



GIUSTO PROCESSO E FRAZIONAMENTO DI UN CREDITO UNITARIO

TRIBUNALE MANTOVA, 03.11.2009 – est. Dr. L. DE SIMONE

L'ulteriore domanda di pagamento per interessi e rivalutazione che intervenga dopo il passaggio in giudicato di quella precedentemente proposta e relativa alla sorta capitale, è improponibile alla luce del principio del giusto processo, siccome abusivamente frazionata, nella rinnovata prospettiva del concetto di "deducibile", imposta dai canoni di "correttezza e buona fede" e "giusto processo".

Svolgimento del processo.

(Omissis)

RITENUTO IN FATTO E IN DIRITTO

-che con atto di citazione notificato il 11.09.08, P.I. conveniva in giudizio la Banca S.p.A. affinché fosse condannata al pagamento della complessiva somma di € 8.716,50 o quella maggiore o minore ritenuta di giustizia, oltre interessi legali e rivalutazione dalla domanda al pagamento;

-che a fondamento della domanda l'attore riferiva che, in un precedente giudizio intervenuto tra le medesime parti, era stata richiesta la ripetizione dell'indebito corrisposto all'Istituto di Credito per imposizione di interessi debitori eccedenti la misura legale, capitalizzazione trimestrale ed applicazione illegittima di commissione di massimo scoperto, e con sentenza di accoglimento del Tribunale di Mantova, n. 681 del 20.06.08, la Banca S.p.A. era stata condannata a corrispondere a parte attrice la somma di € 63.689,96 senza riconoscimento di interessi legali, essendo stata ritenuta inammissibile la domanda, in quanto svolta per la prima volta in comparsa conclusionale;

-che, comunque, l'importo per gli interessi doveva essere riconosciuto in questa sede per il periodo 07.11.2005 (data della prima domanda di ripetizione di indebito) al 20.06.08 (data della pronuncia di condanna) oltre agli interessi anatocistici sugli stessi, in quanto maturati da oltre sei mesi ed oltre rivalutazione monetaria, quale danno ulteriore da attribuirsi in via presuntiva (Cass. SS.UU. 19499/08).

-che si costituiva in giudizio la Banca S.p.A., insistendo per il rigetto delle domande proposte, eccependo il giudicato esterno della Sentenza n. 681/08 sia con riguardo al dedotto che al deducibile, in cui rientravano sicuramente la domanda accessoria di interessi e rivalutazione monetaria;

-che il giudizio è stato solo documentalmente istruito;

-che sicuramente deve essere riconosciuta natura moratoria agli interessi richiesti in questa sede, essendo pacifica in tema di ripetizione di indebito l'applicabilità del disposto dell'art. 1224 c.c. (ex plurimis, Cass. Civ., sez. III, 07.05.2007 n. 10297; Cass. Civ., sez. lav., 06.03.2006 n. 4775; Cass. Civ., sez. II, 23.01.1995 n. 722) salvo quanto previsto in tema di decorrenza specificamente dalla norma che disciplina l'indebito oggettivo;

-che deve altresì considerarsi che il diritto al risarcimento dei danni nelle obbligazioni pecuniarie, comprensivo di interessi moratori (art. 1224, I co c.c.) e maggior danno (art.



1224, II co. c.c.) ha un fondamento autonomo e distinto rispetto alla restituzione che deriva dall'indebito oggettivo e, per questo, nella giurisprudenza più risalente (Cass. Civ., sez. lav., 12.11.1999 n. 12591 ; Cass. Civ. sez. lav., 14.05.1998 n. 4883) era considerato separatamente esercitabile;

-che tuttavia questo orientamento tradizionale deve ritenersi travolto dai principi espressi dalle Sezioni Unite nella pronuncia n. 23726 del 15.11.07, per cui non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro frazionare il credito in plurime richieste giudiziali, contestuali ovvero scaglionate nel tempo, e questo alla luce della valorizzazione del canone del "giusto processo", di cui al novellato art. 111 Cost., "in relazione al quale si impone una lettura "adeguata" della normativa di riferimento (in particolare dell'art. 88 c.p.c.) nel senso del suo allineamento al duplice obiettivo della "ragionevolezza della durata" del procedimento e della "giustizia" del processo inteso come risultato finale (della risposta, cioè, alla domanda della parte), che "giusto" non potrebbe essere ove frutto di abuso, appunto, del processo, per effetto dell'esercizio dell'azione in forme eccedenti o devianti, rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale, che segna il limite, oltre che la ragione dell'attribuzione, al suo titolare, della "potestas agendi";

-che il condivisibile orientamento espresso dalle Sezioni Unite è stato ulteriormente confermato da Cass. Civ., sez. III, 11.06.2008 n. 15476 nonché da Cass. Civ., sez. lav., 03.12.2008 n. 28719;

-e che, in tali pronunce, altresì, viene specificato che tutte le domande giudiziali aventi ad oggetto la frazione di un unico credito sono da dichiararsi improponibili, proprio nella rinnovata prospettiva del concetto di "deducibile", imposta dai canoni di "correttezza e buona fede" e di "giusto processo";

-che le considerazioni svolte nelle menzionate sentenze sul presupposto del frazionamento del capitale sono da ritenersi ancora più fondate nel caso di specie, in cui risulta frazionata la domanda per capitale da quella per interessi e rivalutazione, che naturalmente costituiscono accessorio della prima;

-che le valutazioni che procedono comportano l'improponibilità delle domande formulate e rendono superfluo l'esame di ogni ulteriore questione;

-che la novità della questione giuridica affrontata rende equa la compensazione delle spese di lite tra le parti;

P.Q.M.

Il Tribunale di Mantova, in persona del Giudice Unico dott. Laura De Simone, definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione disattesa, così giudica :

-dichiara improponibili le domande proposte da P.I. nei confronti di Banca S.p.A.;

-compensa tra le parti le spese processuali.



LE CONSEGUENZE SULLA DOMANDA GIUDIZIALE DELL'ABUSIVO FRAZIONAMENTO DI UNA PRETESA CREDITORIA UNITARIA: LE POSIZIONI ASSUNTE DALLA GIURISPRUDENZA DI MERITO A SEGUITO DI CASS. SEZ. UN., 15 NOVEMBRE 2007, n. 23726, ED UN RILEVANTE INTERVENTO LEGISLATIVO DI SEGNO CONTRARIO.

GIANLUCA CASCELLA

Sommario :1. Inquadramento della fattispecie. - 2. La posizione della Cassazione ante 2007.– 3. Buona fede oggettiva ed orientamenti dottrinali. - 4. Sezioni Unite n. 23726/2007. - 5. L'abuso del diritto come principio generale del n/s ordinamento giuridico. - 6. Abuso del diritto e comparazione.- 7. Abuso del diritto e diritto comunitario.- 8. La decisione del Trib. Mantova.- 9. Posizioni divergenti.- 10. Il legislatore smentisce le Sezioni Unite?- 11. Considerazioni conclusive.

1. La decisione che si annota¹, costituisce una ipotesi in cui la giurisprudenza di merito recepisce e fa applicazione dei principi di diritto stabiliti dalle Sezioni Unite della S.C. con la nota decisione n. 23726 del 15.11.2007 in termini di abuso del diritto, processuale nella fattispecie, da parte del creditore; principi poi esplicitati dalle Sezioni semplici con successive decisioni.

Nell'ordinamento giuridico italiano, a differenza di altri ordinamenti europei, non è stata codificata la fattispecie dell'abuso del diritto.

Infatti, all'epoca della emanazione del codice civile attualmente vigente, ragioni sia di tipo culturale – all'epoca il fondamento dell'abuso del diritto era rivenuto in principi etico-morali e non giuridici – sia di tipo giuridico – preoccupazioni per la certezza del diritto, messa in pericolo dal grande potere discrezionale che una clausola di natura generale come quella dell'abuso del diritto avrebbe attribuito al giudice – sono risultate ostative all'inserimento, nel testo definitivo del codice civile del 1942, di quella previsione invece presente nella stesura preliminare del codice stesso, che all'art. 7 stabiliva che nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto.

L'abuso del diritto si pone, per costante elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, come l'altra faccia del criterio della buona fede oggettiva, costruita come un criterio di reciproca considerazione e tutela, rispettivamente, da parte del debitore, per l'interesse del creditore e, da parte del creditore, per l'interesse del debitore; quindi, si colloca in un'ottica di salvaguardia dei contrapposti interessi, così come previsto sin dalla Relazione ministeriale al codice civile del 1942.

¹ Cfr. Trib. Mantova, 03.11.2009, riportata in epigrafe al presente commento ed altresì reperibile in www.ilcaso.it



La funzione della buona fede oggettiva emerge con evidenza, quale strumento rivolto al fine di garantire che, nell'ambito del rapporto obbligatorio ed in ogni sua fase, i contrapposti interessi delle parti ricevano attuazione e tutela equilibrata e proporzionata.

Perché vi sia abuso devono sussistere i seguenti elementi: a) un soggetto deve essere titolare di un determinato diritto; b) tale diritto deve potersi esercitare secondo modalità differenti, lasciate alla libera scelta del titolare; c) l'esercizio concreto di tale diritto, pur se attuato nel rispetto formale della previsione che lo attribuisce, si rivela invece censurabile alla luce di determinati criteri di valutazione, giuridici e metagiuridici; d) tale atto di esercizio del diritto risulti fonte di un vantaggio, per il suo titolare, che si riveli ingiustificatamente eccessivo rispetto al correlato sacrificio posto a carico del soggetto passivo.

