

INTRODUZIONE

Il libro raccoglie gli esiti del convegno tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Milano il 27 e 28 ottobre del 2010. Il titolo del libro *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari* riproduce fedelmente quello del convegno.

L'abuso del diritto ha avuto fortune alterne: è stato al centro della ribalta giurisprudenziale, dottrinale e filosofico giuridica, tuttavia per lunghi periodi è stato accantonato o relegato ai margini della discussione. Tornare o continuare a riflettere oggi sull'abuso del diritto è sensato per molteplici ragioni. Innanzi tutto dal punto di vista dell'attualità giurisprudenziale e dottrinale il tema dell'abuso del diritto vive un momento di elevata rilevanza per il sistema giuridico italiano, specie per gli ambiti disciplinari del diritto civile dei contratti e del diritto tributario, nonché per il diritto dell'unione europea¹. In secondo luogo dal punto di vista

¹ Per il diritto civile dei contratti la sentenza che ha riaperto, se non addirittura infiammato, il dibattito è la ormai notissima Cass. civ., 18 settembre 2009, n. 20106, pubblicata in varie sedi editoriali tra cui *Resp. civ. e prev.*, 2, 2010, p. 345 ss., con il commento di A. GENTILI, *Abuso del diritto e argomentazione giuridica*, una delle massime tratte è la seguente: "È abusivo l'esercizio *ad libitum*, e cioè senza proporzionalità dei mezzi usati rispetto agli interessi contrapposti, che si esprima nella procedimentalizzazione attraverso trattative o riconoscimento di indennità al concessionario, del diritto di recesso *ad nutum* dal contratto di concessione di vendita"; per ulteriori riferimenti e approfondimenti v. *infra* gli scritti di Paolo Comanducci, Giovanni Cazzetta, Mauro Orlandi e Aurelio Gentili. Va ricordato che l'abuso del diritto ha trovato il suo primo ancoraggio in ambito proprietario nell'art. 833 c.c. sul divieto di atti emulativi, almeno così pensano taluni studiosi e certa giurisprudenza; per un interessante caso in materia condominiale v. Cass. civ., 27 giugno 2005, n. 13732, reperibile sulla banca dati *De jure*.

Per il diritto tributario la produzione giurisprudenziale è continua e non priva di oscillazioni (v. L. D. CORRADO, *Elusione tributaria vs lecito risparmio d'imposta: un revirement della Corte di Cassazione?*, in *Diritto e giustizia*, 2011, p. 35 ss., nella manualistica G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario, Parte generale*, Padova, Cedam, 2010, pp. 213-217) si segnalano *ex multis* Cass. civ., sez. tributaria, 21 aprile 2008, n. 10257, in *Riv. dir. trib.*, 2008, 7-8, II, p. 448: "Non hanno efficacia nei confronti dell'amministrazione finanziaria quegli atti posti in essere dal contribuente che costituiscono abuso del diritto, cioè che si traducano in operazioni compiute essenzialmente per il conseguimento di un vantaggio fiscale. Tale inefficacia non opera laddove il contribuente fornisca la prova dell'esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti di carattere non meramente marginale o teorico" e Cass. civ., sez. tributaria, 26 ottobre 2011, n. 22508, in www.ilsolo24ore.com/norme, che segue il medesimo orientamento; più prudente, invece, Cass. civ., sez. tributaria, 21 gennaio 2011, n. 1372, in *Diritto e giustizia*,

della filosofia giuridica l'abuso del diritto ha ricevuto in anni recenti rinnovata attenzione nelle aree di lingua italiana e castigliana, attenzione sfociata nella produzione di svariati saggi che hanno prospettato nuove chiavi di lettura del tema, con particolare riguardo alla teoria del diritto soggettivo, della norma giuridica e del ragionamento giuridico².

D'altronde l'abuso del diritto costituisce un tipico esempio di argomento appartenente all'alta dogmatica³, e per questo è un terreno sul quale giuristi positivi e filosofi del diritto sono chiamati a rispondere, per soddisfare le rispettive esigenze, ai medesimi interrogativi, quali ad esempio: si può abusare di un diritto soggettivo? Qualora si ritenga di sì, a quali condizioni? Le condizioni variano a seconda dell'ambito disciplinare? Qual è il rapporto tra interpretazione giuridica e abuso del diritto? Un confronto tra i giuristi positivi e i filosofi del diritto è, dunque, inevitabile se si vogliono fornire risposte plausibili agli interrogativi appena sollevati. Ecco la ragione precipua per cui questo libro raccoglie i risultati di un incontro di studi nel quale l'abuso del diritto è stato discusso da filosofi del diritto, studiosi di diritto civile, tributario e processuale⁴. Senza trascurare, inoltre, la prospettiva storica: infatti i concetti giuridici hanno un'origine e uno sviluppo, le questioni dibattute in un dato periodo storico sono il risultato di azioni, omissioni, riflessioni avvenute in precedenza

