L'abuso del diritto. Aemulatio*, cit., p. 107 e ss.;

<sup>19</sup> A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 476.



di nuocere, al superamento dei “limiti normali nell’esercizio del diritto”, alla contrarietà alla “buona fede”<sup>20</sup>.

3. Il modello dell’abuso del diritto viene recepito già nel codice prussiano del 1794 (*Allgemeines Landrecht für die königlichen Preussischen Staaten*) 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 scriminante dell’esercizio del diritto ai fini della responsabilità per danni extracontrattuali. Al paragrafo I.6.§ 36 si stabiliva infatti che l’esercizio del diritto esenta da responsabilità per i danni che ne derivino, secondo il noto schema delle cause di giustificazione (espresso dal principio *qui suo iure utitur...*). Al successivo I.6.§ 37, tuttavia, tale ordinaria efficacia scriminante dell’esercizio del diritto veniva esclusa per il caso in cui tra più modalità possibili di esercizio del diritto l’agente scelga una modalità dannosa per il terzo, con l’intenzione di danneggiarlo.

In tema di proprietà, dove, come si è visto, il tema del divieto di abuso risultava più familiare poiché era andato incontro ad una elaborazione dottrina più rilevante, i paragrafi I.8.§ 27 e I.8.§ 28 stabilivano che nessuno potesse abusare (*missbrauchen*) 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.

Se il *Code Napoleon* del 1804, come si è detto, rimane muto rispetto al problema dell’abuso, 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 del proprietario, dovesse ritenersi che l’atto fosse ispirato dalla intenzione di nuocere ad altri, successivamente indicata con nome di abuso del diritto (*abus de droit*).

Alcune importanti codificazioni novecentesche, forse anche sulla scorta dell’esperienza francese<sup>21</sup>, sancirono il principio estendendolo all’esercizio del diritto in generale.

Uno degli esempi principali è costituito dal codice civile tedesco entro il quale, come si vedrà più specificamente, all’espresso divieto di abuso del diritto sancito dal par. 226 (incentrato sull’intenzione di nuocere quale scopo esclusivo dell’atto di esercizio del diritto) si affiancano le norme del par. 826 (danno cagionato intenzionalmente in violazione del buon costume) e del par. 242 (dovere di buona fede in capo al debitore ed al creditore nell’adempimento dell’obbligazione).

---

<sup>20</sup> Per un quadro generale dei possibili criteri di identificazione dell’abuso, non limitato al diritto italiano, v. U. BRECCIA, *L’abuso del diritto*, in *Diritto Privato, III, L’abuso del diritto*, Padova 1997, p.18 e ss.; da ultimo R. SACCO, *Abuso del diritto*, in *Digesto, cit.*

<sup>21</sup> Ma sul punto si v. la diversa ricostruzione di P.G. MONATERI, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di Comparative law and Economics)*, in *Diritto Privato, III, L’abuso del diritto, cit.*, p. 92 e ss.



Una disciplina espressa dell'abuso, incentrata però su un criterio diverso da quello ancora tradizionale dello scopo soggettivo dell'agente, si trova nel codice civile svizzero (ZGB) del 1907 che, all'art. 2, stabilisce l'obbligo di agire "secondo la buona fede così nell'esercizio dei diritti come nell'adempimento degli obblighi", aggiungendo subito dopo che "il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge".

La norma si segnala per il collegamento che essa istituisce tra il parametro oggettivo della "buona fede" e l'abuso del diritto, ridimensionando così la rilevanza della intenzione di nuocere, criterio di carattere spiccatamente soggettivo che invece assumeva rilievo preminente nella prospettiva della *aemulatio*. La norma tuttavia non offre alcun criterio positivo di identificazione dell'esercizio abusivo del diritto, al di fuori del generale richiamo ai dettami della buona fede, e si limita a richiedere che l'abuso sia "manifesto" (*offenbar* o *manifeste*).

La dottrina e la giurisprudenza elvetiche intendono l'abuso in termini esclusivamente oggettivi, precisando che il suo accertamento non richiede un'indagine circa gli scopi soggettivi dell'autore dell'atto e collegando così il carattere abusivo dell'atto non all'intenzione di nuocere e nemmeno alla prova positiva della colpa ma a modalità di esercizio del diritto che siano tali da cagionare a terzi un danno irragionevole e ingiustificato rispetto al contenuto ed alle finalità del diritto esercitato ed all'interesse dell'autore dell'atto.

Ciò può dirsi quando all'atto di esercizio del diritto non corrisponde alcun interesse effettivo del titolare (è, ad esempio, il caso del muro elevato per far dispetto al vicino) o quando si dia una manifesta sproporzione tra l'interesse in concreto tutelato dal diritto che l'autore dell'atto invoca e l'interesse del terzo danneggiato (su queste basi, anche col conforto del carattere generale dell'obbligo di buona fede della prima parte della disposizione, si fonda la teoria della *imprevision* che attribuisce rimedi alla parte la cui prestazione contrattuale divenga manifestamente "excessive" rispetto a quella dell'altra per eventi sopravvenuti, straordinari e imprevedibili).

Altre tipiche applicazioni della regola sono volte a sanzionare comportamenti contraddittori del titolare del diritto che deludano affidamenti di terzi: chi abbia indotto la controparte del rapporto obbligatorio a non agire tempestivamente, lasciandole credere che non avrebbe invocato la prescrizione non può poi opporsi all'esercizio dell'altrui diritto eccependo che esso si sia prescritto; all'inverso, chi abbia fatto credere alla controparte che non avrebbe agito nei suoi confronti a tutela di un proprio diritto non può poi agire improvvisamente quando la controparte si creda legittimamente al riparo dall'azione. Altro caso di abuso del diritto viene



individuato nella condotta della parte che, dopo aver consapevolmente eseguito il contratto carente di requisiti di forma, pretenda di farne valere in giudizio la nullità<sup>22</sup>.

Degna di nota, poi, rispetto alle questioni che la dottrina dell'abuso solleva dal punto di vista del rapporto tra le fonti<sup>23</sup>, la norma dell'art.1 del codice elvetico, che attribuisce al giudice, in assenza di una regola che disciplini specificamente il caso da decidere, il potere di risolverlo applicando la regola che egli adotterebbe come legislatore<sup>24</sup>.

La regola sull'abuso, stabilita in termini generali all'articolo 2, se letta congiuntamente con la norma che immediatamente la precede, avrebbe teoricamente consentito al giudice svizzero ampi poteri di intervento, che tuttavia non sembrano essere stati esercitati, tanto che la dottrina nota come, malgrado tali condizioni in astratto particolarmente favorevoli, la disciplina dell'abuso sia stata applicata in Svizzera con una certa parsimonia<sup>25</sup>.

Una norma esattamente coincidente con quella del codice svizzero si trova nel codice civile turco del 1926, che ha riprodotto le principali norme del codice svizzero, compresa quella dell'art. 2 in tema di abuso, che tuttavia, nella versione adottata in Turchia precisa che la proibizione dell'abuso è rilevante soltanto in quanto dalla abuso derivi un danno nei confronti di un altro soggetto. La giurisprudenza, generalmente, interpreta la regola in modo corrispondente a quanto avviene in Svizzera<sup>26</sup>.

Il codice civile austriaco del 1916, all'art. 1295, comma secondo, stabilisce la responsabilità per i danni cagionati mediante l'esercizio di diritti che abbia il fine manifesto di ledere gli interessi altrui. Secondo il suo tenore letterale, la norma, la cui applicazione non è limitata all'esercizio del diritto di proprietà, non richiede la prova dell'intenzione di nuocere come unico motivo della condotta, limitandosi a richiedere che essa sia "manifesta". La giurisprudenza, tuttavia, probabilmente influenzata dalla vicina esperienza tedesca, dove il par. 226 BGB richiede l'intenzione di nuocere come motivo esclusivo dell'azione, è solita interpretare il carattere "manifesto" del fine malizioso secondo un significato corrispondente ad "esclusivo". Ciò ha suscitato le critiche di parte della dottrina che, analogamente a quanto si dice a proposito del par. 226 BGB, nota come la necessità della prova dell'intenzione di nuocere come motivo esclusivo per l'esercizio del diritto, rischia di rendere la norma sostanzialmente

---

<sup>22</sup> Sull'esperienza svizzera dell'abuso, v. in generale P. TERCIER, *L'abus de droit en droit privé suisse*, in M. ROTONDI, *Inchieste di diritto comparato. L'abus de droit*, Padova 1979, p. 441 e ss.; v., poi, V. BOLGÀR, *Abuse of rights in France, Germany and Switzerland*, cit., p. 1030 e ss.

<sup>23</sup> A. GAMBARO, *Abuso del diritto*, cit., p. 4

<sup>24</sup> V. M. COSTANZA, *I poteri creativi del giudice svizzero*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, I, p. 179 e ss.

<sup>25</sup> Così S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Digesto Discipline Privatistiche Sez. diritto civile*, Torino, 1987, p. 3.

<sup>26</sup> Cfr. J. VOYAME, B. COTTIER, B. ROCHA, *Abuse of rights in comparative law*, in *Abuse of rights and equivalent concepts: the principle and its present day application. Proceedings of the nineteenth Colloquy on European Law*, Strasbourg, 1990, p. 37.



ineffettiva. In epoche più recenti, tuttavia, la giurisprudenza ha applicato il divieto di abuso anche a casi rispetto ai quali il fine di nuocere non poteva considerarsi il motivo esclusivo dell'azione<sup>27</sup>.

Anche il codice civile greco del 1940, allo stesso modo di quello svizzero, valorizza la regola della buona fede oggettiva quale limite generale rispetto all'esercizio del diritto, senza tuttavia qualificare espressamente in termini di abuso la fattispecie dell'esercizio del diritto che ecceda tale limite. All'art. 281 esso stabilisce che l'esercizio del diritto è vietato quando ecceda manifestamente i limiti imposti dalla buona fede o dal buon costume o dallo scopo economico e sociale del diritto<sup>28</sup>.

Un modello simile è stato adottato dal codice civile portoghese del 1966 che, all'art. 334, ispirandosi al modello greco, qualifica illegittimo l'esercizio del diritto quando il titolare ecceda manifestamente i limiti imposti dalla buona fede, dal buon costume o dal fine sociale o economico del diritto.

Giurisprudenza e dottrina di entrambi i Paesi sono costanti nel caratterizzare questi criteri di controllo sull'esercizio del diritto in termini oggettivi, escludendo che possa avere rilevanza un'indagine sui motivi dell'atto o sulla colpa del suo autore<sup>29</sup>.

Le ipotesi principali di "esercizio illegittimo del diritto" in questi sistemi sono sostanzialmente corrispondenti a quelle già descritte con riferimento all'abuso nell'ordinamento svizzero e possono raggrupparsi attorno ad alcune ipotesi tipiche caratterizzate: dal *venire contra factum proprium* (eccepire la prescrizione dopo aver indotto la controparte a ritardare l'esercizio del diritto, facendo credere che non si sarebbe sollevata l'eccezione di prescrizione; esercitare improvvisamente un diritto quando si sia fatto credere alla controparte che non lo si sarebbe esercitato); dall'invocazione scorretta di vizi di forma; dalla sproporzione manifesta tra l'utilità conseguita dal titolare del diritto e il danno arrecato a terzi.

Il diritto spagnolo accoglie espressamente il modello dell'abuso nel codice civile così come riformato nel 1974, riferendolo anch'esso all'esercizio del diritto in generale ma identificandolo sulla base di criteri in parte diversi e più articolati rispetto a quelli da ultimo esposti.

Prima di essere specificamente disciplinato nel codice, tuttavia, l'abuso del diritto in Spagna è stato oggetto di importanti riflessioni della dottrina<sup>30</sup> e di una nota sentenza del Tribunale Supremo del 1944, che ne ha inaugurato l'applicazione da parte della giurisprudenza pur in mancanza di una norma espressa del codice.

In assenza di una specifica disposizione codicistica, tali prime riflessioni intorno alla nozione di abuso assumevano come punto di riferimento l'art. 1902 cod.

---

<sup>27</sup> J. VOYAME, B. COTTIER, B. ROCHA, *Abuse of rights in comparative law*, cit., p. 29 e ss.

<sup>28</sup> Sull'influenza che sulla redazione della norma hanno esercitato i modelli stranieri dell'abuso, v. S. WHITTAKER, R. ZIMMERMANN, *Good faith in European contract law*, Cambridge, New York 2000, p. 50 e ss.

<sup>29</sup> J. VOYAME, B. COTTIER, B. ROCHA, *Abuse of rights in comparative law*, cit., p. 37 e ss.

<sup>30</sup> V., in particolare, J. CALVO SOTELO, *La doctrina del abuso del derecho*, Madrid 1917.



civ., norma generale sull'illecito, che obbliga al risarcimento del danno causato da una azione od omissione con colpa o negligenza.

Le coordinate essenziali del problema, non diversamente da quanto è accaduto in altri ordinamenti, erano costituite dall'efficacia scriminante dell'esercizio del diritto ai fini dell'imputazione di responsabilità *ex art. 1902*, da un lato, e, dall'altro lato, dall'idea che l'intenzione di nuocere che eventualmente caratterizzi l'atto di esercizio del diritto sia tale da obliterare la rilevanza della causa di giustificazione.

Tale iniziale formulazione in termini "soggettivi", anche per l'influenza dell'art. 74 del progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti<sup>31</sup>, assunse, nelle prospettazioni della dottrina, contorni via via più oggettivi, privilegiando il riferimento ad indici quali l'estraneità dell'atto di esercizio alla finalità propria del diritto, la sua "antisocialità" o il superamento dei limiti imposti dalla buona fede.

La sentenza del Tribunale Supremo del 14 febbraio 1944, che, ribaltando il precedente orientamento giurisprudenziale, introduce espressamente ed in termini generali la dottrina dell'abuso nella prassi giurisprudenziale spagnola, ne individua i tratti essenziali<sup>32</sup>.

Il caso riguardava danni cagionati a terzi, mediante atti rientranti nell'esercizio di specifici diritti collegati all'utilizzo di beni immobili. Un consorzio era titolare di una concessione amministrativa per l'estrazione di sabbia in qualsiasi punto del litorale di Barcellona. In conseguenza dell'esercizio di tale attività di estrazione, che, secondo la ricostruzione del Tribunale, non eccedeva i "limiti legali" del diritto dell'agente, una centrale elettrica situata nelle vicinanze subì danni, dovuti al venir meno della protezione che la sabbia assicurava contro lo straripamento dei fiumi e l'azione del mare.

In relazione a questi fatti, il Tribunale formula la dottrina dell'abuso intendendola come base per l'imputazione di responsabilità civile a carico di colui che, nell'esercizio dei propri diritti, pur mantenendosi entro i "limiti legali" del diritto soggettivo, superi altri limiti di ordine "morale, teleologico e sociale", e "operando col supporto di una legalità esterna e di un apparente esercizio del diritto, oltrepassi i confini imposti allo stesso diritto dall'equità e dalla buona fede, con danno per i terzi e per la società". Questa sentenza rappresenta il passaggio dal rifiuto della dottrina dell'abuso da parte della giurisprudenza spagnola al suo riconoscimento in termini particolarmente ampi.

Gli elementi costitutivi dell'abuso vengono individuati: nell'esercizio apparentemente legittimo di un diritto; nella causazione di un danno rispetto ad un interesse non specificamente protetto da una prerogativa giuridica; nella immoralità o

---

<sup>31</sup> Sulla vicenda dell'art. 74 del progetto italo-francese di codice delle obbligazioni si veda, da ultimo, M. BARCELONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p.165 e ss.