Nell'abuso del diritto, quindi, si riscontra il rispetto della forma prevista dall'ordinamento per il suo esercizio, a cui si associa, tuttavia, una deviazione dallo scopo posto a base del suo riconoscimento, dal momento che la forma viene piegata al conseguimento di fini non solo diversi quanto neanche previsti dal legislatore. L'ordinamento giuridico reagisce a tale divergenza e contrasto negando tutela ad atti di esercizio del diritto che, pur se posti in essere nel formale rispetto della struttura di esso come attribuita dall'ordinamento, integrano invece la concreta manifestazione di un fine contrario alla funzione del medesimo, contrastando con il principio di correttezza e buona fede oggettiva.

E' indubbio, allora, che la mera titolarità di un diritto non equivale ad automatica garanzia di legittimità di ogni suo atto di esercizio, essendo invece necessario che, in ogni occasione, l'esercizio del diritto sia proporzionato alle circostanze del caso concreto, in modo da evitare che i contrapposti interessi siano incisi e sacrificati in maniera più pesante di quanto realmente occorra a consentire la realizzazione del diritto in favore del suo titolare.

Tanto equivale a dire, allora, che il rispetto del criterio della buona fede oggettiva costituisce l'unica garanzia per fare in modo che i contrapposti interessi delle parti siano condotti e preservati nei binari di un giusto quanto doveroso equilibrio.

2. Prima di esaminare la pronunzia del giudice mantovano, appare opportuno un breve accenno alla problematica della tutela giudiziaria di un credito monetario, attraverso l'evoluzione giurisprudenziale della sua concreta attuazione.

In materia, fino a circa un decennio addietro la Suprema Corte si è mostrata propensa ad avallare la legittimità di condotte tenute dal creditore che, in sostanza, si risolvevano in un utilizzo strumentale ed ingiustificato dello strumento processuale, trovando come risolto nella prassi giudiziaria la moltiplicazione delle procedure; azioni mirate ad ottenere il riconoscimento di una pretesa creditoria che, al contrario, sin dall'origine aveva natura unitaria in quanto nascente da un unico rapporto credito/debito, con i prevedibili e censurabili riflessi negativi per il debitore.

All'epoca, la rilevanza costituzionale dei doveri di correttezza e buona fede nei rapporti intersoggettivi, nell'alveo della clausola generale del dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., si incominciava ad affacciare nella giurisprudenza della Cassazione², anche se non

² Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Giur.it*, 2000, p.1154.



poteva dirsi rivenisse un generalizzato riconoscimento.

Ed infatti, le Sezioni Unite della Suprema Corte con una decisione resa nell'anno 2000³, avallarono la legittimità del frazionamento di un credito unitario, motivando tale decisione innanzitutto sul rilievo della inesistenza nell'ordinamento positivo di una espressa previsione di divieto di una simile condotta; anzi, sotto tale profilo, un ulteriore ragione di legittimità di simile condotta venne individuata nel rilievo che l'ordinamento ammette l'adempimento parziale, per cui se il creditore può accettarlo *ex art. 1181 c.c.*, a maggiore ragione doveva ritenersi legittimato a richiedere un adempimento frazionato del proprio credito; ulteriore elemento a sostegno fu individuato nell'accertamento dell'esistenza, nella fattispecie concreta, di un apprezzabile interesse del creditore a vedere integralmente soddisfatta la propria pretesa attraverso tale modalità di esercizio del diritto; orientamento, questo, che mostrava chiaramente di rinvenire il proprio fondamento esclusivamente nel sistema del codice civile.

Altre pronunzie della Suprema Corte⁴, con il sostegno della più sensibile dottrina⁵, censurarono siccome inammissibili simili condotte, valorizzando principi quali i doveri di solidarietà gravanti su entrambe le parti di un rapporto obbligatorio e richiamando l'art. 2 Cost. nonché l'ulteriore canone costituzionale del processo «giusto» di cui all'art. 111 della Costituzione.

In presenza di un simile contrasto di orientamenti giurisprudenziali all'interno del Supremo Collegio, rimessa la decisione alle Sezioni Unite, le stesse hanno composto il contrasto ricorrendo, innanzitutto, al criterio della interpretazione costituzionalmente orientata delle norme civilistiche in materia di correttezza e buona fede, e rilevando come tali previsioni dovevano essere lette alla luce della clausola generale di cui all'art. 2 Cost., inoltre, evidenziarono la necessità di dare attuazione al principio di cui all'art. 111, 2° comma Cost., la cui importanza per l'ordinamento italiano la stessa Suprema Corte aveva già in precedenza mostrato di riconoscere⁶. Infine, le Sezioni Unite riconobbero che la durata ragionevole del processo costituiva elemento intrinseco ed inscindibile di tale principio, di cui il legislatore era tenuto ad assicurarsi l'attuazione ed il rispetto⁷.

3. In dottrina, varie opinioni si sono palesate e contrapposte in ordine alla funzione delle disposizioni normative in tema di correttezza e buona fede; brevemente se ne riportano alcune: a) in epoca più risalente, autorevole dottrina distingueva correttezza e buona fede in ragione della natura, negativa (per la correttezza) ovvero positiva (per la buona fede) degli obblighi imposti alle parti⁸; b) ancora nel novero dei fautori della distinzione tra le due

³ Cass., Sez. Un., 10 aprile 2000, n. 108, in *Mass. Giust. Civ.*, 2000, 691.

⁴ Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2985

⁵ C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 1987, p.473 e ss.; G. ALPA, *Fonti del diritto, clausola generale di buona fede e diritto giurisprudenziale*, su www.altalex.com.

⁶ Cass., Sez. Un., 26 gennaio 2004, n. 1338,1339,1340 e 1341, in *Guida dir.*, 2004, 21, p. 85.

⁷ Cass., Sez. Un., 28 febbraio 2007, n. 4636, in *Resp. e risarcimento*, 2007, 11, p. 15.

⁸ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, volumi I-IV, Milano, 1953-1955.



ipotesi, si pone chi distingue tra buona fede e correttezza in relazione al loro diverso ambito applicativo, per essere la prima limitata alla sola materia contrattuale, e la seconda invece, giusto il richiamo di cui all'art. 1175 c.c., estesa a tutte le obbligazioni, per così rimarcare una distanza, uno spazio di divergenza, che deve essere colmato da un apposito rinvio⁹; c) successivamente altri importanti studiosi si sono posti su posizioni differenti, affermando che i due termini sono assolutamente equivalenti¹⁰; d) per altri ancora, buona fede e correttezza fungerebbero da prescrizioni quadro, la cui concreta attuazione sarebbe compito di ulteriori e specifiche previsioni normative, ed in conseguenza solo la violazione di queste ultime norme sarebbe fonte di un illecito, che non si verificherebbe in caso di violazione del solo generico dovere di correttezza¹¹; impostazione, questa, che finisce per svuotare di efficacia cogente autonoma il concetto di correttezza; ancora, nell'ambito di tale ultima corrente, si rinviene l'opinione di chi ritiene che i predetti doveri di natura generica siano per di più limitati alla fase della formazione, interpretazione ed esecuzione del contratto, senza invece riguardare lo specifico contenuto del singolo rapporto contrattuale¹²; e) di contro, decisamente critico nei confronti delle posizioni da ultimo richiamate sub b) e d) si mostra altro studioso; il predetto, infatti, contesta la validità della prima dal punto di vista sistematico, atteso che i contratti rientrano nelle obbligazioni e quindi non ha senso teorizzare una loro separazione e differenziazione, dato che i primi costituiscono una specie del più ampio genere delle obbligazioni; in relazione alla seconda, ribadisce la natura di clausola generale della norma di cui all'art. 1175 c.c., siccome norma aperta e che è fatto oggetto di molteplici previsioni positive, di cui spesso rappresentano la sua applicazione in specifici ambiti¹³; f) per concludere, va segnalata la posizione di altra autorevole dottrina che esplica, in maniera convincente e condivisibile, la tesi proposta dai sostenitori della equivalenza di correttezza e buona fede, affermando che si ha violazione della correttezza non solo quando una parte agisce con il proposito doloso di recare pregiudizio all'altra, ma anche allorquando il comportamento da essa tenuto non sia stato, comunque, improntato alla schiettezza ed al senso di solidarietà sociale.

Tanto perché, si afferma, la regola della correttezza ex art. 1175 c.c., avendo identico contenuto rispetto alla buona fede oggettiva richiamata da varie disposizioni (artt. 1337, 1366 e 1375 c.c.) costituisce il richiamo, nell'ambito delle obbligazioni, di una medesima regola che, in quanto espressione del principio costituzionale di solidarietà dettato dall'art. 2 della Costituzione, governa l'intero campo del diritto privato e, conseguentemente, ogni

⁹ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1974, p. 17 e ss.

¹⁰ A. DI MAJO, *Delle Obbligazioni in generale*, in *Commentario al codice civile*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 290; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Milano, vol. IV, 1998, p. 86.

¹¹ U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1991, p. 356 e ss.

¹² F. BENATTI, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Cendon, Milano, vol. IV, 1999, p. 8.

¹³ F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, XIV ed., 2009, pp. 560-561.



rapporto giuridico¹⁴.

4. Ritornando alla giurisprudenza, va evidenziato che già prima della decisione del 2007 la Corte di Cassazione aveva avuto modo di riconoscere che i principi di correttezza e buona fede oggettiva sovrintendevano ad ogni fase del contratto, dalla formazione passando per la interpretazione sino alla sua esecuzione, costituendone un cardine irrinunciabile¹⁵.

Invero, con la decisione n. 23726 del 15.11.2007¹⁶ il Supremo Collegio si è dimostrato pienamente consapevole che le norme di cui agli art. 1175 e 1375 c.c., e quindi i doveri da esse esplicitati, devono essere intese non come norme astratte ed isolate, bensì come manifestazioni della clausola generale di solidarietà prevista dall'art. 2 Cost.; in tal modo, le Sezioni Unite hanno legittimato il canone della buona fede oggettiva come fondamentale strumento a disposizione del giudice, il cui utilizzo gli consente di modificare ovvero anche solo integrare il regolamento pattuito dalle parti stesse e, in conseguenza, di garantire il corretto equilibrio dei contrapposti interessi.