2011, p. 35. Il dibattito sull'abuso del diritto in campo tributario è vivace e tra le proposte in campo v'è pure quella di introdurre una specifica disciplina legislativa sostitutiva o aggiuntiva rispetto all'art. 37 bis del DPR 600 del 1973 (disposizioni antielusive); sui vari progetti di legge v. S. FOSSATI, *Una legge per l'abuso del diritto*, in *Il Sole 24 Ore* del 27 ottobre 2011, sull'opportunità di un intervento normativo *ad hoc* E. DE MITA, *Abuso del diritto, la Cassazione delinea la legge*, in *Il Sole 24 Ore* del 30 ottobre 2011. Per la vicenda dell'abuso del diritto nell'ambito del diritto tributario europeo rinvio ancora al saggio conclusivo di questo volume redatto da Aurelio Gentili e più in generale per il diritto dell'Unione europea v. L. CRUCIANI, *Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 3/2011, p. 473 ss.

Non bisogna trascurare la rilevanza che l'abuso del diritto può assumere nell'ambito della contrattazione collettiva o aziendale in termini di abuso di negoziazione, v. Trib. Torino, sez. lavoro, 14 settembre 2011, n. 4020, *Argomenti di diritto del lavoro*, 1, 2012, nota V. De Stefano.

² Si veda la letteratura citata *infra* nei contributi di Paolo Comanducci e di Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero.

³ Ossia un terreno in cui il confine tra lo studio del diritto e la teoria del diritto non è ben definito, per dirla con le note parole di A. ROSS, *Diritto e giustizia* (1958), trad. it., Torino, Einaudi, 1965, pp. 26-27.

⁴ All'abuso del diritto con riguardo al processo, civile in particolare, è dedicato il testo di Michele Taruffo. Il lettore va informato del fatto che in questo volume non troverà un saggio dedicato esclusivamente all'abuso del diritto in campo tributario, tuttavia al convegno ha tenuto un'apprezzata relazione il Prof. Salvatore Sammartino: purtroppo il giurista palermitano non ha inviato la versione scritta dell'intervento.

e solo avendone contezza è possibile comprendere a fondo le tesi avanzate nel dibattito del presente⁵.

Nei vari saggi del libro il lettore troverà le risposte che gli autorevoli relatori del convegno hanno dato a queste e ad altre domande riguardanti l'abuso del diritto. Nel prosieguo non intendo fornire una sintesi delle risposte date alle domande, bensì mi propongo di esporre, in maniera succinta, da dove esse provengono, quali sono le discussioni giurisprudenziali, dottrinali, filosofico giuridiche che le hanno ispirate facendone il punto di riferimento principale, per quanto non esaustivo, del discorso recente (ma pure di quello risalente) sull'abuso del diritto.

Si può abusare di un diritto soggettivo? Questa è la domanda delle domande, visto che il nodo cruciale consiste nello stabilire se sia sensato porsela e ove si ritenga di no l'indagine dovrebbe arrestarsi. I critici dell'abuso del diritto, infatti, reputano l'interrogativo privo di pregio e l'abuso del diritto non configurabile sul piano concettuale: l'esercizio di un diritto soggettivo o è lecito, oppure se si risolve in un cattivo esercizio cade nella sfera dell'illecito. La rilevanza giuridica del comportamento si esaurisce nella coppia liceità/illiceità, non v'è spazio alcuno per un *tertium genus*, una figura ibrida, per così dire "del formalmente lecito ma sostanzialmente non consentito" o di ciò che "è corretto *prima facie* ma scorretto, abusivo appunto, a un più attento esame". Seguendo questa impostazione l'abuso del diritto soggettivo non sarebbe uno strumento grazie al quale il diritto oggettivo riscatta la propria miseria, per usare la celebre prosa di Pietro Rescigno, bensì un mezzo per veicolare instabilità nelle relazioni giuridiche, per rendere incerto quel che è certo in base a quanto stabilito dalle norme dell'ordinamento, per rendere illecito, in maniera surrettizia e ideologica, ciò che è lecito per il diritto oggettivo⁶.

Coloro che sostengono le ragioni dell'abuso del diritto soggettivo, ov-

⁵ Il profilo storico è ampiamente sviluppato da Giovanni Cazzetta.