<sup>32</sup> *Tribunal supremo*, 14 febbraio 1944, in *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1944*, N. 293, p. 160, sulla quale si v. OLIVA, *La teoría del abuso del derecho en el Tribunal Supremo*, in *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, 1944, p. 175 e ss.



antisocialità del danno, la quale può manifestarsi in forma sia soggettiva (quando il diritto è esercitato con l'intenzione di nuocere o senza un fine serio e legittimo) che oggettiva (quando il danno deriva da un eccesso o da un'anormalità nell'esercizio del diritto).

L'individuazione del danno quale elemento costitutivo viene spiegata col collegamento tra l'abuso e la norma generale in tema di responsabilità civile (art. 1902 cod. civ.). Al tempo stesso, però, la mancanza di una specifica protezione giuridica alla situazione lesa avrebbe la funzione di giustificare l'applicazione della dottrina dell'abuso che altrimenti sarebbe superflua, qualora l'interesse leso risultasse già autonomamente protetto. L'intenzione di nuocere, d'altra parte, non costituisce criterio essenziale per l'individuazione dell'abuso, nemmeno quando l'immoralità o antisocialità si configuri dal punto di vista soggettivo, risultando in questo caso comunque sufficiente la mancanza di un fine serio e legittimo. Dal punto di vista oggettivo, poi, la "anormalità" dell'atto di esercizio potrebbe di per sé bastare per configurare l'abuso.

Questo modello è stato successivamente applicato in numerose sentenze che hanno dato forma all'abuso come limite di carattere generale all'esercizio dei diritti ed hanno condotto al suo recepimento nel codice civile con la riforma del 1974.

La *Ley de Bases* per la modifica del codice civile del 1973 dichiarava nel preambolo di voler dare, mediante la riforma, espresso riconoscimento ad "alcuni principi generali quali quello della buona fede e della proibizione dell'abuso del diritto", in particolare quando esso fosse "manifesto" o l'esercizio del diritto presentasse carattere "antisociale". Su queste direttive si è redatto il nuovo testo dell'art. 7 del codice che prevede, al primo comma, che i diritti debbano esercitarsi in modo conforme alle esigenze della buona fede. Al secondo comma, con specifico riguardo all'abuso, esso stabilisce: "la legge non protegge l'abuso del diritto o il suo esercizio antisociale. Qualunque atto o omissione che per l'intenzione del suo autore, per il suo oggetto o per le circostanze entro le quali si realizza, oltrepassa manifestamente il limiti normali dell'esercizio di un diritto con danno per un terzo, darà luogo al corrispondente risarcimento e alla adozione delle misure giudiziali o amministrative che impediscano la continuazione dell'abuso".

Anche se la giurisprudenza ha più volte affermato che le ipotesi di abuso del diritto debbano considerarsi eccezionali<sup>33</sup>, la formulazione dell'art. 7 lascia al giudice ampi margini poiché fa riferimento ad una molteplicità di criteri, fra loro alternativi, in base ai quali il superamento dei "limiti normali" dell'esercizio del diritto (che nella struttura della norma costituisce il tratto essenziale dell'abuso) può realizzarsi anche mediante omissione e può desumersi da una molteplicità di indici di carattere sia

---

<sup>33</sup> Cfr. *Tribunal Supremo* 5 febbraio 1959 (in *Repertorio* n. 456); 7 febbraio 1964 (in *Repertorio* n. 631); 7 luglio 1980 (in *Repertorio* n. 3301).



soggettivo (l'intenzione dell'autore) che oggettivo (l'oggetto o le circostanze dell'atto di esercizio del diritto)<sup>34</sup>.

Anche il nuovo codice civile olandese, redatto in epoca relativamente recente, a differenza del suo predecessore, dedica una norma espressa all'abuso all'art. 13 del libro III (entrato in vigore nel 1992), il quale innanzitutto stabilisce che il titolare di un diritto non può esercitarlo fino al punto da abusarne. A tale previsione di carattere generale segue l'elencazione di alcuni casi significativi di esercizio abusivo del diritto. Vengono a tal fine richiamati, a titolo soltanto esemplificativo, l'esercizio del diritto col solo proposito di nuocere ad altri o per uno scopo diverso da quello in vista del quale il diritto è riconosciuto dalla legge o, ancora, in circostanze nelle quali il titolare non avrebbe dovuto ragionevolmente esercitarlo, data la sproporzione che l'interesse che l'esercizio del diritto soddisfa e il danno che esso causa a terzi.

La dottrina sottolinea il carattere meramente esemplificativo di tali casi e, coerentemente con l'attivismo dimostrato dai giudici olandesi prima che il divieto venisse codificato, prospetta uno spazio rilevante per l'elaborazione giurisprudenziale in materia<sup>35</sup>.

La norma dell'art. 3.13, recepisce indirizzi della giurisprudenza già sviluppatasi in assenza di una specifica prescrizione codicistica, che avevano fatto acquisire al divieto di abuso il rango di principio generale autonomo dalle regole in materia di responsabilità extracontrattuale. La giurisprudenza olandese, partendo da una nozione di abuso limitata al caso dell'esercizio del diritto fondato sul solo scopo di nuocere (accolta fino alla prima metà del XX secolo), ha rapidamente sviluppato criteri più ampi e di carattere obiettivo che sono stati sostanzialmente trasfusi (con rilievo tuttavia soltanto esemplificativo) nella nuova disciplina codicistica<sup>36</sup>.

Il divieto di abuso così tratteggiato dall'art. 3.13, secondo la materia oggetto del libro III (relativo ai diritti patrimoniali), nel quale esso è contenuto, dovrebbe essere essenzialmente riferito all'esercizio dei diritti patrimoniali. Tuttavia, il successivo art. 3.15 precisa che tale divieto si applica anche ad ambiti diversi dalle materie patrimoniali ed esso è infatti stato applicato anche nel campo del diritto processuale e dei rapporti di famiglia.

A differenza di quanto avviene generalmente negli altri sistemi europei, invece, il divieto di abuso, così come formulato dall'art. 3.13, non è destinato a trovare alcuna applicazione nel campo dell'obbligazione e del contratto, dove i problemi che

---

<sup>34</sup> Sull'esperienza spagnola dell'abuso, v. F. FERNANDEZ DE VILLAVENCIO, *El abuso del derecho en la doctrina y en la jurisprudencia españolas*, in M. ROTONDI, *Inchieste di diritto comparato. L'abus de droit*, p. 75 e ss.

<sup>35</sup> A. HARTKAMP, *Judicial discretion under the new civil code of the Netherlands*, 40 *Am. J. Comp. L.*, 1992, p. 551 e ss.;

<sup>36</sup> Sulla situazione precedente al nuovo codice v. C. J. H. BRUNNER, *Abuse of rights in Dutch law*, in 37 *La. L. Rev.*, 1976-1977, p. 729 e ss.



ad esso potrebbero in teoria essere affidati sono integralmente coperti dal rilevante ruolo che entro il diritto olandese svolge il criterio della buona fede<sup>37</sup>.

4. L'art. 544 del *code civil* definisce la proprietà come “il diritto di godere e di disporre delle cose nel modo più assoluto, purché non se ne faccia un uso proibito dalla legge o dai regolamenti”. Tale ampia portata del diritto sarebbe stata in grado di ricomprendere in astratto, legittimandoli, anche quegli atti di esercizio idonei a cagionare ad altri proprietari danni, atti ai quali aveva dato rilievo il modello risalente dell'*aemulatio*. La ricostruzione di tali atti, dannosi, come atti rientranti comunque nell'esercizio del diritto, avrebbe condotto, in forza dell'immunità conseguente al principio *qui suo iure utitur*, alla conclusione che l'atto dannoso fosse stato compiuto *iure*, e pertanto, mancando il requisito dell'illiceità, ciò avrebbe condannato all'irrelevanza giuridica il pregiudizio che esso arrecava all'interesse, sia pure giuridicamente rilevante, del danneggiato.

La pienezza ed absolutezza dei poteri del proprietario hanno, nella prospettiva “rivoluzionaria” del *code*, precise spiegazioni di ordine sia “simbolico” che “funzionale”.

L'absolutezza della proprietà, infatti, dal punto di vista “simbolico”, rappresentava innanzitutto una tappa fondamentale nel processo di costruzione giuridica dell' “individuo”<sup>38</sup>. L'attribuzione di un diritto sulle cose “sacro e inviolabile”, riconosce al titolare poteri tendenzialmente illimitati, in vista della realizzazione di fini individuali ed insindacabili, concepiti come manifestazioni della libertà personale che gli ideali rivoluzionari volevano affermare, in contrasto con i vincoli e gli obblighi personali e patrimoniali che caratterizzavano, nell'*ancien regime*, sia la condizione giuridica della persona sia il suo rapporto con i beni.

In epoca pre-rivoluzionaria, e con particolare riguardo ai beni immobili, il rapporto tra soggetti e beni era regolato sulla base di una nozione di “proprietà” che non era né libera (“piena ed esclusiva”, secondo la dizione del nostro art. 832 cod. civ.), in quanto normalmente caratterizzata dalla concorrenza sul medesimo bene di diritti e poteri frammentati in capo a molteplici soggetti, né “privata”, in quanto inscindibilmente connessa con la sovranità politica e pertanto da un lato fonte di soggezioni personali e, dall'altro lato, criterio di legittimazione di poteri “politici”.

La proprietà libera e privata della codificazione napoleonica rappresenta, dunque, da questo punto di vista, la proiezione della libertà personale di individui liberi ed eguali, ai quali la medesima libertà, dal punto di vista dell'autonomia privata,

---

<sup>37</sup> A. HARTKAMP, *op. loc. cit.*

<sup>38</sup> Sul rapporto tra le codificazioni ottocentesche e la costruzione dell'idea dell'individuo, v. G. SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, Torino 1958; più in generale, L. DUMONT, *Homo Aequalis. I, Genesi e trionfo dell'ideologia economica*, Milano, 1984; sull'art. 544 *Code Napoleon*, nella prospettiva “rivoluzionaria”, e la proprietà moderna S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, Bologna 2013, p. 75 e ss.



conferisce il potere esclusivo di assumere obblighi e trasferire diritti in forza della propria volontà.

Sotto il profilo funzionale, libertà e proprietà (autonomia privata e regime del godimento e della disposizione dei beni) dei codici moderni, dei cui principi fondamentali il *Code Napoleon* rappresenta in qualche modo il manifesto, sanciscono il carattere interamente privato del processo di produzione e consumo e costituiscono il sistema economico come sistema autonomo nella forma del mercato<sup>39</sup>.

L'autonomia del sistema economico, in forza della quale esso si costituisce come mercato, implica che i rapporti volti alla soddisfazione dei bisogni individuali siano mediati dal consenso e (quindi) dallo scambio.

Lo scambio ed il mercato presuppongono, dunque, la proprietà privata dei codici moderni ma, d'altro canto, tale proprietà piena ed esclusiva costituisce mezzo per la soddisfazione dei bisogni individuali soprattutto in forza della sua destinazione al mercato, mediante lo sfruttamento produttivo e gli impieghi "mercantili" delle cose oggetto di proprietà. La proprietà privata, in questa prospettiva è concepita come mezzo e presupposto per l'instaurazione di rapporti di produzione e consumo retti unicamente dalla volontà privata e dal calcolo utilitaristico<sup>40</sup>.

Pienezza ed esclusività dei poteri del proprietario, in questo quadro, stanno ad indicare la tendenziale spettanza al proprietario di tutte le utilità economiche che è possibile trarre dalla cosa mediante il suo sfruttamento economico produttivo o il suo godimento orientato al consumo individuale e la correlata interdizione di tutti gli altri dall'interferire nel rapporto tra il proprietario e la cosa.

Poiché il proprietario è l'unico soggetto al quale è rimessa la valutazione di costi e benefici delle modalità di utilizzazione del bene, egli può scegliere qualunque forma di utilizzo del bene (anche il "non uso" o altra modalità di godimento del bene che non si traduca in un suo sfruttamento socialmente produttivo) che soddisfi le sue preferenze individuali, senza doversi preoccupare, in linea di principio, delle eventuali conseguenze, anche pregiudizievoli (le "esternalità negative"), che le modalità di utilizzazione prescelte arrechino ad altri soggetti.

Questo modello, proprio in vista della costituzione del sistema economico come sistema autonomo e tendenzialmente generale ed esclusivo per la soddisfazione dei bisogni individuali, è costruito in termini generali ed astratti e si applica pertanto a qualunque tipo di bene oltre che a qualunque soggetto che si trovi a rivestire la qualifica di proprietario.

Rispetto a taluni tipi di beni, tipicamente i beni immobili, il proprietario può trovarsi in condizioni che gli rendano di fatto possibili modalità di utilizzo del bene orientate ad una utilità meramente soggettiva, non obiettivamente apprezzabile

---

<sup>39</sup> V. M. BARCELLONA, *Proprietà Privata e intervento statale. Profili istituzionali della questione agraria*, Napoli 1980, p. 17 e ss.; amplia la prospettiva S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 101 e ss.

<sup>40</sup> M. BARCELLONA, *Proprietà Privata e intervento statale*, p. 17 e ss.



secondo i criteri di valutazione del mercato (si potrebbe parlare in questo caso di utilità “idiosincratice” per il proprietario). Qualora questi atti producano esternalità negative nei confronti di altri soggetti, il costo di esse (e cioè il pregiudizio che esse determinano a carico di altri soggetti) sarebbe compensato, dal punto di vista sociale, da una utilità per il proprietario meramente soggettiva, che non esibisce alcun “valore d’uso sociale” e che pertanto non è apprezzabile secondo criteri di mercato.

In particolare, poi, il potere assoluto ed esclusivo sugli immobili, in certi casi può rendere possibile al proprietario la realizzazione di atti “idiosincratice” le cui esternalità si traducano in veri e propri ostacoli allo sfruttamento produttivo dei beni di proprietà di altri<sup>41</sup>.

In casi di questo genere, qualora il diritto consentisse al proprietario il compimento di tali atti, un meccanismo di mercato sarebbe comunque in grado di definire un valore economico per le utilità che essi determinano per il proprietario, sotto forma del prezzo che il terzo pregiudicato fosse disposto a pagare per far cessare l’attività pregiudizievole (per ipotesi consentita) del proprietario<sup>42</sup>. In questo modo il diritto, che consentisse l’atto del proprietario, attribuirebbe al proprietario (sotto forma del corrispettivo che egli sarebbe in grado di esigere da terzi) non soltanto le utilità economiche che egli sia in grado di trarre dalla cosa in conseguenza del suo sfruttamento produttivo (o dal semplice godimento del bene per il consumo individuale), ma anche quelle utilità che al proprietario possano derivare dalla mera posizione di titolarità del bene unita alle esternalità negative che tale titolarità, esercitata ad un fine diverso dallo sfruttamento produttivo della risorsa oggetto del diritto, soprattutto nel campo immobiliare, è in grado di generare nei confronti dei terzi.

Il mercato, in altri termini, sarebbe in grado di generare un nuovo “bene” privato (attribuito al titolare del diritto di proprietà “abusato” e derivante proprio dal potere di abuso spettante al proprietario), costituito dal valore del “disturbo” che il proprietario sia in grado di generare per i terzi, il valore per il titolare sarebbe rappresentato dal prezzo che altri sia disposto a pagare per ottenerne la cessazione<sup>43</sup>.