Inoltre, la Corte afferma con chiarezza che la sussistenza di tale equilibrio è indispensabile in ogni fase del rapporto obbligatorio, dal suo sorgere a quello eventuale di esecuzione mediante tutela giudiziale.

Infine, le Sezioni Unite riconoscono, richiamando quanto affermato dalle Sezioni semplici¹⁷, che tale equilibrio non può essere alterato per effetto di una iniziativa unilaterale del creditore, risolvendosi ad esclusivo vantaggio del primo ed a danno del debitore.

Per effetto di tale ricostruzione, il frazionamento di un credito unitario si pone, innanzitutto, in contrasto con il canone della buona fede; inoltre, esso viola anche il principio del giusto processo, sia sotto il profilo dell'abuso dello strumento processuale, per suo utilizzo sovrabbondante ed ingiustificato rispetto allo scopo da perseguire – perché a giudizio della Corte una pluralità di azioni giudiziarie è inaccettabile ed inammissibile allorché per conseguire il medesimo risultato, ovvero la soddisfazione giudiziale di un credito, ne sarebbe stata sufficiente una sola – sia, altresì, sotto il profilo della ragionevole durata del processo stesso, obiettivo che sarebbe invece vanificato ammettendo la possibilità di una moltiplicazione dei processi; situazione che, oltre ad un allungamento a dismisura ed incontrollato del vincolo obbligatorio per il debitore, siccome dipendente dal mero arbitrio del creditore, si rivela potenziale fonte di decisioni contrastanti, con gli ulteriori prevedibili effetti negativi in termini di certezza delle situazioni giuridiche.

Attraverso tale affermazione la Cassazione richiama l'attenzione sulla necessità della lettura costituzionalmente adeguata anche di un'ulteriore norma, in questo caso di matrice processualcivile, rappresentata dall'art. 88 c.p.c.; in tale disposizione il Collegio individua una sorta di punto di equilibrio ed al tempo stesso *discrimen* tra il potere di azione esercitato in modo giusto, cioè coerentemente con lo spirito e la finalità per la quale la legge lo

¹⁴ P. STANZIONE, *Manuale di Diritto Privato*, Torino, I^a ed., 2006, c. 49, p. 536.

¹⁵ Cass., 18 ottobre 2004, n. 20399, con nota di M. Selvini, in *Contratti*, 2005, n.5, pp. 429 e ss.

¹⁶ In *Foro it.*, 2008, I, c. 1514.

¹⁷ Cass., 07 giugno 2006, n. 13345, in *La responsabilità civile*, 2007, 7, p. 594 e ss.



riconosce, rispetto invece a censurabili ipotesi di utilizzo deviato o comunque fuorviante di detto potere.

5. A tale ultimo proposito, di recente la Cassazione ha riconosciuto cittadinanza nel nostro ordinamento giuridico alla fattispecie “*abuso del diritto*”, affermandone la natura di principio generale¹⁸ e così dando seguito alle posizioni espresse da altre pronunzie che avevano mostrato sensibilità verso una problematica di grande rilevanza; problematica che, tuttavia, non era mai stata affrontata dal legislatore a livello di principi generali del diritto, invece limitata ad ipotesi peculiari e ben individuate, in cui l’abuso del diritto viene identificato e sanzionato ; basti pensare, in proposito, alla legge sulla subfornitura ed alla previsione della fattispecie di “*abuso di dipendenza economica*” in essa prevista, *ex art. 9 L. 172/1998*.

Secondo la Corte, infatti, l’abuso del diritto si rivela attraverso comportamenti contrari al principio di buona fede in senso oggettivo, avverso i quali la risposta dell’ordinamento non può che essere quella di negare loro tutela, onde evitare che, attraverso i censurati comportamenti contrari alla buona fede oggettiva, vengano infranti e violati i doveri di buona fede e correttezza.

Su tali presupposti, il Collegio afferma che buona fede oggettiva ed abuso del diritto sono tra loro strettamente complementari ed interdipendenti, in quanto la buona fede oggettiva rappresenta il canone generale cui ricondurre sia la condotta delle parti di un rapporto sia l’interpretazione degli atti dalle stesse posti in essere in esecuzione del medesimo; per altro verso l’abuso si profila come un limite che l’ordinamento pone al legittimo esercizio di ciascun diritto, il cui superamento realizza la deviazione dal percorso istituzionalmente previsto e, al tempo stesso, costituisce atto non meritevole di tutela; tanto perchè l’esercizio di un diritto per fini diversi da quelli previsti dall’ordinamento, attuato per realizzare risultati, vietati rende l’atto di concreto esercizio del diritto, pur se formalmente legittimo e come tale esercitabile, non meritevole di tutela secondo l’ordinamento giuridico, siccome rivolto a realizzare interessi della parte negativamente valutati dall’ordinamento, portando con sé *in re ipsa* le ragioni del diniego di tutela da parte dell’ordinamento.

In tale opera la Cassazione ha proceduto prima ad individuare tutta una serie di fattispecie di ipotesi di abusivo esercizio di un diritto (in materia societaria: in relazione all’esercizio del diritto di voto nelle assemblee; in relazione alla qualità di socio, per l’adempimento delle obbligazioni sociali; nell’ambito dei rapporti bancari, con riguardo all’esercizio del tutto arbitrario ed imprevedibile del diritto di recesso da parte della banca; ed ancora, sulla compensazione operata autonomamente dalla banca in relazione alle poste di un c/c, senza preventiva informazione del correntista; in materia contrattuale, con riferimento alla mediazione, al *sale and lease back* legato al divieto di patto commissorio, ed ancora al contratto autonomo di garanzia ed *exceptio doli*) per poi, alla luce di tutta una serie di considerazioni, ricavare da esse l’esistenza della fattispecie “*abuso di diritto*” come principio generale del nostro ordinamento giuridico.

In tale prospettiva, nella motivazione della decisione significativa appare la influenza del

¹⁸ Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in Foro it., 2010, 1, I, 85.



diritto comunitario come interpretato dalla Corte di giustizia CE, atteso il richiamo al principio di proporzionalità, che la Cassazione richiama sia individuandolo quale criterio cui avrebbe dovuto essere improntato l'atto di esercizio di un diritto quale quello di recesso unilaterale, pure previsto *ad nutum* nella fattispecie in favore di una delle parti, sia come criterio interpretativo per il giudice del merito nella valutazione della legittimità o meno dell'esercizio di tale diritto.

L'affermazione formulata dal Supremo Collegio è chiara ed inequivoca¹⁹, avendo rilevato innanzitutto che la Corte di merito, in presenza di un recesso non qualificato, era indiscutibilmente tenuta valutare le circostanze che i destinatari avevano allegato come impeditive dell'esercizio del recesso o, in ogni caso, quali fatti costitutivi del riconoscimento in loro favore del diritto al risarcimento per il suo abusivo esercizio. Inoltre, per la Suprema Corte anche riguardo all'abuso del diritto le indicazioni fornite dal giudice di merito erano da disattendere, poichè quest'ultimo avrebbe dovuto, ma non lo ha fatto, esercitare quel controllo sul carattere abusivo degli atti di autonomia privata che la stessa Corte aveva già in precedenza pienamente riconosciuto; tanto al fine, appunto, di garantire che un diritto pur previsto in favore delle parti venisse, nella fattispecie concreta, attuato attraverso modalità risolvendosi in un danno del tutto ingiustificato per una delle parti²⁰.

¹⁹ Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

²⁰ Afferma infatti la S.C. con la sentenza citata “*La conseguenza è l'irrelevanza, sotto questo aspetto, delle considerazioni svolte in tema di libertà economica e di libero mercato. Nessun dubbio che le scelte decisionali in materia economica non siano oggetto di sindacato giurisdizionale, rientrando nelle prerogative dell'imprenditore operante nel mercato, che si assume il rischio economico delle scelte effettuate. Ma, in questo contesto, l'esercizio del potere contrattuale riconosciuto dall'autonomia privata, deve essere posto in essere nel rispetto di determinati canoni generali - quali quello appunto della buona fede oggettiva, della lealtà dei comportamenti e della correttezza - alla luce dei quali debbono essere interpretati gli stessi atti di autonomia contrattuale. Ed il fine da perseguire è quello di evitare che il diritto soggettivo, che spetta a qualunque consociato che ne sia portatore, possa sconfinare nell'arbitrio. Da ciò il rilievo dell'abuso nell'esercizio del proprio diritto. La libertà di scelta economica dell'imprenditore, pertanto, in sé e per sé, non è minimamente scalfita; ciò che è censurato è l'abuso, ma non di tale scelta, sibbene dell'atto di autonomia contrattuale che, in virtù di tale scelta, è stato posto in essere. L'irrelevanza, per il diritto, delle ragioni che sono a monte della conclusione ed esecuzione di un determinato rapporto negoziale, non esclude - ma anzi prevede - un controllo da parte del giudice, al fine di valutare se l'esercizio della facoltà riconosciuta all'autonomia contrattuale abbia operato in chiave elusiva dei principii espressione dei canoni generali della buona fede, della lealtà e della correttezza. Di qui il rilievo riconosciuto dall'ordinamento - al fine di evitare un abusivo esercizio del diritto - ai canoni generali di interpretazione contrattuale. Ed in questa ottica, il controllo e l'interpretazione dell'atto di autonomia privata dovrà essere condotto tenendo presenti le posizioni delle parti, al fine di valutare se posizioni di supremazia di una di esse e di eventuale dipendenza, anche economica, dell'altra siano stati forieri di comportamenti abusivi, posti in essere per raggiungere i fini che la parte si è prefissata. Per questa ragione il giudice, nel controllare ed interpretare l'atto di autonomia privata, deve operare ed interpretare l'atto anche in funzione del temperamento degli opposti interessi delle parti contrattuali. Erra, pertanto, il giudice di merito quando afferma che vi è un'impossibilità di procedere ad un giudizio di ragionevolezza in ambito contrattuale, escludendo che lo stesso possa controllare l'esercizio del potere di recesso; ritenendo che, diversamente si tratterebbe di una valutazione politica. Il problema non è politico, ma squisitamente giuridico ed investe i rimedi contro l'abuso dell'autonomia privata e dei rapporti di forza sul mercato, problemi questi che sono oggetto di attenzione da parte di tutti gli ordinamenti contemporanei, a causa dell'incremento delle situazioni di disparità di forze fra gli operatori economici. Al giudicante è richiesta, attraverso il controllo e l'interpretazione dell'atto di recesso*