⁶ Ciò varrebbe anche in presenza di norme che fanno espresso divieto di abusare del diritto soggettivo, le quali sarebbero, stante la non configurabilità concettuale dell'abuso del diritto, o inutili, o peggio ancora veicoli delle preferenze individuali dell'interprete. Le formule da me adottate nel testo vogliono evidenziare la difficoltà, presente in dottrina e in giurisprudenza, di collocare *sic et simpliciter* l'abuso del diritto nell'area dell'illecito, non a caso Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero hanno intitolato il loro libro sull'abuso del diritto, la frode alla legge e lo sviamento di potere *Illeciti atípicos*, trad. it., Bologna 2004. La difficoltà di cui si è appena riferito è ben rappresentata anche dalla questione di quali siano le conseguenze più appropriate per l'atto abusivo: inefficacia, risarcimento o entrambi.

Il riferimento a Pietro Rescigno riguarda il saggio *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1965, p. 205 ss. Preciso inoltre che nell'ambito di questa introduzione il sintagma "norma giuridica" viene usato talvolta per indicare l'enunciato del discorso delle fonti, talaltra per indicare il contenuto di significato dell'enunciato normativo.

vero della possibilità di configurarlo sul piano concettuale, muovono tutti da un presupposto comune e una sua sommaria ricognizione conduce il discorso verso il coinvolgimento di tutti gli altri interrogativi in sospenso, ovvero delle condizioni in presenza delle quali l'abuso sia configurabile, dell'incidenza dell'ambito disciplinare e del rapporto tra abuso del diritto e interpretazione giuridica. Vale la pena, quindi, trattare le differenti questioni non singolarmente ma assieme, visto il reciproco intreccio che le caratterizza.

Il presupposto evocato per ammettere l'abuso del diritto soggettivo è una caratteristica degli stessi diritti soggettivi. Per essere più chiari. Si afferma che il diritto soggettivo è attribuito da norme giuridiche per uno o più scopi determinati, ossia per soddisfare uno o più interessi o per garantire una certa sfera d'autonomia alla persona⁷. Ne segue che se il diritto soggettivo non viene esercitato per conseguire lo scopo o gli scopi dell'attribuzione, bensì scopi diversi o ulteriori, l'esercizio del diritto soggettivo va censurato. Siffatto approccio richiama una visione, per così dire, *strumentale* del diritto soggettivo per la quale le ragioni dell'attribuzione del diritto costituiscono sempre il metro di valutazione dell'esercizio del diritto medesimo. Ciò stabilito non v'è alcuna difficoltà nel ritenere che una modalità di esecuzione del diritto soggettivo conforme a quanto disposto dalla norma intesa in conformità alla sua formulazione linguistica, possa essere considerata difforme dal diritto oggettivo in quanto non riconducibile alle ragioni dell'attribuzione del diritto soggettivo⁸.

È piuttosto evidente che la visione strumentale del diritto soggettivo reagisce sull'interpretazione delle norme giuridiche imponendo all'interprete di colmare lo scarto tra lettera e scopo della norma a favore di quest'ultimo. L'abuso del diritto, quindi, entra in gioco ogni volta che la lettera della norma è considerata più ampia, *sovrainclusiva* rispetto allo scopo, ossia alla formulazione linguistica della norma sono riconducibili

⁷ Sul diritto soggettivo da ultimo G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato Costituzionale*, Bologna 2010, pp. 77-96. Nel testo non si è presa posizione tra *interest theory* e *choice o will theory* quali diverse giustificazioni del diritto soggettivo, anche se il modo in cui i fautori del divieto dell'abuso del diritto abitualmente argomentano sembra presupporre la teoria dell'interesse a fondamento del diritto soggettivo.

⁸ Si tratta dell'ennesima riproposizione del dualismo tra lettera e spirito della norma giuridica. Il criterio per stabilire la prevalenza dello spirito sulla lettera attraverso l'affermazione del divieto di abuso del diritto soggettivo può essere costituito dai principi del diritto, ovvero dalla configurazione del divieto di abuso del diritto come principio del diritto (espresso o inespresso) o dalla sua riconducibilità ad uno o più principi del diritto (espressi o inespressi) dell'ordinamento giuridico. Questa linea d'analisi presuppone la distinzione tra regole e principi e implica che ciò che è lecito a livello delle regole può non esserlo a livello dei principi. Sul punto si vedano i saggi di Paolo Comanducci e di Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero.