La proprietà, segnatamente quella immobiliare (in conseguenza della posizione di monopolio che essa conferisce su una certa parte della “natura”, per definizione limitata<sup>44</sup>), vedrebbe così oltremodo accresciuto il proprio carattere (entro una certa

---

<sup>41</sup> V. però, A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 483, che considera fondamento della proprietà “consentire anche condotte idiosincratice, anticonformiste, eccentriche”, il che determinerebbe una “tensione innegabile” con la “ricerca da parte del giudice di una utilità oggettiva ricollegabile a singole condotte proprietarie”.

<sup>42</sup> Lo schema, com’è noto, è esposto da R. COASE, *The problem of social cost*, 3 *J. Law & Econ.*, 1960, p. 1 e ss.; su questi problemi, con riferimento all’abuso del diritto in termini di “reciprocità proprietaria”, v. P. G. MONATERI, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà*, cit., *passim*.

<sup>43</sup> Per tale modo di intendere la nozione di “bene giuridico”, v. M. BARCELONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 607 e ss.

<sup>44</sup> Così K. POLANYI, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Torino 2000



misura ineliminabile e costitutivo) di posizione di rendita, che genera vantaggi economici in forza della sua mera titolarità, legittimando così comportamenti “parassitari” da parte di proprietari improduttivi. Il costo di tali vantaggi del proprietario sarebbe posto interamente a carico dei terzi, pregiudicati dalle esternalità negative ed eventualmente disposti a pagare per la loro cessazione<sup>45</sup>.

In particolare, quando gli atti del proprietario siano in grado di ostacolare lo sfruttamento produttivo di beni altrui, il carattere “parassitario” di tali usi della proprietà sarebbe particolarmente evidente in quanto il proprietario verrebbe posto in condizioni che gli consentono di appropriarsi (esigendo dal controinteressato un corrispettivo per la cessazione della “molestia”) di una parte dei profitti altrui, in forza della posizione di rendita che gli deriva dalla mera titolarità del bene.

Il nesso funzionale tra proprietà, libertà e mercato che i codici moderni istituiscono, fa emergere così il paradosso (per la verità ricorrente e probabilmente costitutivo della stessa libertà elevata a sistema) per cui, una volta costituito il proprietario quale pieno ed esclusivo titolare di tutte le utilità economiche che la cosa è in grado di generare mediante il suo utilizzo (non preventivamente tipizzabile e deliberatamente non tipizzato), in quanto necessario presupposto del mercato quale luogo per la soddisfazione dei bisogni individuali, la stessa assolutezza della proprietà assume carattere “sovrainclusivo”<sup>46</sup>, legittimando (almeno in astratto) anche comportamenti contrari agli obiettivi funzionali del mercato in termini di sfruttamento efficiente delle risorse (e cioè: senza proprietà piena ed assoluta non c’è mercato, ma la proprietà, proprio perché piena ed assoluta può anche esercitarsi “contro” il mercato)<sup>47</sup>.

Questi sembrano essere i tratti essenziali dei problemi sottostanti ai casi rispetto ai quali la giurisprudenza francese, a partire dalla seconda metà del XIX secolo, elaborò una certa dottrina dei limiti all’esercizio del diritto di proprietà che costituì la base per l’elaborazione, col contributo di numerosi studiosi francesi, della teoria dell’abuso del diritto.

Il primo caso, in ordine di tempo, al quale si fa solitamente riferimento fu deciso dalla Corte d’appello di *Colmar* nel 1855<sup>48</sup>. Il proprietario di una costruzione aveva costruito sul proprio tetto un finto camino che impediva che la luce potesse raggiungere le finestre del vicino (atto “idiosincratico” nei termini di cui sopra, in quanto produttivo di una utilità meramente soggettiva e non obiettivamente

---

<sup>45</sup> Si v. la discussione in proposito di P. G. MONATERI, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà*, cit., p. 111 e ss.; da ultimo sul problema R. SACCO, *Abuso del diritto*, in *Digesto*, cit.

<sup>46</sup> Questa l’espressione utilizzata da M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Illeciti atipici. L’abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, cit., *passim* a proposito delle regole permissive che proprio in forza di tale carattere “sovrainclusivo” andrebbero “corrette” attingendo ai principi che giustificano lo stesso permesso.

<sup>47</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 114 e ss.

<sup>48</sup> *Colmar* 2 mai 1855, in *Recueil Dalloz*, 1856, 2, 9



apprezzabile). La corte accertò che il finto camino poteva avere come unica funzione quella di oscurare il fondo del vicino e condannò il proprietario che lo aveva costruito alla demolizione.

Ritenne la corte che l'assolutezza del diritto di proprietà, che autorizzerebbe il proprietario a *user et abuser* della cosa, tuttavia debba avere come limite la soddisfazione di un "interesse serio e legittimo" e che i principi della morale e dell'equità impediscano che la giustizia approvi un atto ispirato da malevolenza, che non sia giustificato da alcuna utilità personale e cagioni grave danno ad altri.

L'ampia portata del diritto di proprietà in questo modo risulta limitata sulla base di un criterio che in parte attinge alla tradizione dell'*aemulatio*, poiché fa riferimento al fine malevolo del proprietario, ma che presenta una rilevante connotazione oggettiva in quanto assume come indice essenziale dell'*animus nocendi* la mancanza di utilità dell'atto per il proprietario e traccia il limite all'assolutezza della proprietà nella necessità di un "interesse serio e legittimo" che giustifichi l'esercizio del diritto<sup>49</sup>.

Un'argomentazione simile, forse caratterizzata da un'enfasi maggiore sull'intento soggettivo di nuocere, fonda la decisione della Corte d'appello di *Lyon* del 1856<sup>50</sup> in materia di acque (un caso quasi uguale avrebbe avuto, come si vedrà, nel 1895, un esito assolutamente opposto in Inghilterra). Tre sorgenti di acqua, distinte ma comunicanti nel sottosuolo, erano situate su tre fondi di diversi proprietari. Il proprietario di uno dei fondi riuscì a ridurre considerevolmente la portata delle altre sorgenti, aspirandone l'acqua dal sottosuolo del proprio fondo e lasciando tuttavia che il surplus così ottenuto andasse perduto diffondendosi sul proprio terreno. A fronte di una chiara mancanza di utilità dell'atto per il proprietario, la corte ritenne che esso fosse ispirato solo dall'intento di nuocere e che pertanto esso integrasse un'ipotesi di quasi-delitto regolata dalla norma generale dell'art. 1382, in materia di responsabilità extracontrattuale.

Il caso più celebre e più interessante, rispetto al quadro dei problemi prima tracciato, è il caso *Clément-Bayard* deciso tra il 1912 ed il 1915 (dalla corte di Amiens e poi dalla *Cour de Cassation*)<sup>51</sup>. *Monsieur Coquerel*, aveva acquistato un piccolo tratto di terreno confinante con un altro terreno, di proprietà del *Clément-Bayard*, adibito a campo di atterraggio per dirigibili e decise di erigervi, nel rispetto delle distanze legali, una sorta di recinzione costituita da due file di pali, ciascuno posto ad una distanza di svariati metri dall'altro, lunghe circa 15 metri e dell'altezza di circa 11 metri, sormontati da punte metalliche alte circa tre metri. L'opera così realizzata non poteva in realtà svolgere alcuna funzione utile quale recinzione del fondo data la distanza che separava ciascun palo dall'altro. D'altra parte le peculiarità della struttura (altezza e

<sup>49</sup> Cfr. L. JOSSERAND, *De l'abus de droits*, Paris, 1905, p. 20

<sup>50</sup> Lyon, 18 avril 1856

<sup>51</sup> Cass. 3 aout 1915, in *Recueil Dalloz*, 1917, 1, p. 79 e ss.; per il precedente grado di giudizio *Recueil Dalloz*, 1913, 2, p. 177 e ss.



presenza delle punte in ferro) si spiegavano soltanto in relazione agli inconvenienti che essa era destinata a creare all'atterraggio dei dirigibili sul fondo vicino, che infatti subirono danni.

Tuttavia, e questo è il punto, *Coquerel* poteva allegare a giustificazione dei suoi atti un chiaro "interesse" patrimoniale, in quanto aveva agito al dichiarato scopo di realizzare una speculazione, sperando di costringere il *Clément-Bayard* all'acquisto del fondo.

La corte, pertanto, fu richiesta di pronunciarsi, in definitiva, sulla idoneità di tale fine speculativo, esplicitamente dichiarato dal convenuto, a giustificare il compimento di atti dannosi per il proprietario vicino. Com'è ovvio, la corte riconobbe la piena liceità del fine speculativo, in sé considerato, affermando come sia del tutto legittimo per un proprietario cercare di trarre dal proprio fondo il maggior profitto possibile e tuttavia, argomentando in termini di abuso del diritto, condannò il convenuto alla rimozione delle punte metalliche ed al risarcimento del danno già cagionato ad un dirigibile, ai sensi dell'art. 1382.

Piuttosto che condurre un'analisi in termini di costi e benefici sociali delle due condotte a confronto (che avrebbe forse potuto chiarire che riconoscere al *Coquerel* la facoltà di compiere quegli atti, e così di esigere un corrispettivo per la loro cessazione, avrebbe significato attribuirgli una rendita "parassitaria" derivante dalla mera titolarità del fondo situato in posizione "strategica", a spese dei profitti derivanti dall'utilizzo imprenditoriale, e quindi socialmente produttivo, del fondo vicino), com'è del tutto comprensibile, la corte focalizzò la propria attenzione sui "mezzi" impiegati per la realizzazione del fine speculativo ritenendoli "illegittimi e ispirati esclusivamente dall'intento di nuocere".

La dottrina dell'abuso continua ad essere applicata in modo rilevante ai casi riguardanti *troubles de voisinage*, dove essa conduce ad escludere la rilevanza giustificatrice dell'esercizio del diritto e a far rientrare l'atto abusivo e dannoso nella generale previsione dell'art. 1382 (talvolta anche con riferimenti all'art. 1384, concernente i danni da cose). Si rileva tuttavia anche una tendenza a configurare la responsabilità per i danni cagionati nei rapporti di vicinato come categoria in certa misura autonoma dalla figura generale di illecito e caratterizzata da un certo carattere oggettivo della relativa responsabilità, che risulta fondata sulla mera constatazione di un danno che ecceda gli inconvenienti normali del vicinato (a prescindere dalla colpa o dall'intenzione di nuocere).

Se, probabilmente, la dottrina dell'abuso del diritto ha posto le questioni più interessanti in relazione al diritto di proprietà (e segnatamente nel campo della proprietà immobiliare), essa in Francia è stata applicata in altri svariati ambiti del diritto privato, anche rispetto a problemi che in altri sistemi ricevono soluzioni



analoghe facendo a meno del riferimento all'abuso, tanto che l'abuso è stato definito dalla dottrina uno stilema francese<sup>52</sup>.

Si può ricordare, a questo proposito, l'utilizzo della categoria dell'abuso come tecnica di controllo dell'esercizio del diritto di recesso del datore di lavoro, dove ciò che assume rilievo nell'argomentazione della giurisprudenza, più che l'intenzione nociva del recedente, è lo scrutinio del motivo che sorregge il recesso al fine di qualificarlo "giusto" o meno, giungendo così all'elaborazione di un catalogo di motivi che legittimano il recesso (licenziamento). Il criterio generale che richiede l'esistenza di una giusta causa per il licenziamento è stato poi recepito dalla legge, tanto da esaurire, si dice, le ragioni per l'applicazione della regola dell'abuso a tali casi, in quanto la giusta causa costituirebbe requisito per l'esistenza del diritto al licenziamento e quindi, in assenza di giusta causa, mancando il diritto, non potrebbe nemmeno parlarsi di abuso.

Correlativamente, la giurisprudenza francese, in epoca ancora risalente, ha utilizzato la nozione di abuso al fine di sindacare l'esercizio del diritto di sciopero, cercando di argomentare le soluzioni in relazione alla ragione giustificatrice del diritto di sciopero e di sanzionare come illecito lo sciopero esercitato per fini strumentali e diversi da quelli ritenuti coerenti col fondamento dell'attribuzione del diritto.

Al tempo stesso, si è utilizzata la categoria dell'abuso in un contesto, quale quello delle lesioni dei diritti della personalità per mezzo della stampa, che altri sistemi governano avvalendosi delle categorie generali della responsabilità civile o (come nel caso del *common law*<sup>53</sup>) delle figure tipiche di illecito a ciò dedicate ma, si può notare, facendo funzionare in realtà tali categorie sulla base di criteri di giudizio sostanzialmente analoghi a quelli espressi dal criterio dell'abuso.

La giurisprudenza ha anche applicato la dottrina dell'abuso al fine di limitare l'esercizio del diritto di agire o resistere in giudizio, applicandolo ai casi di dolo o colpa grave. Questa regola è stata poi recepita nel codice di procedura civile, all'art. 32-1, che prevede una sanzione pecuniaria e la responsabilità per danni a carico di chi abbia agito in giudizio in modo "dilatorio o abusivo".

È da rilevare, poi, la giurisprudenza in materia di società, che ha applicato la dottrina dell'abuso all'esercizio del diritto di voto in assemblea, da parte sia della maggioranza che della minoranza, nel caso in cui l'esercizio del diritto di voto si ponga in contrasto con l'interesse sociale ed abbia l'unico scopo di favorire la

---

<sup>52</sup> Così P. G. MONATERI, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà*, cit., p. 96; e v. nello stesso senso, R. SACCO, *Abuso del diritto*, in *Digesto*, cit.

<sup>53</sup> V. in proposito V. ZENO-ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema della responsabilità civile*, Napoli, 1985



maggioranza (o la minoranza) a svantaggio della minoranza (o maggioranza) ed in contrasto con l'eguaglianza dei soci<sup>54</sup>.

5. Il tema dell'esercizio abusivo dei diritti soggettivi ha suscitato notevole interesse da parte degli studiosi francesi, che hanno contribuito alla originaria definizione della dottrina, animando un certo dibattito in ordine alla ammissibilità della figura dell'abuso ed ai suoi criteri di identificazione.

Attraverso l'opera della dottrina la nozione giuridicamente rilevante di abuso si affranca dalla tradizione dell'*aemulatio*, incentrata sull'intenzione di nuocere (secondo un modello che invece, in altri ordinamenti, è stato adottato e generalizzato, riferendolo all'esercizio del diritto in generale: cfr. ad esempio il par. 226 BGB), e viene ricostruita enfatizzando in particolare la correlazione tra il diritto e l'interesse che il suo esercizio realizza (valorizzando uno spunto presente nella giurisprudenza che poneva come limite per l'esercizio del diritto il collegamento con un interesse "serio e legittimo"). Si prende in considerazione così l'utilizzo "anormale" del diritto, che viene valutato anche mediante l'impiego del modello del *détournement de pouvoir*, tratto dalla giurisprudenza amministrativa ed utilizzato come criterio di controllo della rispondenza del concreto atto di esercizio del diritto, al "fine" o alla "funzione" economici e sociali del diritto in questione.

Può ricordarsi, a tale proposito, la posizione del Saleilles che, nei primi anni del novecento, soprattutto nell'ambito di studi relativi al codice civile tedesco, individua l'abuso nell'esercizio "anormale" del diritto e cioè "contrario alla sua destinazione economica o sociale" e "riprovato dalla coscienza pubblica", arrivando a configurare (in ciò analogamente a Josserand, v. *infra*) una generale "relatività" dei diritti (ivi compresa la proprietà) dal punto di vista sociale. Tale posizione, nel denunciare la sostanziale inutilità di un criterio fondato sull'intenzione di nuocere (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), ne esaurisce ogni rilevanza nell'accertamento della obiettiva "anormalità" dell'atto, così da affermare che l'atto intenzionalmente dannoso è abuso non in forza dell'accertamento di tale volontà di nuocere, ma, piuttosto, a causa del suo carattere anormale ed eccessivo (sia esso sorretto da specifica malevolenza o da mera colpa)<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> V. per un quadro di insieme dell'utilizzo della dottrina dell'abuso nel sistema francese, A. PIROVANO, *L'abus de droit dans la doctrine et la jurisprudence francaises*, in M. ROTONDI, *Inchieste di diritto comparato. L'abus de droit, cit.*, p. 313 e ss.