La posizione assunta dalla giurisprudenza di legittimità innanzi richiamata è senza dubbio meritevole di positiva considerazione in quanto, in adesione alla dottrina cui in precedenza si è fatto riferimento, è indubbio che i canoni di correttezza e buona fede costituiscano disposizioni dotate di efficacia cogente autonoma, e non mere norme di principio; tanto a maggiore ragione perchè ad esse, e specificamente a quella della buona fede, va riconosciuto il carattere di norma di sicurezza del sistema, idonea a garantirne la tenuta ed evitarne l'immobilismo e l'invecchiamento precoce, dato che essa consente al diritto di adeguarsi con la sollecitudine che richiede una realtà sociale in costante e rapida evoluzione, perseguendo in quest'ottica un duplice obiettivo: da un lato, scongiurare il rischio di lasciare senza tutela situazioni e rapporti insorti nel frenetico mutare della società e dei costumi; dall'altro evitare che si verificino casi concreti in cui venga rispettata la sola forma delle situazioni giuridiche, a scapito della sostanza di esse e quindi con il concreto rischio di travalicare indebitamente i limiti, esterni ed interni, soggettivi ed oggettivi, di un diritto che l'ordinamento riconosce ai soggetti.

Ad ulteriore conferma della riconosciuta cittadinanza, alla fattispecie "abuso del diritto" come principio generale del nostro ordinamento, ancora più di recente le Sezioni Unite hanno affrontato detta tematica, nella specie dello strumento processuale, in riferimento alla condotta dell'avvocato, riscontrando come anche nell'operato professionale del difensore siano ravvisabili astrattamente (nonché ravvisati nella fattispecie concreta sottoposta al loro

- al fine di affermarne od escluderne il suo esercizio abusivo, condotto alla luce dei principii più volte enunciati - proprio ed esclusivamente una valutazione giuridica. La Corte di merito ha affermato che l'abuso fosse configurabile in termini di volontà di nuocere, ovvero in termini di "neutralità"; nel senso cioè che, una volta che l'ordinamento aveva previsto il mezzo (diritto di recesso) per perseguire quel dato fine (scioglimento dal contratto di concessione di vendita), erano indifferenti le modalità del suo concreto esercizio. Ma il problema non è questo. Il problema è che la valutazione di un tale atto deve essere condotta in termini di "conflittualità". Ovvero: posto che si verte in tema di interessi contrapposti, di cui erano portatrici le parti, il punto rilevante è quello della proporzionalità dei mezzi usati. Proporzionalità che esprime una certa procedimentalizzazione nell'esercizio del diritto di recesso (per es. attraverso la previsione di trattative, il riconoscimento di indennità ecc.). In questo senso, la Corte di appello non poteva esimersi da un tale controllo condotto, secondo le linee guida esposte, anche, quindi, sotto il profilo dell'eventuale abuso del diritto di recesso, come operato. In concreto, avrebbe dovuto valutare - e tale esame spetta ora al giudice del rinvio - se il recesso ad nutum previsto dalle condizioni contrattuali, era stato attuato con modalità e per perseguire fini diversi ed ulteriori rispetto a quelli consentiti. Ed in questo esame si sarebbe dovuta avvalere del materiale probatorio acquisito, esaminato e valutato alla luce dei principii oggi indicati, al fine di valutare - anche sotto il profilo del suo abuso - l'esercizio del diritto riconosciuto. In ipotesi, poi, di eventuale, provata disparità di forze fra i contraenti, la verifica giudiziale del carattere abusivo o meno del recesso deve essere più ampia e rigorosa, e può prescindere dal dolo e dalla specifica intenzione di nuocere: elementi questi tipici degli atti emulativi, ma non delle fattispecie di abuso di potere contrattuale o di dipendenza economica. Le conseguenze, cui condurrebbe l'interpretazione proposta dalla sentenza impugnata, sono inaccettabili. La esclusione della valorizzazione e valutazione della buona fede oggettiva e della rilevanza anche dell'eventuale esercizio abusivo del recesso, infatti, consentirebbero che il recesso ad nutum si trasformi in un recesso, arbitrario, cioè ad libitum, di sicuro non consentito dall'ordinamento giuridico. Il giudice del rinvio, quindi, dovrà riesaminare la questione, tenendo conto delle indicazioni fornite e dei principii enunciati, al fine di riconoscere o meno il carattere abusivo del recesso e l'eventuale, consequenziale diritto al risarcimento del danno subito. Tutto ciò in chiave di contemperamento dei diritti e degli interessi delle parti in causa, in una prospettiva anche di equilibrio e di correttezza dei comportamenti economici".



esame) gli estremi di una condotta abusiva del professionista il quale, in violazione del disposto degli artt. 22 e 49 del Codice Deontologico Forense, oltre che della più generale previsione di cui all'art. 88 c.p.c., in forza di una sentenza favorevole per il proprio cliente, nonostante la modesta entità – in relazione alle condizioni economiche del debitore – del credito accertato nella pronunzia giurisdizionale, pur in assenza di un esplicito rifiuto della parte debitrice di dare spontanea esecuzione al giudicato portato dalla sentenza, abbia notificato al debitore atto di precetto, così aggravandone la posizione debitoria, senza previamente informare l'avvocato del debitore predetto in ordine alla propria intenzione di dare avvio alla procedura esecutiva²¹.

Al riguardo le Sezioni Unite, confermando il proprio precedente orientamento, hanno messo in evidenza come tale informativa rappresentasse una estrinsecazione del dovere di lealtà e correttezza nei confronti del collega di controparte, che impone all'avvocato, in determinate circostanze, di rendere edotto il legale della parte avversa riguardo le iniziative intraprese a tutela del proprio assistito e che, in conseguenza, la violazione di tale dovere sia fonte di illecito disciplinare²².

6. Guardando alla esperienza degli altri ordinamenti europei, va detto che alcuni di essi, a differenza di quello italiano, hanno espressamente codificato il principio dell'abuso del diritto.

In ambito continentale, l'espressione in questione è relativamente giovane e, in relazione all'accoglienza ricevuta, appare opportuno richiamare quell'opinione dottrinale che, sottolineando innanzitutto la sua non certo risalente introduzione, ha evidenziato come la stessa suscitasse reazioni ed aspettative contraddittorie²³.

Esaminando brevemente la legislazione di altri paesi europei, si rinvencono alcune ipotesi di espressa previsione della fattispecie in questione: a) il paragrafo 242 del B.G.B., rubricato “*prestazione secondo buona fede*”, secondo il quale “*il debitore è obbligato ad eseguire la prestazione così come richiesto dalla buona fede, tenuto conto degli usi del traffico giuridico*”; b) l'art. 7 del Codice Civile spagnolo, che così recita “*I diritti si devono esercitare in modo conforme ai principi di buona fede. La legge non tutela l'abuso del diritto né il suo impiego antisociale*”; c) l'art. 2 del Codice Civile svizzero, rubricato “*Limiti dei rapporti giuridici. Rispetto della buona fede*” che così statuisce “*Ciascuno deve agire in conformità a buona fede sia nell'esercizio dei propri diritti che nell'adempimento dei propri obblighi. L'evidente abuso del proprio diritto non è tutelato dalla legge*”; d) l'art. 334 del Codice Civile portoghese, rubricato “*abuso del diritto*”, che testualmente così prevede “*è illegittimo l'esercizio di*

²¹ Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2009, n. 27214, in *Guida dir.*, 2010, 8, p. 78.

²² Cass., Sez. Un., 17 aprile 2003, n.6188, in *Arch. Civ.*, 2004, 2, p. 228.

²³ P. RESCIGNO, *Abuso del diritto*, Bologna, 1998, pp. 11-12, così descrive la fattispecie “*La formula <abuso del diritto>, nell'esperienza continentale, ha meno di un secolo di vita. Fin dal suo apparire, essa ha conosciuto le reazioni più disparate: l'esaltazione ha raggiunto toni mistici, la critica è stata severa, densa di preoccupazioni e di terrore. E' sembrata talvolta, codesta formula, il mezzo sicuro ed originale per ottenere un criterio di giudizio più appagante, per la nostra coscienza, di quanto non sia il criterio della legittimità formale degli atti umani; altra volta è apparsa, invece, come la minaccia più insidiosa al bene della certezza del diritto*”.



un diritto, nei casi in cui il titolare ecceda in modo evidente i limiti previsti dalla buona fede, dai buoni costumi o dal fine sociale ovvero economico di questo diritto”.

Nell'ordinamento tedesco, in particolare, il concetto di abuso di diritto o *Rechtmissbrauch*, è strettamente collegato al paragrafo 242 del B.G.B., ed in tal modo esso viene inteso come una delle potenziali ipotesi di violazione della buona fede.

In proposito, è opportuno soffermarsi rapidamente su alcune applicazioni che la giurisprudenza tedesca fa del principio di buona fede: al riguardo, si riscontra come essa a volte si spinge sino ad estremi non condivisi da quella italiana, mentre in altre ipotesi le sue tesi vengono sposate in pieno dalla nostra Cassazione.