<sup>55</sup> R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après la premier projet de code civil allemand*, Paris, 1890; ID., *Étude sur la théorie générale de l'obligation dans la second rédaction du projet de code civil allemand*, Paris, 1895; ID., *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.



Altrettanto rilevante il contributo di Josserand, probabilmente il più noto in materia, che colloca l'abuso entro il quadro di una generale "funzione sociale" dei diritti e afferma la sindacabilità dell'atto di esercizio che esorbita da tale funzione, sulla scorta del ricordato paradigma dello sviamento di potere. Ciascuna prerogativa giuridica soggettiva, nella ricostruzione dell'autore, ha una "origine sociale" e deve essere esercitata in modo coerente con la funzione sociale che le è propria. Si avrà pertanto abuso del diritto nel caso in cui l'atto di esercizio sia contrario allo "scopo dell'istituzione, al suo spirito e alla sua finalità". La funzione sociale del diritto è rilevante in quanto indicherebbe la finalità in vista della quale il diritto soggettivo viene attribuito ed alla quale l'atto di esercizio dovrebbe conformarsi. L'individuazione della funzione come limite all'esercizio del diritto, consente di descrivere tutti i diritti, anche quelli assoluti, come "relativi", poiché sempre attribuiti in relazione al perseguimento di una finalità. Da tale qualifica non si esimerebbe naturalmente la proprietà, rispetto alla quale però ciò che si richiede al fine di escludere l'abuso è soltanto che il diritto venga esercitato in vista di un interesse effettivo del proprietario<sup>56</sup>.

Non mancano note voci critiche in merito alla configurabilità stessa dell'abuso del diritto quale concetto giuridico. Celebre, a tal proposito, la posizione di Planiol che, sulla base della constatazione secondo la quale non può esserci atto che sia al contempo conforme al diritto (in quanto manifestazione dell'esercizio di un diritto soggettivo) e contrario ad esso, sulla scorta dell'idea secondo la quale "*le droit cesse où l'abus commence*", considera la formula dell'abuso del diritto una logomachia. Non sarebbe possibile dunque, in questa prospettiva, sfuggire all'alternativa tra la qualificazione di un atto come lecito (e perciò permesso e non produttivo di obbligazioni riparatorie) o illecito (e quella dell'illecito sarebbe dunque l'unica categoria destinata a ricomprendere gli atti dannosi fonti di obblighi di risarcimento o di altri rimedi per il danneggiato)<sup>57</sup>.

6. La questione dell'abuso del diritto e dell'opportunità di disciplinarlo espressamente nel BGB, fu oggetto di specifica considerazione nel corso del processo di redazione e approvazione del codice. All'esito di alterne vicende, la redazione finale del BGB ha dato esplicito rilievo al divieto di abuso prevedendo,

---

<sup>56</sup> L. JOSSERAND, *De l'abus de droits*, cit. ; ID., *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1927.

<sup>57</sup> M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Paris, 1923, p. 284; ID., *Etudes sur la responsabilité civile*, in *Rev. Crit.*, 1905, p. 277 e ss. e 1906, p. 80 e ss.; M. DE VAREILLES-SOMMIERE, *La définition et la notion juridique de la propriété*, in *Revue trim. De droit civil*, 1905, p. 464; e cfr. M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 18 e ss.



nella parte generale, al par. 226, che l'esercizio del diritto è inammissibile (*unzulässig*) quando può avere soltanto lo scopo di provocare danno ad altri<sup>58</sup>.

Questa scelta dei compilatori recepisce la tradizione dell'*aemulatio* del diritto intermedio, generalizzando però il paradigma dell'esercizio intenzionalmente dannoso del diritto di proprietà ed estendendolo a qualunque diritto. In realtà tale modello era estraneo alla tradizione giuridica tedesca perché durante la vigenza del diritto romano comune l'idea dell'esercizio emulativo dei diritti reali, che, come si è detto, avrebbe potuto trovare degli appigli nelle fonti, era stata sostanzialmente ignorata dalla giurisprudenza<sup>59</sup>.

Anche dopo l'entrata in vigore del BGB (1900), in continuità con l'esperienza anteriore, il par. 226, non ha svolto alcun ruolo significativo nella prassi giurisprudenziale, se si eccettua qualche sporadico caso, ed esso è oggi sostanzialmente inapplicato.

Si ritiene generalmente che le ragioni dello scarso successo della norma del par. 226, che è andata incontro ad un rapido deperimento che la ha condannata alla attuale irrilevanza, siano da imputarsi al rilievo determinante che essa attribuisce allo scopo soggettivo dell'agente, il quale deve essere esclusivamente orientato a nuocere ad altri. Come si osservato rispetto alle applicazioni dell'*aemulatio* nell'epoca del diritto comune, l'operatività della regola che impiega come criterio decisivo quello, di difficile verificabilità, dell'*animus nocendi*, può essere nei fatti assicurata nel momento in cui essa riceva applicazione mediante un meccanismo di presunzioni, che consentano essenzialmente di inferire dalla mancanza di obiettiva utilità dell'atto, la prova dell'intenzione soggettiva dell'agente. La giurisprudenza tedesca, tuttavia, non ha ritenuto 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 nuocere<sup>60</sup>.

La marginalizzazione del par. 226 nella prassi non ha tuttavia lasciato la giurisprudenza tedesca priva di basi testuali, tratte sia dalla disciplina dell'illecito extracontrattuale che da quella in tema di obbligazioni, idonee a fondare un controllo sugli atti di esercizio dei diritti ritenuti irragionevolmente lesivi dei terzi.

Furono utilizzati a tal proposito dapprima il par. 826, che prevede l'obbligo di risarcire il danno cagionato intenzionalmente agendo in violazione dei buoni costumi (*gute Sitten*), e, successivamente, la clausola generale di buona fede (*Treu und Glauben*) dell'art. 242 in tema di esecuzione del rapporto obbligatorio (che impone al debitore e creditore di comportarsi secondo buona fede, nell'esecuzione dell'obbligazione), che ha poi reso a sua volta irrilevante il par. 826 e occupato l'intero campo dei

---

<sup>58</sup> Sulle vicende che portarono alla redazione del par. 226, v. M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 126 ss.

<sup>59</sup> Cfr. F. RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1972, p. 1220.

<sup>60</sup> A. GAMBARO, *Abuse of rights in civil law tradition*, in *3 Eur. Rev. Private L.*, 1995, p. 567 e ss.



problemi riconducibili all'esercizio abusivo del diritto, assumendo la veste di limite generale all'esercizio dei diritti.

L'applicazione del par. 826, in particolare, alla luce del disposto del par. 249, che obbliga alla riparazione del danno in forma specifica (che nel diritto tedesco assume il rango di modalità principale di risarcimento), consentì alla giurisprudenza di affermare la preclusione all'esercizio del diritto (o più in generale di una prerogativa giuridica formale) quando avvenisse in modo contrario ai buoni costumi (con pregiudizio per un terzo).

L'impiego del par. 826 al fine di reprimere anche i casi nei quali il danno intenzionale e cagionato in violazione dei buoni costumi facesse seguito all'esercizio di un diritto, a sua volta, riprendeva la tradizione (del diritto romano comune) dell'*exceptio doli generalis*, come rimedio in generale disponibile al convenuto per opporsi all'esercizio dell'altrui diritto quando essa fosse sorretto da particolare scorrettezza e della quale il par. 826 costituiva, nell'intenzione dei compilatori, recezione. Molto frequente, a questo proposito, l'applicazione del par. 826 al fine di impedire ad un contraente di invocare scorrettamente la nullità per difetto di forma *ad substantiam* quando lo stesso contraente abbia eseguito il contratto o accettato la prestazione di controparte. Inoltre, tale norma ebbe un ruolo anche nello sviluppo iniziale della nota dottrina della *Verwirkung* in base alla quale 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. Analogo ruolo ha avuto la norma nello sviluppo della simmetrica regola secondo la quale non può farsi valere la prescrizione o la decadenza dopo aver indotto col proprio comportamento la controparte a ritenere che non sarebbe stata sollevata la relativa eccezione ed averla così distolta dal compimento di atti interruttivi. Altre applicazioni del par. 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 par. 826 è poi anche stato applicato per reprimere la *Schikane* (l'atto intenzionalmente dannoso) nel campo dei diritti reali, secondo il modello dell'*aemulatio*, già espresso dallo stesso par. 226 (con portata generale).

A partire dagli anni trenta del novecento, in concomitanza con la speciale attenzione che la riflessione dottrina ha dedicato alle clausole generali e specificamente al dovere di *Treu und Glauben*, tutte queste applicazioni del par. 826, hanno ceduto il passo al dovere di buona fede del par. 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. Al par. 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'obbligazione (ad esempio in materia di invocazione scorretta di



vizi di forma e di *Verwirkung*) che quelle in materia di rapporti di vicinato o di abusi della maggioranza nelle società di capitali (quest'ultima successivamente disciplinata, in parte, con specifiche disposizioni di legge)<sup>61</sup>.

7. Il paradigma dell'*aemulatio* che, sulla scorta dell'elaborazione delle fonti romane realizzata nell'epoca del diritto intermedio, ha in qualche modo rappresentato l'archetipo del modello dell'abuso nei sistemi dell'Europa continentale, è invece espressamente respinto dal diritto inglese<sup>62</sup>. Come è stato affermato in due importanti casi della seconda metà del XIX secolo, che tuttora costituiscono il punto di riferimento essenziale per una prima impostazione del problema, il solo intento specifico di nuocere (*malice*) non può valere a qualificare come "illecito" un atto altrimenti lecito.

Per la verità, prim'ancora di respingere l'idea che il mero intento soggettivo possa assumere il rango di circostanza "dequalificante" tale da far mutare la qualificazione di un atto altrimenti rientrante nell'esercizio delle prerogative attribuite da un diritto soggettivo, la tradizione giuridica inglese manifesta una scarsa dimestichezza con l'operatività, nel campo dei rapporti tra privati, della stessa nozione di diritto soggettivo<sup>63</sup>.

Com'è noto, infatti, la risalente tradizione del *common law* quale diritto (in senso oggettivo) il cui contenuto si determina con riferimento ai rimedi azionabili in giudizio piuttosto che alle situazioni soggettive "sostanziali", induce ad interrogarsi non tanto sul contenuto di prerogative soggettive riconosciute dalla legge ai privati (ciò che nella tradizione europea continentale corrisponde genericamente alla nozione di diritto soggettivo) e quindi sulla rispondenza di un atto al contenuto della situazione giuridica soggettiva, quanto piuttosto sull'idoneità di un atto o fatto a dar titolo ad un rimedio giurisdizionale alla parte che eventualmente se ne assuma pregiudicata (idoneità che era originariamente accertata sulla base della corrispondenza tra il fatto ed il contenuto di una *formula* o *writ* che consentiva l'esercizio dell'azione in quanto atto introduttivo del giudizio)<sup>64</sup>.

Le medesime vicende storiche che hanno caratterizzato la formazione del *common law* quale sistema *per formulas* ed a carattere rimediale, hanno determinato la strutturazione della responsabilità extracontrattuale come sistema organizzato attorno

---

<sup>61</sup> V. in generale F. RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, cit., p. 1231 e ss.; ID., *Rinuncia tacita e Verwirkung*, Padova 1971, *passim*

<sup>62</sup> Punto di partenza per la discussione della questione, anche in prospettiva comparatistica, è H. C. GUTTERIDGE, *Abuse of rights*, cit., *passim*, argomenta l'esistenza di una dottrina dell'abuso nel diritto statunitense, J. M. PERILLO, *Abuse of rights: A pervasive legal concept*, in 27 *Pac. L. J.*, 1995-1996, p. 37 e ss.

<sup>63</sup> V. in generale R. HYLAND, *Diritto soggettivo nei Paesi di common law*, in *Digesto Discipline Privatistiche Sez. diritto civile*, Torino 1990, *ad vocem*; P. G. MONATERI, *Diritto soggettivo*, in *Digesto Discipline Privatistiche Sez. diritto civile*, Torino 1990, *ad vocem*

<sup>64</sup> V., in generale, U. MATTEI, *Common law: il diritto anglo-americano*, Torino 1992, p. 19 e ss.



a figure tipiche di illecito, ciascuna delle quali originariamente corrispondeva ad uno specifico *writ*, che doveva essere correttamente individuato e azionato dall'attore.

Secondo l'impostazione tradizionale del *common law*, dunque, l'attore non invoca tanto la lesione di una situazione giuridica soggettiva, che giustifichi l'attribuzione di una tutela, ma, piuttosto, potrà dirsi, al contrario, che l'attore è titolare di una situazione soggettiva rilevante soltanto quando sia in grado di ottenere in giudizio un rimedio (e la concessione di tale rimedio originariamente dipendeva dalla possibilità di sussumere il fatto entro una specifica formula, così che, mancando la *formula*, sarebbe mancato il rimedio e quindi, potrebbe dirsi, il diritto soggettivo).

Queste premesse concettuali, da un lato, rendono difficilmente comprensibile la rilevanza giustificatrice generale che nella tradizione continentale ha assunto il principio *qui suo iure utitur neminem laedit* rispetto all'imputazione di responsabilità, che costituisce il punto di partenza del discorso sull'abuso, nel momento in cui ci si renda conto che in certe particolari circostanze, tradizionalmente simboleggiate dalla presenza dell'*animus nocendi*, tale rilevanza scriminante debba venire meno. Dall'altro, non consentono, in linea di principio, che il mero intento di nuocere possa valere a mutare la qualificazione di un atto che non rientri in alcuna fattispecie di illecito.

Questi aspetti della tradizione di *Common Law*, seppur rilevanti per una prima impostazione del problema dell'abuso nel diritto inglese, non vanno probabilmente sopravvalutati, perché si riscontra, nella prassi delle corti, una certa tendenza ad impiegare modelli di argomentazione che utilizzano in realtà un linguaggio non troppo dissimile da quello del diritto soggettivo della tradizione continentale (si parla, ad esempio, di atti che rientrano nei *legal rights* del soggetto).

In ogni caso, la *House of Lords*, nei due casi normalmente citati a riprova dell'assenza nel diritto inglese del modello dell'*abuse of rights*, ha assunto una espressa posizione in merito alla impossibilità di considerare come "illecito", un atto *lawful* (e cioè non rientrante in alcuna fattispecie di illecito) ma caratterizzato da *malice*.

Il primo caso rilevante in tal senso è *Mayor of Bradford v. Pickles*<sup>65</sup>, riguardante la materia dell'uso delle acque, che in altri ordinamenti ha costituito un ambito tipico di applicazione della dottrina dell'abuso del diritto di proprietà. *Mr. Pickles* era proprietario di un terreno nel cui sottosuolo scorreva l'acqua di una sorgente dalla quale, da un fondo situato a valle di quello di *Pickles*, attingeva, da circa quaranta anni, la *Corporation of Bradford*, per rifornire di acqua la città di *Bradford*. *Pickles* fece degli scavi nel proprio fondo e drenò l'acqua dal sottosuolo, con l'effetto di ridurre considerevolmente la quantità d'acqua disponibile per la *Corporation of Bradford* fino a prosciugarla temporaneamente. *Pickles* allegava, come giustificazione per gli scavi ed il drenaggio dell'acqua, che essi erano necessari per svolgere sul fondo un'attività di

---

<sup>65</sup> 1895 AC 587, per una ampia discussione del caso e delle sue implicazioni v. M. TAGGART, *Private property and abuse of rights in Victorian England*, Oxford 2002; v. anche H. FOSTER, *Abuse of rights - civil law - legal reasoning: Bradford v. Pickles revisited*, in 8 *U. Brit. Colum. L. Rev.*, 1973, p. 343 e ss.



estrazione di minerali. La amministrazione locale di *Bradford* agì per ottenere una *injunction* per far cessare i lavori, sostenendo che il convenuto stava compiendo atti che erano “*in excess of his rights as a landowner*” e che fosse animato in realtà dal solo proposito di speculare, costringendo la controparte a pagare un corrispettivo per usufruire dell’acqua (“*because his motive is a bad one, he is not at liberty to do a thing which every landowner in the country may do with impunity if his motives are good*”). Le circostanze (anche relative ai rapporti pregressi tra le parti) dimostravano il chiaro intento speculativo di *Pickles* e in tutti e tre i gradi di giudizio fu dato per assodato che i lavori eseguiti fossero animati dal solo intento di nuocere all’attore, al fine di costringerlo a pagare un corrispettivo, piuttosto che da un autonomo interesse all’utilizzo del proprio fondo.

In relazione a questi fatti, la *House of Lords* confermò la piena legittimità del comportamento del convenuto con dichiarazioni di principio, formulate in termini generali, che sono normalmente assunte a riprova dell’espresso rifiuto di una dottrina dell’abuso del diritto entro il sistema inglese. Secondo il *dictum* di *Lord Halsbury L.C.*, “*If it was a lawful act, however ill the motive might be, he had a right to do it. If it was an unlawful act, however good his motive may be, he would have no right to do it*”. Sulla stessa linea le opinioni degli altri *Lords*: “*No use of property, which would be legal if due to a proper motive, can become illegal because it is prompted by a motive which is improper or even malicious*” (*Lord Watson*); “*If his motives are selfish or mercenary, that is no reason why his rights should be confiscated when his actions are legal*” (*Lord Ashbourne*).

Nella ricostruzione dei *Lords*, dunque, il caso pone essenzialmente un problema che attiene alla possibilità di sindacare il motivo di un atto che non integra alcuna fattispecie di “illecito” (e cioè non dà titolo ad alcun rimedio per la parte che lo subisce) e di far discendere dalla intenzione di nuocere, quale motivo dell’atto, la qualifica di illiceità<sup>66</sup>, dalla quale sarebbe derivata la conclusione che il compimento dell’atto non rientra nei “*rights*” dell’agente.

Sembra di scorgere nella impostazione dei *Lords* un procedimento logico inverso rispetto all’impostazione continentale, che invece considera l’esercizio del diritto quale indice *prima facie* di liceità ed il superamento dei limiti del diritto, o l’abusività dell’atto, quale indice di illiceità. I *Lords* al contrario sembrano dire che se un atto è “*lawful*” allora si può dire che l’attore ha il diritto di compierlo mentre se è “*unlawful*” esso non rientra nei *rights* dell’agente.

A differenza dei giudici francesi del caso *Clément-Bayard*, quelli inglesi, preso atto della finalità speculativa di *Pickles*, evitano di indugiare sulle modalità secondo le

---

<sup>66</sup> Discutono la questione, mostrando come le conclusioni debbano essere meno univoche di quanto sembrerebbe desumersi dalla sola considerazione dei *dicta* in *Mayor of Bradford v. Pickles*. J. B. AMES, *How far an act may be a tort because of the wrongful motive of the actor*, in 18 *Harv. L. Rev.*, 1904-1905, p. 411; H. T. TERRY, *Malicious torts*, in 20 *L. Q. Rev.*, 1904, p. 10 e ss.; F. P. WALTON, *Motive as an element in torts in the common and in the civil law*, in 22 *Harv. L. Rev.*, 1908-1909, p. 501 e ss.; G. H. L. FRIDMAN, *Motive in the English law of nuisance*, in 40 *Va. L. Rev.*, 1954, p. 583 e ss.



quali essa viene messa in pratica e si fermano alla constatazione della piena liceità del fine puramente egoistico, che conduce *Lord MacNaghten* ad affermare anche l'assenza di qualunque "malice": "He has something to sell ... he prefers his own interests to the public good. He may be chulrish, selfish, grasping. But where is the malice?"

L'altro caso rilevante in tal senso è *Allen v. Flood* (1898 A.C 1), riguardante un licenziamento di due carpentieri, richiesto dal sindacato al datore di lavoro e ispirato dall'intento di punire i due lavoratori per le loro condotte contrarie agli orientamenti del sindacato. Il datore di lavoro acconsentì alle richieste del sindacato (che aveva minacciato di ritirare tutti i propri iscritti dall'impiego se il datore di lavoro non avesse licenziato i due) e i due agirono contro il delegato sindacale (*Allen*) che aveva richiesto il licenziamento con finalità punitive. Il caso viene citato, insieme a *Pickles*, come la principale autorità per l'assenza del principio dell'abuso nel diritto inglese perché ha affermato la necessità di sindacare la liceità di un atto sulla base del solo criterio oggettivo della sua "wrongful nature" senza che possa assumere alcuna rilevanza il motivo per il quale esso venga compiuto.

La tradizione inglese sembrerebbe perciò, sulla base di questi casi, del tutto restia ad attribuire rilievo ai motivi dell'atto rispetto alla sua qualificazione giuridica ed attenta piuttosto ad evitare restrizioni della libertà di perseguire interessi individuali ed egoistici, a prescindere dalle ricadute che ciò possa avere sulla sfera di altri soggetti, fintantoché non venga integrata una fattispecie di illecito.

Per la verità, da altri casi, sempre in tema di rapporti di vicinato, si trae un'impressione diversa che va nel senso di un certa rilevanza della *malice*, intesa come mero scopo di nuocere (come nella vicenda, abbastanza peculiare, del soggetto che spara dal proprio fondo al fine di indurre le volpi allevate nel fondo del vicino ad abortire: *Hollywood Silver Fox Farm Ltd. v. Emmett*<sup>67</sup>; oppure nel caso in cui l'attore, insegnante di musica, ottenne una *injunction* per far cessare i rumori prodotti dal vicino, disturbato dalla musica, al solo scopo di infastidire: *Christie v. Davey*<sup>68</sup>).

Tuttavia, a parte la possibilità di ravvisare nei casi indici di rilevanza della *malice* in sé nei rapporti di vicinato ai fini della qualificazione dell'atto come vietato<sup>69</sup>, ciò che assume più importanza, al fine di individuare gli "equivalenti funzionali" dell'abuso nel *common law* inglese, è che, da un lato, il *tort of nuisance* (che si occupa di regolare le interferenze tra le attività di proprietari vicini e della cui applicazione si trattava nei casi appena citati e in *Pickles*), mettendo in opera un parametro di ragionevolezza dell'interferenza, è in realtà idoneo a sanzionare casi nei quali un atto astrattamente lecito poiché rientrante nelle prerogative del proprietario cagioni a terzi danni che debbano reputarsi eccessivi o irragionevoli rispetto alle circostanze.

---

<sup>67</sup> 1936 1 *All ER* 825, per un confronto con *Pickles v. H. FOSTER, Abuse of rights - civil law - legal reasoning: Bradford v. Pickles revisited, cit., passim*

<sup>68</sup> 1893 1 *Ch.* 316

<sup>69</sup> V. sul punto A. DI ROBILANT, *Abuse of Rights: The Continental Drug and the Common Law*, 61 *Hastings L.J.*, 2009-2010, p. 695 e ss. e 736 e ss.



Dall'altro lato, esiste un'intera area del *law of torts*, quella dei cosiddetti *economic torts* (e cioè illeciti produttivi di danno puramente economico, normalmente cagionato nell'ambito di attività che possono considerarsi esercizio di uno specifico diritto dell'agente), retta proprio dal criterio dell'intenzione di nuocere quale requisito essenziale (ma da solo non sufficiente) per il sorgere di responsabilità.

Lo strumento del *nuisance* (in particolare: *private nuisance*) viene considerato, in sede di indagine comparatistica, criterio idoneo a risolvere conflitti tra proprietari vicini in modo analogo a quanto avviene con il divieto degli atti emulativi nei sistemi che attingono alla tradizione del *ius commune*<sup>70</sup>.

Il *private nuisance* viene normalmente definito come una interferenza significativa e irragionevole con l'uso di un immobile da parte di un terzo<sup>71</sup>. Tale interferenza può riguardare o il fondo nella sua materialità o il godimento di esso da parte del proprietario. Il criterio fondamentale della ragionevolezza o tollerabilità dell'interferenza (“*whether what he [the plaintiff] was exposed to was plus quam tolerabile when due weight has been given to all the surrounding circumstances of the offensive conduct and his effects*”<sup>72</sup>) risulta di più semplice applicazione nei casi di interferenza “materiale” con il fondo altrui (dove è più facilmente soddisfatto), mentre richiede maggiore attenzione per i casi di interferenza con l'altrui godimento del fondo.

Tale figura di *tort* si presta dunque a comprendere un ampio spettro di ipotesi che riguarda sia conflitti derivanti da vere e proprie immissioni nel fondo del vicino, sia casi nei quali le modalità di utilizzo di un fondo, in qualche modo influiscano sul godimento del fondo del vicino pur senza determinare alcuna “propagazione” di rumore, fumo, liquidi etc., sia casi corrispondenti a quelli dei danni cagionati da cose nel diritto francese e italiano (simili, ad esempio, all'ipotesi di rovina di edificio).

Attraverso l'applicazione del *nuisance*, che, a differenza dell'abuso dei sistemi continentali, guarda all'irragionevolezza del risultato pregiudizievole rispetto al danneggiato più che rispetto all'agente ed all'interesse che sorregge il suo atto, possono impedirsi o sanzionarsi attività del proprietario che, pur senza determinare una interferenza materiale, influiscano sul godimento del fondo in modo che possa ritenersi eccessivo o anormale in relazione alle specifiche circostanze dell'interferenza (e che, in altre circostanze, potrebbero invece ritenersi legittime). Il bilanciamento degli opposti interessi è affidato al giudice e viene condotto sulla base di criteri che assumono un carattere inevitabilmente flessibile e centrato sulle concrete circostanze del caso.

Se, dunque, può affermarsi che il diritto inglese non recepisce il modello dell'abuso incentrato sull'*animus nocendi* (rispetto al *nuisance* si esclude certamente, sulla scorta di *Mayor of Bradford v. Pickles*, che la *malice* possa di per sé essere sufficiente, e si

<sup>70</sup> Cfr. A. GAMBARO, *Abuso del diritto*, II) *Diritto comparato e straniero*, cit., p. 6 e ss.;

<sup>71</sup> S. DEAKIN, A. JOHNSTON, B. MARKESINIS, *Tort Law*, Oxford 2003, p. 455 e ss.

<sup>72</sup> *Watt v. Jamieson* 1954 SC 56, per Lord Cooper



discute sulla necessità della colpa, *fault*, dell'agente, ritenendo che il *nuisance* possa configurarsi anche come una forma di *strict liability*, e cioè responsabilità oggettiva), alcune applicazioni del *tort of nuisance* possono avvicinarsi a quelle versioni dell'abuso (ampiamente presenti nei modelli dottrinari e legali di vari sistemi continentali) caratterizzate in senso "oggettivo" come esercizio "anormale" del diritto.

Il sistema degli *economic torts* fornisce tutela contro alcuni tipi di perdite puramente patrimoniali (che non implicino lesione dei beni o della persona) inflitte intenzionalmente<sup>73</sup>. L'intenzionalità del pregiudizio non è tuttavia, nella maggior parte dei casi, un elemento sufficiente per l'imputazione di responsabilità poiché è necessario che l'interferenza pregiudizievole sia cagionata mediante "*unlawful means*" (mentre la *unlawfulness* della condotta non sarà sufficiente se la perdita economica non è cagionata intenzionalmente).

Il requisito degli *unlawful means* si spiega se si considera che l'ambito di problemi rispetto al quale gli *economic torts* sono stati elaborati è quello della concorrenza sleale (intesa in generale), nel quale, da un lato l'intenzione di cagionare una perdita puramente economica (sotto forma di riduzione dei profitti) è caratteristica costitutiva della condotta, ma, dall'altro lato, è evidente l'esigenza di escludere che possa configurarsi un *tort* nel caso in cui tale perdita venga inflitta al concorrente mediante mezzi che non rappresentano altro che un legittimo perseguimento del profitto imprenditoriale<sup>74</sup>.

Proprio in questa chiave si spiega la decisione del caso *Allen v. Flood*, riguardante proprio l'ambito della pura perdita patrimoniale (e sopra citato come testimonianza tradizionale dell'assenza del divieto di abuso nel diritto inglese). Il rappresentante del sindacato, che, minacciando uno sciopero, aveva richiesto il licenziamento di alcuni lavoratori allo scopo di punirli per la loro condotta antisindacale, andò esente da responsabilità perché, pur essendo assodato l'intento soggettivo di nuocere al licenziato (cagionando una perdita economica), non aveva utilizzato alcun *unlawful mean*, in quanto i contratti di lavoro in questione erano "*at will*" e pertanto liberamente risolubili dalle parti con effetto immediato. Di conseguenza, tanto lo sciopero minacciato, quanto il licenziamento dei lavoratori invisati al sindacato, non comportando *breach of contract*, non presentavano alcun elemento di *unlawfulness* (e il mero intento soggettivo di nuocere non integra di per sé *unlawfulness*).

A parte i casi di *conspiracy* (caratterizzati dal concorso di più soggetti nella produzione del danno puramente economico), è dunque necessario accertare la presenza dell'elemento della *unlawfulness*, per la cui verifica si ritiene che la condotta (oltre ad essere caratterizzata dall'intento di infliggere un danno economico) debba integrare un *crime* o un *civil wrong*, quale la violazione di obblighi contrattuali o legali.

---

<sup>73</sup> V. in generale S. DEAKIN, A. JOHNSTON, B. MARKESINIS, *Tort Law*, cit., p. 506 e ss.

<sup>74</sup> *Mogul Steamship Co. Ltd. v. McGregor Gow & Co.* 1889 LR 23 QBD 598



Queste caratteristiche generali degli *economic torts* assumono contorni variabili in relazione ai diversi ambiti entro i quali vengono fatte operare.

Assume rilevanza in primo luogo il *tort* di induzione all'inadempimento di un'obbligazione contrattuale (*inducing breach of contract*), che consente, in alcuni casi, al creditore deluso dall'inadempimento, di agire contro il terzo che abbia determinato l'inadempimento del debitore.

La fattispecie fu inizialmente costruita attorno al requisito della *malice* del terzo che induca il debitore all'inadempimento<sup>75</sup>. Si richiedeva cioè uno specifico intento soggettivo del terzo di nuocere al creditore della prestazione.