Nel primo caso, la giurisprudenza tedesca prende le mosse da quella posizione teorica che non ammette l'esercizio di un diritto, da parte del suo titolare, allorché quest'ultimo, in precedenza, avesse tenuto un comportamento idoneo a far sorgere, nella controparte, l'affidamento circa il fatto che il diritto stesso non sarebbe stato più esercitato, ipotesi chiaramente collegata al principio di buona fede.

Tuttavia, l'applicazione che di tale principio ne viene fatta, a volte si spinge sino a limiti senza dubbio eccessivi, di cui una ipotesi molto significativa è costituita dalla c.d. *Vervikung*, ovvero la perdita del diritto per sleale ritardo nell'esercizio di esso.

Infatti, in applicazione di tale istituto la giurisprudenza tedesca, ove rilevi che una parte tardi ad far valere un proprio diritto e, ancor prima che esso sia prescritto, tale ritardo faccia sorgere nel soggetto passivo la convinzione, ovviamente ragionevole, che il titolare non lo eserciterà più, sanziona con la perdita del diritto il titolare di esso che prima sia rimasto inerte mentre, in seguito, lo abbia esercitato in contrasto con il ragionevole affidamento che egli stesso aveva contribuito a creare nella controparte.

In proposito, invece, la giurisprudenza italiana ha assunto una posizione contraria, espressa in particolare dalla decisione n. 5240/2004 della Suprema Corte²⁴, la quale ha negato l'applicabilità della *Vervikung* nell'ordinamento giuridico italiano; la Cassazione, infatti, ha rilevato come nel nostro ordinamento non è ammissibile presumere la rinuncia, che deve invece essere manifestata espressamente e senza possibilità di equivocare, appunto in ragione delle conseguenze in termini di perdita di un diritto che essa comporta.

Su tale premessa, il ritardo nell'esercizio di un diritto viene ritenuto inidoneo a determinare la perdita di esso ove non accompagnato da altri fatti, giuridicamente rilevanti, dai quali potersi ricavare una eventuale volontà del titolare di rinunziarvi, atteso che il ritardo, isolatamente considerato, può ben essere indice anche del solo fatto che il titolare tolleri la condotta della controparte, senza per questo voler rinunciare al diritto; occorrono, pertanto, ulteriori elementi che, uniti al mero ritardo, determinino la perdita del diritto; uno di essi è senza dubbio il decorso del tempo, che unito al ritardo nell'esercizio del diritto, ne provoca la estinzione per sua prescrizione.

Si coglie, nella decisione del Supremo Collegio, la preoccupazione – ed al tempo stesso il condivisibile intento – di evitare una significativa compromissione del principio della certezza del diritto che, al contrario si verificherebbe ove ritenuta ammissibile anche nel

²⁴ Cass., 15 marzo 2004, n. 5240, in *Ventiquattro Avvocato*, 2008, 4, p. 102.



nostro ordinamento la *Vermikung*, in quanto la stessa finirebbe per aprire le porte ad una discrezionalità incontrollata, ed anche incontrollabile, da parte del giudice; infatti, ognuno ben potrebbe ritenere, per determinare la perdita del diritto, idoneo il decorso di un termine diverso, a maggiore ragione atteso che esso potrebbe, appunto, essere inteso diversamente anche dal punto di vista oggettivo, in relazione a ciascun diverso diritto che l'ordinamento riconosce; inoltre, molto dubbia sarebbe la sua compatibilità con l'istituto della prescrizione, con la quale verrebbe a sovrapporsi, parzialmente se non totalmente; infine, essa porterebbe con sé il rischio di un altrettanto incontrollato aumento delle liti giudiziarie, sul presupposto della nascita, nei titolari di un diritto, del timore di perderlo per la incertezza di non poter sapere quanto potrebbero al massimo ritardare nell'esercitarlo, con le immaginabili conseguenze negative in termini di aumento del contenzioso giudiziario e di allungamento dei tempi occorrenti ad avere una decisione, oltre all'inevitabile conseguenza, altrettanto negativa, di portare in giudizio situazioni che molto probabilmente avrebbero trovato migliore soluzione fuori dalle aule di giustizia.

Nella seconda ipotesi, invece, la giurisprudenza tedesca individua una applicazione specifica e peculiare dell'abuso di diritto, nel concetto di "*abuso delle possibilità di forma giuridica*" (o *Misbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten*), ipotesi che ha alla sua base, senza dubbio, il concetto di libertà di contrarre ovvero libertà negoziale (la *Gestaltungsfreiheit*); tale concetto ha trovato riconoscimento ed affermazione in alcune pronunzie della Cassazione italiana, sez. tributaria, in particolare a seguito della sentenza c.d. HALIFAX della Corte di giustizia CE, dove si è affermato che "*la sesta direttiva aggiunge nell'ordinamento comunitario, direttamente applicabile in quello nazionale, alla tradizionale bipartizione dei comportamenti dei contribuenti in tema di IVA, in fisiologici e patologici (propri questi ultimi delle frodi fiscali), una sorta di tertium genus, in dipendenza del comportamento abusivo ed elusivo del contribuente, volto a conseguire il solo risultato del beneficio fiscale, senza una reale ed autonoma ragione economica giustificatrice delle operazioni economiche che risultano eseguite in forma solo apparentemente corretta ma in realtà elusiva*"²⁵, principio questo confermato da successive decisioni della Cassazione, quali la n. 8772 del 16 gennaio 2008 e la n. 10257 del 21 aprile 2008.

7. Restando in Europa ma guardando il fenomeno dal punto di vista della Unione Europea, si rileva innanzitutto come l'abuso del diritto, in ambito comunitario, dopo una sua previsione in forma specifica, con metodo casistico e quindi limitato alle sole ipotesi espressamente previste, dalla c.d. Sesta Direttiva IVA (Direttiva 77/388/CEE in G. U. C. E, 13 giugno 1977, n. L145) abbia poi ricevuto espressa consacrazione in termini di principio generale con la previsione dell'art. 54 della Carta di Nizza.

Tale norma, rubricata "*Divieto dell'abuso del diritto*", testualmente recita "*Nessuna disposizione della presente carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare una attività ovvero compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciute dalla presente carta, o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente carta*"; appare evidente come una simile previsione, per la sua portata generale, si riveli in grado di

²⁵ Cass., 05 maggio 2006, n. 10353, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 9, pp. 761 e ss.



produrre conseguenze di rilievo.

Sul piano giurisprudenziale, poi, va detto come la giurisprudenza della Corte di giustizia CE, attribuisca al concetto in questione un significato esclusivamente giuridico, scevro da connotazioni ideologiche e rispondente a specifiche esigenze dell'ordinamento comunitario, peculiarmente sotto il profilo tributario.

In particolare, l'intento perseguito dalla Corte di giustizia CE con il ricorso ad esso è stato e continua ad essere quello di limitare e contrastare, per quanto possibile, la condotta tenuta da grandi società che si avvalgono del diritto comunitario al solo fine di conseguire rilevanti risparmi tributari, condotte che rispettino la forma della legge ma ne violino la *ratio*.

All'interno della giurisprudenza della predetta Corte, il concetto di abuso di diritto ha ricevuto sia una connotazione in senso ampio, sia una in senso più stringente.

Della prima costituisce esempio la nota sentenza HALIFAX²⁶, con cui la Corte ha ritenuto sufficiente ad integrare l'abuso anche il solo conseguimento di un vantaggio fiscale, ed in tal modo, in virtù della previsione di cui all'art. 54 della Carta di Nizza dell'abuso del diritto comunitario in termini di principio generale, ha dato il via ad una sua applicazione generalizzata in campo tributario; tale decisione, inoltre, si segnala per il fatto di avere compiutamente definito l'abuso del diritto, ritenendolo sussistente allorché le operazioni controverse, pur nel rispetto formale delle disposizioni dettate in relazione ad esse dalla sesta direttiva nonché dalle legislazioni nazionali di recepimento di quest'ultima, si rivelino dettate dal solo fine di far conseguire al soggetto che le compie un vantaggio fiscale, invece vietato dalla *ratio* ispiratrice delle medesime disposizioni; precisa altresì la Corte che il fine essenziale di tali operazioni, quello dell'ottenimento di un vantaggio fiscale, deve emergere alla stregua di criteri ed elementi obiettivi.

La seconda concezione, di contro, si deve alla sentenza AUER²⁷, con cui la Corte, invece, ha inteso limitare la connotazione di abusività unicamente a quelle condotte realizzate con la creazione di situazioni del tutto artificiali, dettate dal solo intento del perseguimento di un vantaggio fiscale.

Mettendo a confronto le due nozioni, va evidenziato che la prima, quella ampia, appare ben poco condivisibile in quanto si fonda su di un criterio, quello del vantaggio fiscale *sic et simpliciter*, che nega a prescindere validità a quegli atti che, se anche mirati al fine di ottenere un vantaggio fiscale, comunque sono rispettosi di quella che è la funzione che essi tipicamente svolgono o dovrebbero svolgere, e tanto solo perché gli stessi sono in grado di produrre (anche) un vantaggio fiscale.

In sostanza, alla luce della prima e meno condivisibile interpretazione, un atto anche se realizza la propria funzione in conformità a quella che l'ordinamento, nazionale e/o comunitario, gli assegna, per il solo fatto che esso è in grado di portare anche un vantaggio

²⁶ Corte di Giustizia, 21 febbraio 2006, C- 255/02, in *Riv. dir. trib.*, 2007, p. 3, con nota di P. PISTONE, *L'elusione fiscale come abuso del diritto: certezza giuridica oltre le imprecisioni terminologiche della Corte di Giustizia Europea in tema di IVA*.

²⁷ Corte di Giustizia, 08 novembre 2007, C-251/06, in *Eur-Lex*, Raccolta della giurisprudenza, 2007, p. I-09689.



fiscale, viene ritenuto comunque abusivo e quindi improduttivo di effetti!

Al contrario, in base alla seconda impostazione, di maggiore rigore, fino a che vi sia comunque corrispondenza tra la forma e la sostanza di una operazione, e quindi fino a che l'atto sia strutturato per svolgere la funzione che l'ordinamento riconosce ed attribuisce ad una operazione appunto dotata di simile struttura, non potrà parlarsi di abuso; invece, esso sussisterà ove nell'atto vengano a mancare simili collegamenti e, quindi, i termini di riferimento innanzi citati, sostanza e forma, struttura e funzione, risultino come entità a sé, prive di un razionale e giustificabile collegamento logico e giuridico tra loro; meglio ancora, si avrà abuso allorquando l'unico elemento che li ricollegli e possa giustificare il loro combinato utilizzo sia l'ottenimento di un vantaggio fiscale altrimenti indebito.

Tale più rigoroso orientamento sorto nella giurisprudenza comunitaria è stato di recente condiviso dalle Sezioni Unite della Cassazione, le quali hanno affermato che *”In materia tributaria, il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo, il quale preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici: tale principio trova fondamento, in tema di tributi non armonizzati (nella specie, imposte sui redditi), nei principi costituzionali di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione, e non contrasta con il principio della riserva di legge, non traducendosi nell'imposizione di obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge, bensì nel disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali. Esso comporta l'inopponibilità del negozio all'Amministrazione finanziaria, per ogni profilo di indebito vantaggio tributario che il contribuente pretenda di far discendere dall'operazione elusiva, anche diverso da quelli tipici eventualmente presi in considerazione da specifiche norme antielusive entrate in vigore in epoca successiva al compimento dell'operazione”*²⁸.

8. Esaminando ora la decisione del Tribunale di Mantova, si osserva come essa risolve una controversia in cui un soggetto ha convenuto in giudizio un istituto di credito per sentirlo condannare al pagamento dei soli interessi su di una sorta capitale che ha già costituito oggetto di una precedente controversia tra le medesime parti, in tema di restituzione di indebito oggettivo ex art. 2033 c.c.

Tale secondo giudizio è sorto poichè nella prima controversia la domanda relativa agli interessi è stata rigettata siccome tardivamente proposta dall'attore in sede di comparsa conclusionale, quindi giudicata inammissibile.

Nel decidere la questione il Tribunale, pur dando conto del fatto che un risalente orientamento giurisprudenziale riconosceva l'autonomia tra il risarcimento del danno nelle obbligazioni pecuniarie, siccome comprensivo di interessi moratori, ed il diritto alla restituzione ex art. 2033 c.c. (sul rilievo che, nel caso di esercizio dell'azione per la restituzione di somme a titolo di indebito oggettivo era da ritenersi pacificamente

²⁸ Cass., Sez. Un., 26 giugno 2009, n. 15029, in *Obbligazioni e Contratti*, 2009, 10, pp. 860 e ss; ancora più di recente, Cass., 26 febbraio 2010, n. 4737, in *Mass. Repertorio Lex24*.



applicabile l'art. 1224 c.c. e quindi ammesso l'esercizio del primo separato dal secondo) tuttavia ritiene doversi discostare, nel caso sottoposto al suo esame, da tale orientamento; infatti, giudica non meritevole di accoglimento la pretesa attorea, affermando che, alla luce dell'orientamento assunto dalle Sezioni Unite con la decisione n. 23726 del 15 novembre 2007, era da ritenersi definitivamente superata la posizione giurisprudenziale che ammetteva la possibilità di agire ex art. 2033 c.c.

Il giudice ha motivato tale proprio assunto sul rilievo per cui, il ritenere ammissibile tale duplicazione di azioni, e prima ancora il frazionamento di un credito unitario (nella fattispecie, ipotesi di frazionamento c.d. "successivo") che ad esso sottostava sul piano del diritto sostanziale, si rivela in contrasto con i principi del giusto processo e della correttezza e buona fede.

Inoltre, nella fattispecie sottoposta al suo vaglio il Tribunale ha ritenuto tale violazione ancora più rilevante e quindi ancora meno meritevole di tutela, poiché si trattava di una controversia avente ad oggetto la richiesta di interessi e rivalutazione in relazione ad una sorta capitale che, come sopra rilevato, era già stata oggetto di un precedente giudicato, rispetto alla quale le ulteriori voci richieste costituivano niente altro che accessori; su tali premesse, il Tribunale rigetta la domanda ritenendola improponibile e compensando le spese di lite.

Invero, poichè le Sezioni Unite con la decisione n. 23726 del 2007 non hanno precisato, almeno *expressis verbis*, quale debba essere la sorte di una domanda che il giudice riconosca essere stata proposta in violazione dei richiamati principi, la sentenza che si annota si segnala per essere una delle poche decisioni della giurisprudenza di merito che abbia esplicitato in termini pratici le conseguenze del riconoscimento della condotta del creditore che frazioni abusivamente un credito unitario, concretizzando quindi gli spunti offerti tra le righe dalla richiamata decisione della Suprema Corte.

Il giudice mantovano, infatti, a sostegno della propria decisione ha richiamato in particolare la decisione n. 15476 della III[^] sezione della Cassazione;²⁹ tale pronuncia, a ben vedere, fa derivare la conseguenza della improponibilità dal complessivo esame della decisione n. 23726 del 15 novembre 2007 delle Sezioni Unite, individuando tale conseguenza in forza della motivazione di essa.

Il richiamo alla citata decisione del 2008 manifesta la aperta condivisione del giudice mantovano relativamente al fulcro della pronuncia a Sezioni Unite, che la successiva decisione della III[^] sezione ha individuato nel riconoscimento della inderogabile esigenza di garantire che, dei soprarichiamati (e superiori) principi di correttezza e buona fede, ne venga assicurato il rispetto quanto soprattutto la loro applicazione con e nel processo; risultato, questo, da conseguire anche attraverso il contemperamento e bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti in contesa, nella consapevolezza della necessità di non gravare la posizione di una delle parti con iniziative processuali che non risultino, per l'ordinamento, rivolte ad assicurare il soddisfacimento di un interesse effettivamente

²⁹ Cass., 11 giugno 2008, n. 15476, in *Obbligazioni e Contratti*, 2009, 10, pag. 813 e ss.



meritevole di tutela, rivelandosi invece rivolte al solo fine di aggravare la posizione della controparte.

Inoltre, va evidenziato altresì che il giudice mantovano, anche se molto velocemente, formula una osservazione che è degna di essere tenuta presente, allorquando scrive che i canoni di correttezza e buona fede, nonché di giusto processo, hanno richiamato l'attenzione dell'interprete su una nuova prospettiva del concetto di "deducibile", affermazione da cui si ricava, implicitamente, il riconoscimento che i principi e la *ratio* affermati dalle Sezioni Unite e poi concretamente estrinsecati dalle sezioni semplici, sono in grado, per la loro rilevanza, di estendersi ed influenzare anche il modo di concepire ed applicare altri principi di diritto, quindi riconoscendo agli stessi una sorta di *vis expansiva*. Uno dei principi in questione il giudice implicitamente lo individua nel concetto di "deducibile" richiamando quindi, anche senza nominarlo, l'art. 2909 c.c.

Ancora, va detto che, pur se il Tribunale non ne fa parola, atteso che non riguarda la controversia sottoposta al suo esame, non è superfluo osservare come proprio la decisione n. 15476 del 2008 della Suprema Corte contenga un passaggio di rilievo sulla sorte di eventuali plurimi procedimenti proposti contravvenendo al divieto di frazionamento di un credito unitario; infatti, tale pronuncia riconosce la improponibilità di ognuna delle domande sorte a seguito della scomposizione giudiziale di un unico credito, formulando una scelta in termini di definizione in rito che non sempre ha trovato riscontro nella giurisprudenza di merito, ma nemmeno nel legislatore e per certi versi in dottrina, per quanto si dirà in seguito.

9. Sulla base delle considerazioni sopra riportate, va dato conto del fatto che vi sono alcune posizioni dottrinali e giurisprudenziali che si pongono in contrasto con l'orientamento sopra richiamato.

Innanzitutto, va segnalato come sia emerso nelle sezioni semplici della Suprema Corte anche un altro orientamento, invero minoritario, sulle conseguenze relative alla proposizione di una domanda costituente indebito frazionamento di un credito; tale orientamento si è espresso non in termini di rigetto in rito (né inammissibilità né improponibilità, quindi) bensì sotto un diverso profilo, sempre processuale, attinente tuttavia alla litispendenza ovvero continenza di cause, sul presupposto della unicità della fonte generatrice delle pretese creditorie (fatture) azionate con separate cause³⁰.

Inoltre, sono da evidenziare anche alcune decisioni di merito, che hanno assunto posizioni difformi in termini delle conseguenze giudiziali del frazionamento di un credito unitario; tra queste, si ricordano il Tribunale di Napoli, ad esempio, che si segnala con due pronunzie: la prima, del 01.04.2008, in cui il giudice campano, in sede di richiesta di un decreto ingiuntivo presentato da un Istituto di credito, d'ufficio ha rilevato come il ricorso fosse stato proposto in violazione dei principi statuiti dalle Sezioni Unite con la decisione del 2007, dichiarandolo quindi inammissibile³¹; la seconda³² si segnala perché il Tribunale, pur riconoscendo nella

³⁰ Cass., 27 maggio 2008, n. 13791, in *Danno e responsabilità*, 2009, p. 518.