Successivamente si precisò il criterio chiarendo come, sebbene la mera negligenza (*carelessness*) non sia sufficiente per l'imputazione di responsabilità, l'integrazione della fattispecie non richieda necessariamente *malice*<sup>76</sup>. Si ritiene piuttosto sufficiente la conoscenza del contratto e la consapevole accettazione, da parte del terzo, del rischio dell'inadempimento del debitore, in conseguenza dell'induzione del terzo. Quanto all'elemento oggettivo, la condotta che determina l'interferenza spesso consiste nella conclusione di un contratto incompatibile con i precedenti impegni del debitore, ma può consistere in altri atti, purché diretti ad interferire con l'adempimento del contratto (anche la proclamazione dello sciopero da parte del sindacato).

L'illiceità dei mezzi (*unlawfulness of means*) impiegati dal terzo consiste nel fatto che essi siano diretti a provocare l'inadempimento di obbligazioni contrattuali e dunque alla violazione di un obbligo imposto dal contratto o, da altro punto di vista, all'interferenza con “*pre-existing rights*” dell'attore.

Si può osservare, nella prospettiva dell'esercizio del diritto e dell'abuso, che non in tutte le circostanze il terzo che induce consapevolmente, e con il fine specifico di interferire con l'altrui posizione creditoria, un debitore a rendersi inadempiente risponde verso il creditore, perché l'interferenza potrà essere giustificata quando il terzo agisca per il perseguimento di un proprio diritto<sup>77</sup>.

Nel settore degli *economic torts*, si osserva una certa tendenza a dilatare la nozione di “*unlawful means*” ed enfatizzare la rilevanza dell'*intent to injure*, e ciò sembra mettere in dubbio la portata del principio dell'irrilevanza del mero intento soggettivo ai fini della responsabilità, così come stabilito in *Allen v. Flood*. Nel campo,

---

<sup>75</sup> *Lumley v. Gye* 1853 2 E&B 216, riguardante il caso di una cantante d'opera, già obbligata contrattualmente ad esibirsi per un certo impresario, che viene indotta da un altro ad accettare un'offerta alternativa ad un corrispettivo più alto; secondo Erle J “*he who procures the damage maliciously might justly be made responsible beyond the liability of the contractor*”

<sup>76</sup> *Quinn v. Leathem* 1901 AC 495

<sup>77</sup> È il caso del finanziatore, assistito da garanzie sui beni del debitore, un'impresa di costruzioni, che accetta di estendere il prestito a condizione che l'impresa si rivolga a nuovi architetti. Il terzo finanziatore non è responsabile verso il precedente architetto, perché agisce nel perseguimento del suo diritto di garanzia sui beni, giudicato “superiore” rispetto al diritto del creditore: *Edwin Hill & Partners v. First National Finance Corp.* 1989 1 WLR 225



potenzialmente molto ampio, della *interference with trade or business by unlawful means*, l'espressione *unlawful means* assume il significato di atti che il convenuto “*was not at liberty to commit*” e comprende tutti gli atti compiuti in violazione di limiti imposti dal *law of torts* o dal contratto, anche qualora essi non darebbero luogo ad un'azione autonoma, a causa della mancanza di un qualche requisito richiesto dalla legge per l'azione e quindi, a rigore, non dovrebbero costituire atti *unlawful*<sup>78</sup>.

Correlativamente, l'ambito di tali fattispecie di *tort* (che sembrerebbe estendersi per l'ampiezza della definizione di *unlawful means*) viene limitato mediante una interpretazione più stretta del requisito dell'intento specifico di nuocere, che viene inteso nel senso che il convenuto deve aver agito con l'obiettivo specifico di arrecare un pregiudizio agli interessi economici del danneggiato.

Il sistema inglese degli *economic torts*, dunque, anche se attribuisce una certa rilevanza all'intento di nuocere, come fattore capace di rendere illecito un atto altrimenti considerato esercizio generale della libertà (si pensi ai casi di concorrenza o contratti incompatibili), non si affida a tale criterio in modo esclusivo. L'aspetto centrale degli *economic torts*, infatti, almeno quanto alla loro ricostruzione concettuale da parte delle corti e della dottrina, probabilmente influenzata dalla tradizionale impostazione in termini di tipicità dell'illecito, rimane pur sempre la valutazione dei profili di specifica “illiceità” della condotta, richiamata dal requisito degli *unlawful means*.

Tale requisito, oltre a rendere improduttiva la prospettiva soggettiva della *aemulatio*, impedisce anche al giudice inglese di svolgere, almeno apertamente, un sindacato direttamente sulla rispondenza delle modalità di esercizio della “libertà” o del diritto alle ragioni del suo riconoscimento, come invece evocato dal parametro dell'abuso nella sua versione oggettiva, soprattutto se intesa nei termini dello “sviamento di potere” (che si avrebbe appunto quando il diritto venga esercitato senza alcuna utilità apprezzabile per l'agente, al di fuori dell'imposizione di un costo alla controparte o per un “fine diverso” da quello che ne giustifica il riconoscimento).

Una prospettiva diversa sembra invece essere presente nel diritto statunitense, dove si può osservare una tendenza a stabilire una presunzione di responsabilità (*prima facie tort liability*) nel caso in cui il convenuto non sia in grado di dimostrare un proprio interesse economico al compimento dell'atto ed esso si qualifichi così come

---

<sup>78</sup> In *National Phonograph Co. Ltd. v. Edison Bell Co. Ltd.*, 1908 1 *Ch.* 335, l'attore rifiutava di vendere i propri prodotti al convenuto perché quest'ultimo rifiutava di uniformarsi ai prezzi di vendita al dettaglio richiesti dall'attore. Il convenuto, con l'inganno, ottenne ugualmente i prodotti dell'attore facendo contrattare i propri dipendenti, come se fossero soggetti del tutto autonomi, con i mandatari dell'attore. In questo modo i mandatari dell'attore realizzarono, inconsapevolmente, un inadempimento del contratto che li legava all'attore, il quale tuttavia non avrebbe avuto alcuna azione contro di loro, data l'incolpevolezza dell'inadempimento. L'attore prevalse in giudizio poiché il convenuto aveva comunque usato *unlawful means*, in particolare un inganno, al fine di causare una perdita economica all'attore.



motivato dal solo scopo di imporre un costo ad un terzo al fine esclusivo di rendere peggiore la sua situazione economica<sup>79</sup>.

In ambito più specificamente contrattuale e in analogia al modello tedesco della *Verwirkung*, poi, è d'obbligo il riferimento alla dottrina del *promissory* (o *equitable estoppel*, rimedio che consente al convenuto di paralizzare una pretesa contrattuale azionata in giudizio dalla controparte, nel caso in cui questa abbia suscitato un ragionevole affidamento sul fatto che tale pretesa non sarebbe stata esercitata in futuro, e, in considerazione di tale affidamento, appaia “ingiusto”, rispetto alla posizione del controinteressato, il successivo esercizio della pretesa<sup>80</sup>.

8. La argomentazione che fa leva sull'esercizio abusivo di prerogative soggettive riconosciute dalla legge ha assunto rilievo anche nell'ordinamento comunitario<sup>81</sup>.

In ambito comunitario, la dottrina dell'abuso si è sviluppata originariamente, nella giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia, con funzione di reazione all'invocazione di prerogative riconosciute dal diritto comunitario a fini di elusione del diritto nazionale, nel caso in cui particolari circostanze inducessero a ritenere ingiustificato l'ordinario primato del diritto comunitario sul diritto nazionale degli Stati membri.

Il divieto di abuso in ambito comunitario, pertanto, assume in primo luogo, la forma di una tecnica di controllo verso specifiche manovre di elusione del diritto degli stati nazionali, tanto da essere strettamente connesso alla “frode alla legge”<sup>82</sup>.

Com'è noto, il peculiare rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali determina l'ordinaria concorrenza di due distinti livelli di norme. Con le

---

<sup>79</sup> V. in particolare R. A. EPSTEIN, *A Common Law for Labour Relations: A Critique of the New Deal Legislation*, 92 *Yale L. J.*, 1983, p. 1357 e ss.

<sup>80</sup> *Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd.*, 1947 KB 130, dove all'attore fu impedito di esigere il canone di locazione pattuito in contratto, dopo che questi aveva dichiarato, pur senza modificare il contratto, che si sarebbe accontentato di un canone ridotto, e il conduttore aveva agito per un certo tempo in modo conforme a tale rappresentazione, pagando il canone ridotto; in generale sull'*estoppel* nel sistema inglese v. G. SPENCER BOWER, A.K. TURNER, *Estoppel by Representation*, London 1966; E. COOKE, *The modern law of estoppel*, Oxford 2000; G. H. TREITEL, *The law of contract*, London 2004, p. 114 e ss. e 146 e ss.; A. DUTHIE, *Equitable estoppel, unconscionability and the enforcement of promises*, in 104 *The Law Quarterly Review*, 1988, p. 362 e ss.; I.W. DUNCANSON, *Equity and obligations*, in 39 *The Modern Law Review*, 1976, p. 268 e ss.

<sup>81</sup> V., per una discussione complessiva della questione, v. A. ADINOLFI, *La nozione di “abuso di diritto” nell'ordinamento dell'unione europea*, in *Riv. dir. Internaz.*, 2012, p. 329 e ss.; K. E. SORENSEN, *Abuse of rights in community law: a principle of substance or merely rhetoric?*, in 43 *Common Market L. Rev.*, 2006, p. 423 e ss.; A. LENAERTS, *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*, 2010, p. 1128 e ss.; L. CRUCIANI, *Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell'abuso del diritto*, in *Riv. Crit. Dir. Prin.*, 2011, p. 473 e ss.; con particolare riferimento alla materia tributaria, v. R. DE LA FERIA, S. VOGENAUER (eds.), *Prohibition of abuse of law. A new general principle of EU Law ?*, Oxford and Portland, Oregon, 2011.

<sup>82</sup> V. in generale M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Napoli 2003.



norme degli ordinamenti nazionali, infatti, concorrono le norme di provenienza comunitaria, le quali, in molti casi, attribuiscono prerogative soggettive direttamente invocabili dai privati dinnanzi al giudice nazionale. Il principio del primato del diritto comunitario comporta che le prerogative attribuite dal diritto comunitario prevalgano sulle norme di diritto nazionale incompatibili, le quali sono dunque destinate ad essere disapplicate dal giudice nazionale.

Competente a pronunciarsi sull'interpretazione delle norme comunitarie e dunque anche sulla compatibilità delle norme nazionali rispetto a quelle comunitarie è la Corte Europea di Giustizia in sede di "rinvio pregiudiziale" da parte del giudice nazionale o nel caso di procedura di infrazione contro Stati membri che abbiano adottato misure incompatibili col diritto comunitario.

Da ciò discende che, ordinariamente, l'invocazione di una prerogativa soggettiva di fonte comunitaria, al fine di escludere l'applicazione di una norma nazionale (che sia in qualche modo meno vantaggiosa per l'interessato), costituisce operazione del tutto legittima e coerente con l'obiettivo di sviluppo del mercato interno e che ha come esito normale la prevalenza del diritto comunitario con la conseguente disapplicazione del diritto nazionale incompatibile.

In particolare, la previsione delle "libertà fondamentali" (di circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali) da parte del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, impedisce, in linea generale, agli Stati membri di adottare misure volte a escludere o limitare tali libertà, al di fuori dei casi consentiti dal Trattato.

La dottrina comunitaria dell'abuso nasce, proprio in relazione alle libertà fondamentali del Trattato ed alla luce della concorrenza tra ordinamenti statali ed ordinamento comunitario, al fine negare "copertura" da parte del diritto comunitario a quelle condotte che, mediante l'invocazione delle prerogative attribuite da una di tali libertà, intendano eludere l'applicazione di norme statali, quando tale elusione avvenga in circostanze tali che la facciano ritenere ingiustificata ed irragionevole rispetto agli obiettivi di costruzione del mercato interno.

L'ambito originario di elaborazione della dottrina comunitaria dell'abuso è costituito dalla pronunce della Corte Europea di Giustizia in materia di libertà di prestazione dei servizi (così come definita dall'odierno art. 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, già art. 49 del Trattato CE, che al primo comma dispone: "*Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione.*").

La sentenza che ha rappresentato il punto di partenza di una lunga elaborazione da parte della Corte, culminata in alcune importanti pronunce in materia di imposizione fiscale, tanto da far guadagnare, secondo parte della dottrina, al



divieto di abuso il rango di principio generale del diritto comunitario<sup>83</sup> è stata resa dalla Corte nel 1974 nel caso *van Binsbergen*<sup>84</sup>.

Il caso riguardava un avvocato di nazionalità olandese, il quale, dopo aver trasferito la propria residenza in Belgio, intendeva continuare ad esercitare il proprio ministero difensivo davanti alla giurisdizione dei Paesi Bassi. Tale facoltà sarebbe stata impedita da una legge in vigore nei Paesi Bassi che impediva l'esercizio del ministero di avvocato davanti ai tribunali olandesi a chi non fosse residente nel Paese. La Corte, richiesta di interpretare la portata degli (allora) articoli 49 e 50 del Trattato CE (oggi artt. 56 e 57 TFUE), ritenne che il requisito della residenza, previsto dalla legge olandese, costituisse, in linea di principio, una restrizione alla libertà di prestazione dei servizi. Al tempo stesso, tuttavia, aggiunse come fosse “giusto riconoscere ad uno Stato membro il diritto di provvedere affinché un prestatore di servizi, la cui attività si svolga per intero o principalmente sul territorio di detto Stato, non possa utilizzare la libertà garantita dall'art. 59 [oggi art. 56] allo scopo di sottrarsi alle norme sull'esercizio della sua professione la cui osservanza gli sarebbe imposta ove egli si stabilisse nello Stato in questione” (punto 13)<sup>85</sup>.

Questa affermazione della Corte è dunque volta a consentire agli Stati di esigere dal prestatore di servizi il possesso di requisiti specifici posti dalla legge nazionale (circa la qualificazione professionale, la deontologia, l'esposizione a responsabilità etc.), ai quali l'interessato potrebbe artificiosamente sottrarsi stabilendosi in altro Stato membro e rivolgendo poi la propria attività verso il primo Stato.

Il primo passo della elaborazione della dottrina, che solo successivamente assumerà contorni più complessi e definiti e verrà espressa con la terminologia dell'abuso, è dunque diretto alle c.d. “*u-turn*” o “*circumvention transactions*”<sup>86</sup>. Tale prima pronuncia è cioè mossa dall'obiettivo di evitare che il mero trasferimento di un prestatore dei servizi da uno Stato ad un altro, seguito dalla destinazione dei servizi esclusivamente (o prevalentemente) verso il primo Stato, potesse essere utilizzato, in forza della specifica “immunità” che sarebbe derivata dalla libertà di prestazione dei servizi, per conseguire un risultato elusivo del diritto nazionale dello Stato di partenza.

---

<sup>83</sup> R. DE LA FERIA, *Prohibition of abuse of (Community) Law: the creation of a new general principle of EC Law through tax*, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 395 e ss.

<sup>84</sup> Sentenza del 3 dicembre 1974, causa 33-74 in *Racc.* p. 1299 e ss.

<sup>85</sup> V. S. CAFARO, *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*, 2003, p. 291 e ss.; K. E. SORENSEN, *Abuse of rights in community law: a principle of substance or merely rhetoric?*, *cit.*, p. 425 e ss.; M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, *cit.*, p. 54 e ss.; R. DE LA FERIA, *Prohibition of abuse of (Community) Law: the creation of a new general principle of EC Law through tax*, *cit.*, p. 398 e ss.

<sup>86</sup> Così K. E. SORENSEN, *Abuse of rights in community law: a principle of substance or merely rhetoric?*, *cit.*, p. 426 e ss.; R. DE LA FERIA, *Prohibition of abuse of (Community) Law*, *cit.*, p. 399 e ss.