³¹ Tribunale di Napoli, 01 aprile 2008, in *Giur. Merito*, 2009, 3, 658.



fattispecie la violazione del principio del giusto processo, non si è pronunciato in termini di rigetto in rito della domanda, avendo invece adottato provvedimenti sanzionatori sotto altro profilo nei confronti della condotta della parte attrice; provvedimenti che, nella fattispecie sono consistiti nella trasmissione degli atti al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Napoli in ordine alla condotta del legale dell'attore, nonché nella sensibile riduzione dell'ammontare delle spese liquidate, compensate in gran parte.

Altra decisione interessante è quella emessa in data 06.02.08 dal Tribunale di Lucca (estensore Terrusi)³³, in cui il giudicante, per un verso, affronta la tematica del frazionamento di un credito unitario e della sua abusività sotto il profilo di un credito risarcitorio di natura extracontrattuale (lesioni personali da sinistro stradale) e statuisce l'applicabilità anche alla fattispecie sottoposta al suo esame dei principi stabiliti che le Sezioni Unite con la decisione n. 23726 del 15 novembre 2007 hanno fissato con riferimento ad una fattispecie di natura contrattuale; per altro verso, con il sanzionare la domanda attorea per il fatto che parte istante, già in un momento anteriore alla prima delle sue iniziative giudiziarie, era in condizione di conoscere l'esatta entità dei postumi derivanti da sinistro stradale, lascia uno spiraglio alla possibilità di frazionare (legittimamente) un simile credito, per la diversa ipotesi in cui, invece, una simile consapevolezza non sussista.

Tale potrebbe essere il caso che si verifica allorquando in un incidente stradale il medesimo soggetto abbia riportato un danno materiale al veicolo e serie lesioni personali, non ancora stabilizzate al momento in cui egli decide di avviare una azione per conseguire il ristoro almeno dei danni materiali, in conformità a quanto sostenuto sul punto da Cass., 06 luglio 2006, n.15366³⁴ che, appunto aveva, ritenuto ammissibile tale scelta. Una simile condotta, in tale specifico, ambito deve ritenersi, a parere di chi scrive, legittima anche alla luce della nota decisione n. 26972 del 11 novembre 2008 delle Sezioni Unite, attesa appunto la diversità delle voci di danno (patrimoniale e non patrimoniale) nonché la circostanza per cui, appunto volendo fare riferimento all'esempio innanzi proposto, difetti al danneggiato la effettiva consapevolezza della reale entità delle lesioni riportate mentre, al tempo stesso, il medesimo versi nella situazione di dovere, comunque, avviare una azione per il risarcimento dei danni di natura patrimoniale, ad esempio per la necessità di ottenere il denaro occorrente al ripristino dell'autoveicolo, unico mezzo di locomozione suo e del proprio nucleo familiare.

Inoltre, va menzionata una decisione inedita del Tribunale di Salerno, resa dal dr. Scarpa il 27.12.09, quale giudice di appello avverso a decisione di primo grado del giudice di pace di Amalfi, in fattispecie avente ad oggetto azione di restituzione delle somme di giocate al lotto nell'ambito di una serie di controversie cui ha dato origine la sentenza penale di condanna da parte del Trib. Monza nei confronti di dipendenti infedeli del Ministero Economia e Finanze; con tale decisione, accogliendo il gravame proposto dal Ministero, il Tribunale ha dichiarato inammissibile la domanda attorea, riconoscendo l'abusività del frazionamento del

³² Tribunale di Napoli, 09 giugno 2008, n. 6696, inedita.

³³ Tribunale di Lucca, 06 febbraio 2008, in www.personaedanno.it.

³⁴ Cass., 06 luglio 2006, n.15366, in Mass. Repertorio Lex24



credito restitutorio azionato dall'attore per giocate svolte negli anni dal 1990 al 1998; la pronuncia, oltre che per l'adesione alla posizione relativa alla inammissibilità come conseguenza del frazionamento del credito, si segnala per avere individuato, quale effetto negativo del frazionamento del credito sulla posizione del debitore, quello relativo al prolungamento del vincolo coattivo cui il debitore dovrebbe sottostare per estinguere la obbligazione nella sua interezza, ove il credito vantato nei suoi confronti venisse azionato inizialmente solo pro quota, ma con riserva di azione per il residuo.

Ancora più recente è una decisione del Tribunale di Torre Annunziata³⁵, inedita, in cui quale giudice d'appello il magistrato ha riconosciuto la improponibilità della domanda proposta in primo grado siccome, per un verso, integrante gli estremi di un abusivo frazionamento di credito unitario e, per altro verso, comunque coperta dal giudicato formatosi in relazione a precedente controversia; pregresso giudizio in cui la stessa parte appellante non aveva espressamente precisato di agire per una sola parte del credito vantato, né tantomeno aveva formulato espressa riserva di voler rinviare ad altro procedimento il soddisfacimento delle ulteriori sue pretese creditorie, solo momentaneamente accantonate.

Per completezza espositiva si riporta anche una opinione dottrinale, la quale ritiene che, a fronte di una condotta di una delle parti che integri un abuso del diritto, il rifiuto di tutela da parte dell'ordinamento può manifestarsi anche nella negazione di qualsivoglia effetto all'atto di abusivo esercizio del diritto, con conseguente reiezione della domanda; rifiuto che nella fattispecie potrebbe avvenire, secondo tale dottrina, quale applicazione dell'*exceptio doli generalis*, di cui appunto esso autore³⁶ rinviene il fondamento nella previsione dell'art. 1375 c.c. sul presupposto di un comportamento di una delle parti, all'interno di un rapporto intersoggettivo, che si riveli scorretto e malizioso; da tale punto di vista, si rileva come tale opinione rinviene una importante conferma nelle citate pronunzie della Suprema Corte e della Corte di giustizia CE che, anche se in relazione alla materia tributaria, hanno sanzionato l'utilizzo di forme abusive (nei termini sopra citati) con la assoluta inefficacia della operazione posta in essere mediante il ricorso ad esse; quindi, in conclusione, tale autore sembra individuare, quale conseguenza per una domanda giudiziale così proposta, il rigetto nel merito.

Per concludere sul punto relativo alle conseguenze nonché alle sanzioni nei confronti di una domanda giudiziale che integri gli estremi di un abusivo frazionamento di un credito unitario, va detto che altra forma di inibizione di simile condotte potrebbe ravvisarsi nella applicazione della disposizione, recentemente introdotta con la legge n. 69 del 18 giugno 2009, prevista all'art. 96, 3° c.p.c.; con essa il legislatore, secondo l'opinione dei primi commentatori, ha introdotto una ipotesi del tutto innovativa di responsabilità processuale aggravata, atteso che non prevede alcun riferimento ad un ipotetico danno che la parte poi risultata vittoriosa abbia riportato a causa della condotta del convenuto, bensì appare delineare i contorni di una responsabilità di natura oggettiva, in cui l'interesse tutelato non

³⁵ Cfr Tribunale di Torre Annunziata Sez. Dist. Gagnano, 28 aprile 2010, n. 148, est. dr. G.A. Chiesi, inedita.

³⁶ A. DOLMETTA, *Banca, borsa, tit .cred.*, Milano, 1998, I, 154



appare essere direttamente quello della parte poi vittoriosa, bensì un superiore interesse ad evitare l'utilizzo immotivato dello strumento processuale.

Su tale ricostruzione, allora, detta ipotesi di responsabilità, che si segnala per il riconoscimento del potere al giudice di pronunciare in tal senso anche d'ufficio, appare una diretta esplicazione del principio del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. e, rispetto ad esso, non pare superfluo osservare che tale norma rappresenti, in sostanza, la codificazione della reazione dell'ordinamento giuridico ad una ulteriore ipotesi di abuso del diritto, di quello processuale in questo caso.

Tale innovazione, come messo in evidenza dalla dottrina³⁷, pur se non prevede un limite massimo alla condanna, né una valutazione circa la colpa grave nell'aver proposto la domanda ovvero avervi resistito, comunque appare considerare la malafede come presupposto irrinunciabile per la sua applicazione; inoltre, proprio per il fatto che manca qualsivoglia riferimento ad un "danno", la condanna ad una somma di denaro determinata, per un verso non può essere né accomunata (né qualificata) ai danni punitivi o esemplari conosciuti, e significativamente applicati, da altri ordinamenti, in specie quelli di *common law*; per altro verso, poi, non necessita di alcuna allegazione e prova da parte del soggetto in favore del quale viene pronunciata; per converso, tale pronuncia giudiziale appare invece assimilabile alle c.d. pene private, di cui il giudice fa applicazione in favore della parte processuale che ha subito l'abuso del processo.

Quindi, proprio perché detto strumento si mostra, per un verso, molto duttile e quindi utilizzabile in ogni genere di procedimento (esclusi quelli di esecuzione ove, a rigore, non vi è una parte che tecnicamente possa definirsi soccombente) mentre, per altro verso, non implica alcuna istruttoria, esso si presenta come potenzialmente molto efficace per sanzionare le condotte di coloro che, soccombenti a conclusione di un processo, risultino avere abusato dello strumento processuale; va ricordato, tuttavia, che in considerazione della intrinseca pericolosità di tale strumento, il giudice che ne intenda fare applicazione, a maggiore ragione per il fatto che esso non è soggetto ad alcuna barriera preclusiva, dovrà necessariamente assicurarsi che sia rispettato il contraddittorio tra le parti, consentendo alle stesse di formulare proprie deduzioni in ordine all'esistenza o meno dei presupposti e condizioni applicative della disposizione in questione; tanto risulta indispensabile per scongiurare il paradosso per cui uno strumento previsto per evitare gli abusi del processo si risolva, invece, in un'applicazione abusiva di un altro strumento processuale, realizzando un effetto altrettanto distorto di quello che intendeva evitare ovvero inibire.