Tale argomentazione venne poi applicata, in modo analogo, ad alcuni casi dei primi anni '90 relativi alla prestazione di servizi televisivi, provenienti dal territorio di uno Stato membro e diretti esclusivamente al territorio di un altro Stato. In questi casi assumevano rilevanza dal punto di vista del diritto comunitario non soltanto la norma che stabilisce la libertà di prestazione dei servizi, ma anche le norme della direttiva 89/552/CEE che stabiliva un quadro comune di regole per l'attività televisiva nel mercato interno.

Nel caso *Veronica*<sup>87</sup>, il competente ente di vigilanza olandese aveva revocato la licenza per la trasmissione televisiva alla società attrice (di diritto olandese e già operante in Olanda, nel rispetto della legge olandese) poiché questa aveva costituito un'altra impresa televisiva, residente in Lussemburgo, ma le cui trasmissioni erano indirizzate essenzialmente al territorio olandese, al fine di eludere le norme olandesi in materia che stabilivano limiti circa il "tempo di antenna" concesso a ciascun operatore. La Corte ritenne che il divieto diretto al prestatore di servizi non residente fosse legittimo in quanto finalizzato ad evitare che "sfruttando le libertà garantite dal trattato, detti enti possano sottrarsi abusivamente agli obblighi derivanti dalla normativa nazionale, relativi al contenuto pluralistico e non commerciale dei programmi".

Lo stesso approccio fu adottato successivamente, nel caso *TV10*<sup>88</sup>, nel quale ad un'impresa televisiva residente in Lussemburgo fu negata dall'amministrazione olandese la licenza per trasmettere sul territorio olandese, che l'ente televisivo aveva richiesto sostenendo di essere un "ente di radiodiffusione straniero" (il che, secondo la legge olandese dell'epoca, avrebbe comportato alcuni vantaggi ed avrebbe consentito all'impresa di ottenere la licenza). Fu ritenuto che l'impresa in questione si fosse stabilita in Lussemburgo al solo scopo di sfuggire alle norme applicabili alle imprese televisive residenti in Olanda che nel caso di specie non le avrebbero consentito di ottenere la licenza. La Corte decise pertanto, in modo analogo al caso *Veronica*, che l'Olanda potesse legittimamente trattare come "domestica" l'impresa televisiva costituita entro l'ordinamento di un altro Stato membro ed ivi stabilita ma le cui attività fossero interamente o principalmente dirette verso il territorio olandese, poiché l'impresa si era stabilita nel territorio estero al solo scopo di eludere la legge applicabile in Olanda<sup>89</sup>.

Particolare rilievo assume, rispetto all'elaborazione della dottrina comunitaria dell'abuso, l'opinione espressa nella discussione del caso dall'avvocato generale, che ritenne che in ogni caso l'attività in questione rientrasse entro l'ambito di

---

<sup>87</sup> sentenza del 3 febbraio 1993, causa C-148/91, in *Racc.* p. I-487 e ss.

<sup>88</sup> Sentenza 5 ottobre 1994, Causa C-23/93, in *Racc.* p. I-4795 e ss.

<sup>89</sup> Sul modello dell'abuso in relazione ai casi che riguardano le attività di trasmissione televisiva, v. D. DOUKAS, *Free movement of broadcasting services and abuse of law*, in DE LA FERIA, S. VOGENAUER (eds.), *Prohibition of abuse of law. A new general principle of EU Law?*, cit., p. 63 e ss.; M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 58 e ss.



applicazione delle libertà comunitarie e che il diritto nazionale dello Stato nel cui territorio i servizi venivano forniti dovesse essere applicato, in circostanze particolari, come una “limitazione o eccezione” a tale libertà. Se, dunque, l’attività doveva considerarsi in linea di principio coperta dalla immunità derivante del principio di libertà di prestazione dei servizi, essa poteva essere limitata, secondo l’avvocato generale, soltanto quando fosse specificamente diretta a eludere il diritto nazionale, rimanendo tuttavia ancora da chiarire, sempre a parere dell’avvocato generale, se tale elusione o “abuso” dovesse accertarsi sulla base di un criterio oggettivo o soggettivo<sup>90</sup>.

Un decisivo chiarimento per la definizione dei confini dell’esercizio abusivo delle libertà comunitarie proviene dal noto caso *Centros*, che dal punto di vista del diritto delle società (in particolare dell’individuazione della legge regolatrice dello statuto personale della società, nel caso in cui essa costituisca una sede in uno Stato diverso da quello di costituzione) ha rappresentato la tappa fondamentale per l’affermazione del criterio dell’incorporazione, secondo il quale la costituzione ed il funzionamento della società, almeno in ambito comunitario, sono regolati dal diritto vigente nello stato di costituzione della stessa (criterio tradizionalmente alternativo a quello della “sede”, secondo il quale sarebbe competente il diritto dello stato nel quale la società opera)<sup>91</sup>.

Il caso *Centros*<sup>92</sup>, che ha ad oggetto un’operazione chiaramente rivolta alla elusione della disciplina nazionale in tema di capitale sociale minimo, chiama in causa, diversamente dai casi precedenti, la libertà di stabilimento, così come oggi fissata dagli artt. 49 e 54 del TFUE (già artt. 43 e 48 del TCE), in forza dei quali “*le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all’apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro*” (art. 49) e “*le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l’amministrazione centrale o il centro di attività principale all’interno dell’Unione, sono equiparate, ai fini dell’applicazione delle disposizioni del presente capo, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri*” (art. 54).

Due cittadini danesi avevano costituito una società nel Regno Unito, dove vigevano regole in tema di determinazione e versamento del capitale sociale più favorevoli rispetto a quelle vigenti in Danimarca. Avevano poi costituito una sede secondaria in Danimarca, al fine di operare esclusivamente in quel Paese, la cui registrazione era stata tuttavia rifiutata dal competente ufficio danese, che,

---

<sup>90</sup> Cfr. R. DE LA FERIA, *Prohibition of abuse of (Community) Law*, cit., p. 402 e ss.

<sup>91</sup> Su questi aspetti si v. F. MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. Comm.*, 2000, p. 553 e ss.;

<sup>92</sup> Sentenza 9 marzo 1999, causa C-212-97, in *Racc.* p. I-1459 e ss.; per un quadro delle questioni si v. la *case note* di W. H. ROTH, in *Common Market Law Rev.*, 2000, p. 147 e ss.



constatando come la società non svolgeva alcuna attività nel Regno Unito, riteneva che l'operazione costituisse abuso della libertà di stabilimento.

In effetti, la meccanica applicazione del medesimo schema di ragionamento impiegato dalla Corte per la decisione dei casi sopra descritti, relativi alla libertà di prestazione dei servizi, avrebbe dovuto in astratto far discendere dalla constatazione dello scopo elusivo palesemente perseguito dagli interessati la qualifica dell'operazione come abusiva perché, appunto, specificamente orientata a sfuggire ai requisiti previsti dalla legge nazionale per la costituzione di società.

La Corte tuttavia mostra di distinguere il caso *Centros* dai precedenti in ragione di una qualche "meritevolezza di tutela" dello scopo elusivo perseguito. La condotta dei soggetti che costituiscono una società in uno Stato, proprio al fine di avvalersi dei vantaggi che la disciplina nazionale determina, e che poi dirigono tutta l'attività della società nel territorio di altro Stato membro non può, secondo la Corte, considerarsi abuso, proprio perché la facoltà di elusione che ne consegue rientra pienamente nella portata e negli obiettivi della libertà comunitaria di stabilimento: "il diritto di costituire una società in conformità alla normativa di uno Stato membro e di creare succursali in altri Stati membri è inerente all'esercizio, nell'ambito di un mercato unico, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato" (nella specie la Corte ritenne dunque che il rifiuto di registrazione opposto dal registro danese fosse contrario alle norme del Trattato in materia di libertà di stabilimento).

Non ogni elusione, specificamente perseguita dagli attori nazionali attraverso l'invocazione delle libertà comunitarie, si presta dunque ad essere qualificata come "abuso", ma soltanto quella che non sia non sia coerente con la *ratio* economica delle libertà fondamentali rispetto alla costruzione del mercato interno e la cui sanzione possa ritenersi giustificata in relazione ad interessi degli Stati giuridicamente rilevanti rispetto al diritto comunitario.

Nei casi in tema di prestazione di servizi, le ragioni sottostanti ai requisiti richiesti dalle norme nazionali per la prestazione di specifici servizi, connesse ad interessi pubblici, sono state ritenute meritevoli di tutela rispetto al diritto comunitario. Diversamente, nel caso *Centros*, gli interessi connessi alla tutela dei creditori, sottostanti alle norme in tema di capitale sociale, non sono stati ritenuti tali da giustificare una limitazione dell'esercizio della libertà di stabilimento.

La facoltà di scegliere l'ordinamento secondo il quale costituire la società, a prescindere dal luogo nel quale l'attività della società è destinata a svolgersi, e la "concorrenza" tra ordinamenti che tale potere di scelta determina sono state pertanto ritenute risultati del tutto coerenti con la *ratio* economica della libertà di stabilimento, rispetto all'obiettivo della costruzione del mercato interno. L'elusione delle norme nazionali in tema di requisiti per la costituzione delle società, pertanto, a differenza di



quanto stabilito nei casi relativi alla libera prestazione dei servizi, non può costituire di per sé, un abuso della libertà di stabilimento<sup>93</sup>.

Le fila del discorso comunitario sull'abuso, così impostato sulla scorta di tali prime pronunce, vengono tirate dalla Corte con la sentenza resa nel caso *Emsland-Stärke*<sup>94</sup>, riguardante l'interpretazione del regolamento CEE della Commissione del 29 novembre 1979 n. 2730, che stabiliva un sistema di "restituzioni" (una prestazione monetaria volta a compensare l'esportatore per i minori prezzi praticati sul mercato mondiale rispetto ai prezzi più elevati praticati all'interno del territorio comunitario) in favore del soggetto che esporti prodotti agricoli al di fuori del territorio della Comunità.

L'impresa *Emsland-Stärke* esportava i propri prodotti agricoli dalla Germania alla Svizzera, beneficiando così delle restituzioni, per poi farli immediatamente rientrare nel territorio comunitario e destinarli in realtà al mercato comunitario. La Corte di Giustizia, richiesta di pronunciarsi, in merito all'interpretazione del regolamento, da parte del giudice tedesco dinanzi al quale pendeva la causa tra l'amministrazione doganale tedesca e l'impresa per la restituzione delle sovvenzioni all'esportazione, riconobbe che l'operazione, in realtà, rispettava le condizioni formali previste dal regolamento ai fini della concessione delle sovvenzioni. Tuttavia, essa aggiunse che, nel caso in cui la combinazione di esportazioni e reimportazioni non desse luogo ad una operazione commerciale realizzata in buona fede, il diritto al percepimento delle sovvenzioni potesse essere escluso.

In particolare, la Corte definì, in modo esplicito gli elementi costitutivi dell'abuso rilevante in sede comunitaria. In primo luogo, l'abuso richiede, secondo la Corte "un insieme di circostanze oggettive dalle quali risulti che, nonostante il formale rispetto delle condizioni previste dalla normativa comunitaria, l'obiettivo perseguito da detta normativa non è stato raggiunto". Inoltre, è necessario "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". L'accertamento di tali requisiti compete al giudice nazionale dinanzi al quale la loro prova deve essere fornita "conformemente al diritto nazionale, purché ciò non pregiudichi l'efficacia del diritto comunitario".

Tale pronuncia, sviluppando argomentazioni già in gran parte discusse in occasione delle precedenti decisioni, definisce per la prima volta in termini espressi ed organici gli elementi costitutivi dell'abuso, rilevanti rispetto al diritto comunitario,

---

<sup>93</sup> Sul caso *Centros* (e sugli altri casi in materia di libertà di stabilimento delle società) nella prospettiva dell'abuso v. in particolare, W. G. RINGE, *Sparkling regulatory competition in European company law: the impact of the Centros line of case law and its concept of "Abuse of law"*, in DE LA FERIA, S. VOGENAUER (eds.), *Prohibition of abuse of law. A new general principle of EU Law?*, cit., p. 107 e ss.; M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 90 e ss.; R. DE LA FERIA, *Prohibition of abuse of (Community) Law*, cit., p. 405 e ss.

<sup>94</sup> sentenza 14 dicembre 2000, causa C-110-99, in *Racc.* p. I-11569 e ss.



ed indicandoli, riecheggiando così i tratti caratteristici della vicenda dell'abuso nei sistemi giuridici europei, nei due aspetti oggettivo e soggettivo<sup>95</sup>.

L'elaborazione della Corte di giustizia è proseguita, dando occasione ad ulteriori pronunce in tema di libertà di circolazione dei lavoratori e di cittadinanza, materie rispetto alle quali la Corte ha tuttavia mostrato maggiore cautela, assumendo posizioni più restrittive in merito alla configurabilità dell'abuso.

In alcuni casi, riguardanti cittadini di uno Stato trasferitisi in altro Stato, dove, dopo un periodo di lavoro, avevano richiesto il sussidio pubblico per motivi di studio, la Corte ha riconosciuto la configurabilità dell'abuso<sup>96</sup>. La Corte si è preoccupata tuttavia di restringere la portata dell'abuso limitandolo a quei casi nei quali potesse ritenersi che l'attività lavorativa fosse del tutto marginale e secondaria, sottolineando come, al di fuori di tali situazioni, dovesse applicarsi la protezione garantita dalla libertà di circolazione dei lavoratori<sup>97</sup>.

In tema di cittadinanza, in relazione ad un caso riguardante una cittadina cinese che si era recata in Irlanda, al sesto mese di gravidanza, in modo da far acquisire alla figlia, nata sul territorio irlandese, la cittadinanza di quel Paese, la Corte respinse l'allegazione del governo britannico (nel quale nel frattempo madre e figlia si erano trasferite, facendo affidamento sul fatto che la cittadinanza irlandese della bambina avrebbe consentito ad entrambe di risiedere legalmente nel Regno Unito) che considerava abusivo l'ottenimento della cittadinanza<sup>98</sup>.

Gli sviluppi più rilevanti della dottrina comunitaria dell'abuso, così come tratteggiata in *Emsland-Stärke*, si sono probabilmente avuti in materia tributaria, sia nel

---

<sup>95</sup> Cfr. P. KOUTRAKOS, *The Emsland-Stärke abuse of law test in the law of agriculture and free movement of goods*, in R. DE LA FERIA, S. VOGENAUER (eds.), *Prohibition of abuse of law*, cit., p. 203 e ss.; R. DE LA FERIA, *Prohibition of abuse of (Community) Law*, cit., p. 408 e ss.; M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 134 e ss.

<sup>96</sup> *Ninni-Orasche*, Causa C-413-01, sentenza del 6 novembre 2003, in *Racc.* p. I-13217 e ss., dove la Corte ritenne che potesse essere considerato abusivo l'esercizio della libertà di circolazione del lavoratore al solo scopo di godere, dopo un breve periodo di lavoro, dell'assistenza pubblica prevista per gli studenti nello Stato di ingresso; affermando inoltre che compete al giudice nazionale accertare se sussistono tali presupposti per l'abuso; in quest'occasione la Corte ribadì quanto espresso in analogo precedente, *Lair*, sentenza 21 giugno 1988, causa 39/86 in *Racc.* p. 3161 e ss., dove, pur affermando che il lavoratore che nello Stato ospitante intraprenda gli studi debba comunque considerarsi lavoratore e quindi legittimato a godere delle prestazioni sociali concesse ai lavoratori nazionali, considerò rilevante la brevità del periodo di attività lavorativa e la circostanza che possa ritenersi che il lavoratore entri nello Stato membro al solo scopo di fruire dei sussidi per gli studenti.

<sup>97</sup> Cfr. R. DE LA FERIA, *Prohibition of abuse of (Community) Law*, cit., p. 411 e ss.; per un'analisi dell'approccio della Corte al tema dell'abuso in materia di circolazione dei lavoratori, v. K. S. ZIEGLER, *"Abuse of law" in the context of the free movement of workers*, in R. DE LA FERIA, S. VOGENAUER (eds.), *Prohibition of abuse of law*, cit., p. 295 e ss.

<sup>98</sup> *Chen*, causa C-200/02, sentenza del 19 ottobre 2004, in *Racc.* I-9951 e ss.; per una discussione del limitato ruolo dell'abuso nei casi relativi alla cittadinanza dell'Unione v. R. DE LA FERIA, *Prohibition of abuse of (Community) Law*, cit., p. 414 e ss.; C. COSTELLO, *Citizenship of the Union: above abuse?*, in R. DE LA FERIA, S. VOGENAUER (eds.), *Prohibition of abuse of law*, cit., p. 321 e ss.



campo delle imposte indirette, con la nota decisione del caso *Halifax*, riguardante la disciplina comunitaria dell'IVA, sia nel campo delle imposte dirette, con l'altrettanto noto caso *Cadbury Schweppes*, in materia di imposte sui redditi delle società.

*Halifax*<sup>99</sup>, una società britannica esercente attività bancaria e finanziaria, in quanto tale esente da IVA, nel 1999 costruì alcuni *call center*, con finalità di supporto alla propria attività di impresa. Al fine di recuperare l'intero importo dell'IVA pagata per i lavori di costruzione e l'acquisto di diritti sugli immobili, escogitò un meccanismo, incentrato sulla costituzione di molteplici società controllate, che avevano il ruolo di acquisire i diritti sugli immobili e di affidare a terzi i lavori di costruzione. La catena di soggetti così costituita, che sostanzialmente dava luogo ad una serie di intermediari fittizi al fine di incrementare la quota di IVA recuperabile, avrebbe consentito alla *Halifax* di eludere la disciplina della sesta direttiva comunitaria sull'IVA (direttiva 77/388/CEE), secondo la quale essa avrebbe potuto recuperare soltanto il 5 per cento dell'IVA pagata sugli acquisti.

A fronte delle contestazioni della competente amministrazione finanziaria britannica e della instaurazione del relativo contenzioso, la Corte di Giustizia fu richiesta di chiarire, in sede di rinvio pregiudiziale, se la dottrina dell'abuso del diritto, così come sviluppata nei precedenti della stessa Corte, impedisse ad un contribuente di esercitare il proprio diritto di dedurre l'IVA, nel caso in cui le operazioni sulle quali il diritto si basasse fossero state realizzate per il fine esclusivo di sottrarsi all'imposizione fiscale.

La Corte confermò che il principio del divieto dell'abuso del diritto dovesse essere applicato anche alla materia dell'IVA e che pertanto la disciplina comunitaria rilevante in proposito andasse interpretata nel senso che essa precludesse l'esercizio del diritto di detrarre l'IVA, quando tale diritto derivasse da operazioni che integrassero un "comportamento abusivo". Tuttavia la Corte ebbe cura di chiarire come ciò non impedisca ai contribuenti di strutturare le proprie operazioni in modo tale da ridurre l'esposizione fiscale ed elaborò, sulla scorta della sua precedente giurisprudenza, i criteri per l'individuazione delle pratiche abusive proibite (in presenza delle quali le operazioni rilevanti possono essere riqualficate da parte delle amministrazioni finanziarie statali competenti in modo da ristabilire la situazione che si sarebbe verificata, a fini fiscali, in assenza dell'abuso).

Ai fini dell'identificazione del "comportamento abusivo", l'operazione rilevante deve, nonostante il formale rispetto delle condizioni richieste dalla disciplina comunitaria in materia, determinare un "vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da queste stesse disposizioni", e, inoltre, deve

---

<sup>99</sup> Sentenza del 21 febbraio 2006 causa C-255/02 in Racc. 2006 I-1685; sulla quale si veda la nota di M. POGGIOLI, *La Corte di Giustizia elabora il concetto di "comportamento abusivo" in materia d'iva e ne tratteggia le conseguenze sul piano impositivo: epifania di una clausola generale antielusiva di matrice comunitaria?* in *Riv. dir. trib.*, 2006, III, p. 122; v., poi, P. PISTONE, *L'elusione fiscale come abuso del diritto: certezza giuridica oltre le imprecisioni terminologiche della Corte di Giustizia Europea in tema di Iva*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, IV, p. 17.



risultare, da una serie di elementi obiettivi, quali il carattere artificiale delle operazioni ed i legami giuridici o economici tra gli operatori coinvolti, che tali operazioni “hanno essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale”, mentre “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”<sup>100</sup>. Come già stabilito negli altri casi rilevanti, venne poi ribadito che l’accertamento del carattere abusivo del comportamento rilevante è rimesso al giudice nazionale.

L’elemento determinante nell’ambito dei criteri così elaborati dalla Corte è rappresentato dallo “scopo essenziale” delle operazioni rilevanti. Esprimendosi in tali termini, la Corte ha inteso attribuire una portata piuttosto ampia alla nozione di abuso in ambito tributario, definendo il comportamento abusivo in modo tale da potervi fare rientrare operazioni delle quali possa dirsi che l’acquisizione del vantaggio fiscale ne rappresenti la ragione principale ma che siano giustificate anche da interessi ulteriori. In ciò la Corte si è probabilmente discostata dall’opinione dell’avvocato generale Poiares Maduro, che, sollevando un problema rimasto tuttora aperto alla luce della successiva giurisprudenza della Corte (v. *Cadbury Schweppes*, *infra*), aveva invece fatto riferimento a quelle attività per le quali non vi sia “obiettivamente altra spiegazione”, se non quella di procurare il vantaggio fiscale<sup>101</sup>.

La questione dell’abuso è stata poi sollevata anche con riferimento all’imposizione diretta sulle società nel caso *Cadbury Schweppes*<sup>102</sup>. La questione di diritto riguardava la compatibilità con la libertà di stabilimento stabilita dal Trattato, della disciplina vigente nel Regno Unito in materia di società controllate aventi sede all’estero, la quale, nel caso di specie, determinava l’imposizione fiscale in capo alla controllante *Cadbury Schweppes*, e pertanto secondo la disciplina fiscale del Regno Unito, per gli utili conseguiti da alcune controllate aventi sede in altro Stato membro (nella specie l’Irlanda). Tale disciplina, poi prevedeva delle condizioni di esenzione tali da escludere, in concreto, l’imposizione fiscale in capo alla controllante, nel caso in cui questa fosse stata in grado di dimostrare che la costituzione di società controllata estera non era finalizzata a “stornare” in qualche modo utili che altrimenti sarebbero stati percepiti da un contribuente del Regno Unito.

---

<sup>100</sup> Per la discussione di questi profili, v. P. PISTONE, *Abuse of law in the context of indirect taxation: from (before) Emsland-Stärke 1 to Halifax (and beyond)*, in R. DE LA FERIA, S. VOGENAUER (eds.), *Prohibition of abuse of law*, cit., p. 381 e ss.

<sup>101</sup> Nota il punto R. DE LA FERIA, *Prohibition of abuse of (Community) Law*, cit., p. 418 e ss.; diversa la ricostruzione di P. PISTONE, *L’elusione fiscale come abuso del diritto*, cit., p. 22 e ss., che ritiene che la corte abbia complessivamente aderito alle conclusioni dell’avvocato generale;

<sup>102</sup> sentenza del 12 settembre 2006, causa C-196-04, in *Racc.* p. I-7995; per un quadro generale dei problemi dal punto di vista tributario, v. S. CIPOLLINA, *Cfc legislation e abuso della libertà di stabilimento: il caso Cadbury Schweppes*, in *Riv. Dir. Fin.*, 2007, II, p. 3 e ss.; F. VANISTENDAEL, *Cadbury Schweppes and abuse from an EU tax law perspective*, in R. DE LA FERIA, S. VOGENAUER (eds.), *Prohibition of abuse of law*, cit., p. 407 e ss.



Ritenero i giudici del Regno Unito che le controllanti fossero state costituite al solo scopo di eludere la imposizione fiscale del Regno Unito e che pertanto alla controllante *Cadbury Schweppes* avrebbe dovuto applicarsi la tassazione per il suo fatturato mondiale (comprensivo anche degli utili conseguiti mediante controllate estere), ma tuttavia posero alla Corte la questione pregiudiziale della compatibilità tra tale disciplina del Regno Unito e le norme del Trattato in tema di libertà di stabilimento.

Più in particolare, si chiedeva alla Corte di chiarire, in primo luogo, se lo stabilimento di una controllata nel territorio di altro Stato membro al solo scopo di beneficiare del trattamento fiscale più favorevole ivi vigente potesse considerarsi abuso della libertà di stabilimento e, in secondo luogo, qualora tale condotta potesse considerarsi esercizio non abusivo di tale libertà, se la legislazione del Regno Unito in materia di imposizione fiscale per i gruppi di società potesse essere ritenuta in contrasto con le norme del Trattato sulla libertà di stabilimento (dato il trattamento fiscale, che essa prevedeva per il caso di costituzione di controllate stabilite in altro Stato membro).

Sulla scorta della propria precedente giurisprudenza, la Corte ribadì, innanzitutto, che le libertà del trattato non possono essere utilizzate in modo improprio o fraudolento al fine di eludere la legislazione nazionale. Tuttavia, essa aggiunse, applicando un'argomentazione analoga a quella del caso *Centros* (confermata in *Inspire Art*, sentenza del 30 settembre 2003, Causa C-167-01, in Racc. I-10195), che il mero stabilimento di una sede secondaria, al fine di beneficiare di una legislazione fiscale più favorevole, non costituisce, in sé, abuso.

Quanto alla disciplina fiscale in questione, la Corte ritenne che la limitazione alla libertà di stabilimento che essa comportava potesse “essere giustificata da motivi di lotta alle costruzioni di puro artificio”, qualora essa fosse “proporzionata a tale obiettivo”. Tali “costruzioni di puro artificio”, che giustificano la limitazione della libertà di stabilimento secondo una logica assimilabile a quella del divieto di abuso, sussistono quando sia possibile ravvisare “un elemento soggettivo consistente nella volontà di ottenere un vantaggio fiscale”, ed “elementi oggettivi dai quali risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dall’ordinamento comunitario, l’obiettivo perseguito dalla libertà di stabilimento ... non è stato raggiunto”.

Con tale decisione, dunque, la Corte sembra restringere la nozione di abuso rilevante rispetto a quella impiegata in *Halifax*. Mentre in quest’ultima sentenza, infatti, come si è visto, la Corte si è mostrata disponibile a considerare abusive operazioni che fossero caratterizzate dallo “scopo essenziale” di realizzare un vantaggio fiscale (lasciando così lo spazio per qualificare come abusive anche quelle operazioni alle quali possa attribuirsi, sia pure marginalmente, una qualche giustificazione ulteriore rispetto all’acquisizione del vantaggio fiscale), in *Cadbury Schweppes*, essa stabilisce un’equazione tra “costruzioni integralmente artificiali” (e



cioè, deve ritenersi, non giustificate da altra funzione economica che quella di sottrarsi ad un regime fiscale più oneroso) ed abuso, lasciando così aperta la questione della possibilità di considerare abusive, anche al di fuori della materia dell'IVA, quelle operazioni alle quali possa attribuirsi carattere prevalentemente artificiale (e non integralmente, nel senso sopra chiarito)<sup>103</sup>.

Alla luce di tale complessa evoluzione giurisprudenziale, dunque, può probabilmente constatarsi, come alcuni aspetti della vicenda dell'abuso del diritto nei sistemi giuridici europei, come tecnica per argomentare, secondo vari criteri formulati in senso sia oggettivo che soggettivo, la immeritevolezza di tutela dell'esercizio di prerogative riconosciute dalla legge quando il risultato che ne discende non possa essere ritenuto conforme alle ragioni della specifica "immunità" che dall'esercizio della prerogativa dovrebbe ordinariamente discendere, abbiano acquisito il rango di "principio generale del diritto comunitario"<sup>104</sup>.

Principio oggi espressamente sancito, ma tuttavia sul piano del tutto diverso della protezione dei diritti fondamentali e dell'ordinamento democratico, sempre nel contesto dell'ordinamento comunitario, dall'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza), che, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha acquisito "lo stesso valore giuridico vincolante dei Trattati" (art. 6 del Trattato sull'Unione Europea, come modificato in seguito al Trattato di Lisbona).

Tale norma, rubricata "Divieto dell'abuso di diritto", così dispone: "Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciuti nella presente Carta o a imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta".

La norma, nel solco di una tradizione che emerge sia dalla *Grundgesetz* tedesca che dalla Costituzione Greca e dalle carte dei diritti dell'ordinamento internazionale, riecheggia quell'esigenza di "protezione della democrazia", che proprio l'assolutismo dei diritti si presterebbe a minacciare, qualora la specifica immunità che dalla copertura costituzionale di alcune prerogative individuali deriva, potesse essere impiegata per mettere in pericolo lo stesso ordinamento democratico e liberale e i diritti fondamentali.

Espressione più celebre e significativa di tale aspirazione alla "protezione della democrazia" può essere considerato l'art. 18 della Costituzione tedesca del 1949, che, alla luce dell'esperienza di Weimar e della dittatura nazista che ne seguì, si preoccupa di stabilire, sotto la rubrica "Perdita dei diritti fondamentali", "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

<sup>103</sup> Cfr. R. DE LA FERIA, *Prohibition of abuse of (Community) Law*, cit., p. 427 e ss.

<sup>104</sup> In senso critico circa l'utilità, nel contesto del diritto comunitario, della nozione di abuso sviluppatasi negli ordinamenti nazionali, v. però, J. GORDLEY, *The abuse of rights in the civil law tradition*, in R. DE LA FERIA, S. VOGENAUER (eds.), *Prohibition of abuse of law*, cit., p. 25 e ss.



*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*<sup>105</sup>.

L'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione si pone poi nel solco tracciato da altre due norme dell'ordinamento internazionale: l'art. 30 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1948 (*“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?”*) e l'art. 17 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali adottata a Roma nel 1950 (*“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”*)<sup>106</sup>.

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”*. La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo si è caratterizzata, da questo punto di vista per un utilizzo prudente dell'art. 17 della relativa Carta, essenzialmente finalizzato ad impedire che *“le libertà democratiche potessero essere invocate per perseguire finalità antidemocratiche”* e che *“gruppi o individui possano sfruttare a loro vantaggio i principi posti dalla convenzione per dedurne il diritto di dedicarsi ad attività lesive degli altrui diritti e libertà”*<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> V. in generale, F. LOSURDO, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo*, Torino 2011, p. 37 e ss.

<sup>106</sup> Cfr. M. PANDIMIGLIO, *L'abuso del diritto nei trattati di Nizza e Lisbona*, in *Contr. e Impr.*, 2011, p. 1084 e ss.; S. CAFARO, *L'abuso del diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, cit., p. 316.

<sup>107</sup> S. CAFARO, *op. cit.*, p. 319 e ss.; cfr., poi, F. LOSURDO, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo*, cit., p. 148 e ss.