10. A fronte di un panorama dottrinale e giurisprudenziale come quello sopra evidenziato, ben assestato su determinati e maggioritari orientamenti quali quelli di cui si è cercato di dare brevemente conto, si riscontrano significativi elementi che si pongono in contrasto con tali orientamenti, elementi la cui importanza si rivela ancora maggiore poiché provenienti dal diritto positivo.

Ed infatti, pur in presenza dell'orientamento manifestato dalle Sezioni Unite con la

³⁷ G. FINOCCHIARO, *Guida al Diritto*, Dossier, n.1, giugno- luglio 2009, pag. 4 e ss.



decisione del 2007, il legislatore successivamente, anche se con riferimento ad un settore peculiare, ha compiuto delle scelte diverse: tali scelte appaiono, per un verso, sconfessare il punto d'approdo faticosamente raggiunto, dopo anni di oscillazioni, dalla giurisprudenza di legittimità e, per altro verso, stimolano l'interprete ad una seria riflessione sul se il legislatore, regolando all'apparenza solo una particolare fattispecie, non abbia invece inteso, in realtà, dettare anche e soprattutto un principio di ordine generale; principio, quindi, pienamente idoneo a travalicare il ristretto ambito del peculiare settore di riferimento per estendersi, invece, ad un ambito ben più vasto, che in sostanza riguardi ogni ipotesi di abuso del processo.

Tale intervento legislativo è quello attuato con la legge 06 agosto 2008 n. 133, che ha convertito il D.L. 112/08: in tale occasione, infatti, anche se con specifico riguardo alle controversie in materia di previdenza ed assistenza sociale, sono state dettate specifiche previsioni per il caso di frazionamento di un credito unitario, che manifestano l'intento del Legislatore di prendere una direzione differente da quella indicata dalla Cassazione.

Infatti, giusta la previsione dell'art. 20, commi 7, 8 e 9 della legge 133 del 2008, le differenze rispetto al diritto vivente nascente dalle richiamate pronunzie della Cassazione, sono state così delineate: a) innanzitutto, sia a seguito di eccezione di parte convenuta, sia in caso di rilievo officioso, si è previsto che il giudice disponga, ai sensi dell'art. 151 disp. att. c.p.c., la riunione di tutti i procedimenti sorti a seguito del frazionamento di un credito unitario (nella materia specifica e inteso come comprensivo di interessi, competenze, onorari ed ogni altro accessorio) anche se il testo di legge utilizza il termine improprio "riunificazione"; b) ulteriore significativa differenza si riscontra in ordine alla sorte delle domande di cui non sia stato possibile disporre la riunione; a tale riguardo, mentre il dettato delle Sezioni Unite come interpretato dalle sezioni semplici lascia chiaramente intendere che la sorte delle domande proposte in violazione del divieto di frazionamento di un credito unitario è quella della improponibilità, che riguarda tutte le domande così proposte, tanto la prima quanto le successive, al contrario la previsione legislativa è nel senso della improcedibilità che, e questa è un'altra divergenza, tuttavia colpisce solo le domande successive alla prima; conseguenza di tale previsione è che, secondo il Legislatore, il diritto di azione può comunque essere esercitato, anche se una sola volta, mentre secondo la Cassazione è da negarsi del tutto la possibilità di azionare tale diritto, ove venga esercitato in modo frazionato; c) di rilievo è poi sia la previsione della estensione di tale sorte, la improcedibilità (addirittura esplicitata in termini di nullità) anche alle azioni in forma esecutiva successive alla prima, sia la ulteriore previsione per la quale, nella ipotesi in cui il giudice non abbia disposto la riunione di tutti i procedimenti relativi alle plurime domande in cui il credito originariamente unitario è stato frazionato, venga disposta la sospensione non solo dei giudizi pendenti quanto anche della efficacia esecutiva dei titoli eventualmente già venuti alla luce, con contestuale fissazione alle parti di un termine perché si proceda a disporre tale riunione; con tale previsione, infine, è stata introdotta quale conseguenza della mancata riunione dei procedimenti, la improcedibilità delle domande.

La previsione da ultimo riportata, appare, invero, essere ispirata alla medesima *ratio* sottostante al tentativo obbligatorio di conciliazione previsto *ex art.* 410 c.p.c. per le



controversie relative ai rapporti di cui all'art. 409 c.p.c., che al pari di essa sanziona la sua violazione con la improcedibilità; con la differenza, tuttavia, che mentre la condizione di procedibilità *ex* art. 410 c.p.c. riguarda tutte le domande, quella introdotta dalla legge n. 133 del 2008 riguarda solo le controversie successive alla prima.

11. Alla luce di tale significativo intervento normativo, anche se settoriale, è legittimo e doveroso per l'interprete chiedersi se il legislatore, in realtà, pur dettando una disposizione relativa ad un ambito specifico e come tale delimitato, non abbia invece inteso regolare tutta la materia dell'abuso del diritto (in questo caso del processo) in un determinato modo, indipendentemente dalla natura del procedimento di cui si venga ad abusare.

Personalmente, chi scrive ritiene che non sia affatto improbabile, bensì plausibile che tale intervento legislativo abbia dettato principi suscettibili di generalizzata applicazione, idonei ad essere applicati anche alle ipotesi in cui si verificano abusi nel ricorso al procedimento ordinario.

Argomenti a favore di tale conclusione possono individuarsi, innanzitutto, nel fatto che non può dubitarsi della circostanza per cui il legislatore, al momento in cui ha emanato la soprarichiamata legge, abbia avuto piena conoscenza del c.d. diritto vivente in materia; quindi, pur avendo cognizione di tale orientamento, formatosi (va detto) non in riferimento a situazioni di abuso che abbiano avuto origine in procedimenti previdenziali, bensì con riguardo all'abuso di processi "ordinari", se ha inteso adottare una tale soluzione, è perché riteneva la stessa più idonea a contrastare l'emersione ed il proliferare di tale fenomeno, indipendentemente dalla specifica materia che aveva costituito l'occasione per l'emanazione di un simile provvedimento; in evidente applicazione, quindi, del canone ermeneutico del *legislatore consapevole*.

Inoltre, rafforza tale conclusione la considerazione per la quale l'abuso di un diritto, in questo caso del ricorso allo strumento processuale e quindi del potere di azione, senza dubbio è identico sia che si concretizzi abusando del processo ordinario, sia di quello di esecuzione, sia ancora di quello previdenziale ecc.; tanto perché il suo elemento costitutivo fondamentale è sempre lo stesso, ovvero l'utilizzo deviato e strumentale di esso per raggiungere fini non solo non previsti, quanto non ritenuti meritevoli di tutela dall'ordinamento, se non addirittura vietati.

Infine, ulteriore elemento in tale direzione si rinviene nel fatto che è frequente, da parte del legislatore, il ricorso a provvedimenti di natura settoriale per dettare, poi, principi di generalizzata applicazione: come non rammentare, infatti, che intervenute le Sezioni Unite con le famose sentenze di S. Martino del 2008, con cui avevano apportato la conosciuta quanto radicale sistemazione della tematica del danno non patrimoniale, ecco che il legislatore, anche stavolta intervenendo su un settore specifico, quello relativo alla indennità per le cause di servizio del personale militare, ha assunto una posizione che non solo contrasta, quanto decisamente sconfessa l'approdo delle Sezioni Unite.

Il provvedimento in questione è il d.p.r. n. 37 del 03 marzo 2009 (regolamento per la disciplina dei termini e delle modalità di riconoscimento di particolari infermità da cause di servizio per il personale impiegato nelle missioni militari all'estero, nei conflitti e nelle basi



militari nazionali, a norma dell'articolo 2, commi 78 e 79, della Legge 24 dicembre 2007, n. 244); invero, l'art. 5 della richiamata disposizione normativa si segnala per avere previsto dei veri e propri criteri legali per la determinazione dell'invalidità permanente; inoltre, in esso si stabilisce la possibilità di risarcire in via di cumulo poste di danno, come biologico e morale, che invece le Sezioni Unite avevano inteso accorpate.

Ma non è tutto, in quanto il legislatore si è spinto ulteriormente in avanti sulla strada aperta dal d.p.r. 37 del 2009, atteso che con il d.p.r. 30 ottobre 2009 n. 181, non solo ha reiterato la decisione di mantenere separate le voci relative al danno biologico ed al danno morale, quanto e soprattutto ha anche dettato una definizione legale del danno morale: infatti, all'art. 1 di detto provvedimento il danno morale è stato definito come il “pregiudizio non patrimoniale costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata dal fatto lesivo in sé considerato”; pertanto, se con riferimento alla intenzione fatta palese dal Legislatore riguardo al danno morale si è affermato in giurisprudenza che “*sembra difficile ritenere, oltretutto in un contesto interpretativo perlomeno contrastato, che la espressa considerazione normativa di una ipotesi specifica in cui il danno morale si sovrappone al danno biologico suoni come eccezionale ed ingiustificata deroga, e non già come ragionevole riconferma, in una materia specifica, di un principio generale*”³⁸, affermazione che rappresenta una significativa conferma giurisprudenziale del fatto che il Legislatore avesse piena consapevolezza del “diritto vivente” formatosi nella materia *de quo*, allora non è infondato ritenere, in virtù di quanto detto, che anche nella specifica materia disciplinata dalla legge n. 133 del 2008 sopra richiamata, il legislatore abbia inteso affermare un principio di portata generale.

A questo punto, in presenza di simili elementi e soprattutto di un simile atteggiamento del legislatore, se è vero che “una rondine non fa primavera”, allorché le rondini iniziano a moltiplicarsi il dubbio sulle reali intenzioni del Legislatore *consapevole* dovrebbe essere quasi del tutto risolto; o no ?

Gianluca Cascella

³⁸ C. Appello Torino, 05 ottobre 2009, in www.dirittoegiustizia.it, 2009, 12