modalità di esercizio del diritto soggettivo in grado di frustrare la finalità dell'attribuzione del diritto soggettivo medesimo⁹. Se gli oppositori dell'abuso del diritto nutrono sovente una fiducia esagerata nell'interpretazione letterale, ovvero ritengono che la formulazione della norma sia in grado di indicare con chiarezza le azioni e le omissioni che costituiscono esercizio del diritto soggettivo (area del lecito) distinguendole da quelle che non costituiscono esercizio di quel diritto soggettivo (area dell'illecito), v'è da dire, per contro, che la strada della ricerca dello scopo della norma (delle ragioni dell'attribuzione del diritto soggettivo) propugnata dai fautori dell'abuso del diritto (*rectius*: del divieto di abusare del diritto) è lastricata di insidie, ma soprattutto intrisa di discrezionalità interpretativa¹⁰. Bisogna tenere presente, inoltre, che non si può pacificamente discorrere di illecito solo perché una azione o una omissione è apparentemente rientrando tra quelle di esercizio di un diritto soggettivo ma si colloca fuori dal suo scopo, in questo caso si potrebbe ragionevolmente parlare non di illecito, bensì di non esercizio del diritto soggettivo.

Mi pare che da queste poche considerazioni emerga con chiarezza lo stretto legame tra abuso del diritto e interpretazione delle norme giuridiche.

Riassumendo: l'esercizio del diritto è abusivo, quindi, se non rispetta le condizioni che soddisfano le ragioni dell'attribuzione del diritto soggettivo stesso. Orbene, si può controvertere pure su quali siano queste condizioni in grado di soddisfare le ragioni dell'attribuzione, un esempio nostrano è costituito dai già menzionati casi dell'abuso del diritto in campo tributario e degli atti emulativi *ex art.* 833 del Codice civile. Non è chiaro, infatti, se il contribuente faccia un uso improprio, abusivo appunto, della norma che gli attribuisce un beneficio fiscale ove agisca al solo fine di ottenere il beneficio e non anche per realizzare lo scopo principale della norma in questione, oppure se basti la compresenza del fine, per così dire, egoistico, o in terza istanza se una valutazione in termini psicologico-soggettivi sia inutile e si debba riscontare, invece, se ciò che il contribuente ha realizzato sia di per sé in grado di frustrare la finalità principale della norma. Allo stesso modo dottrina e giurisprudenza sono divise in due schieramenti opposti, quello dei soggettivisti e quello degli oggettivisti con riguardo agli elementi costitutivi degli atti emulativi¹¹.

⁹ Riprendo il lessico di F. SCHAUER, *Le regole del gioco*, trad. it., Bologna 2000, *passim*.

¹⁰ Mi permetto di rinviare a V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino 2002, pp. 125-133.

¹¹ È controverso se gli atti emulativi richiedano per essere vietati lo scopo di nuocere al vicino, in senso affermativo si esprime Cass. civ., 9 ottobre 1998, n. 9998, in *Giust. Civ. Mass.*,

Insomma, pur se si ritiene configurabile sul piano concettuale la figura dell'abuso del diritto e si considera sensato, di conseguenza, sanzionare l'esercizio abusivo del diritto soggettivo, bisogna tener conto di molteplici fattori di diritto positivo. Mi spiego. L'abuso del diritto si inserisce in ordinamenti e ambiti disciplinari specifici e ciò ha, o può avere, svariati riflessi sul *modus operandi* del divieto di abusare del diritto soggettivo. Quanto ho detto sin qui ha già fatto emergere, infatti, che: a) talvolta l'abuso del diritto può essere ricondotto a norme espresse dell'ordinamento giuridico, il suo contenuto dipende, quindi, dal modo in cui la norma stessa viene interpretata; b) l'interpretazione della norma che espressamente contempla l'abuso del diritto (che sia qualificata o meno come un principio) condiziona l'interpretazione della norma attributiva del diritto soggettivo, orientandola verso il soddisfacimento delle ragioni dell'attribuzione del diritto soggettivo; c) sia la norma che regola l'abuso, sia le norme che conferiscono diritti si collegano con altre norme di uno o più ambiti disciplinari, con eventuali norme di chiusura degli ambiti disciplinari stessi e ciò può comportare un diverso atteggiarsi dell'abuso del diritto; d) in assenza di una norma che espressamente regoli l'abuso del diritto si pone il problema di trovare all'abuso un ancoraggio normativo nell'ordinamento. Ciò determina una serie articolata di argomentazioni e giustificazioni sovente connesse con l'elaborazione di norme inesprese qualificate come principi o con la riconduzione del divieto di abuso del diritto a norme espresse (anch'esse qualificate come principi). Le vicende del sistema giuridico italiano testimoniano la presenza di entrambe le tendenze appena menzionate. Per un verso l'art. 833 c.c. è stato ritenuto l'indice, il punto di emersione codicistico del divieto di abuso del diritto.

1998, p. 2046: "Per aversi atto emulativo vietato dall'art. 833 c.c. occorre il concorso di due elementi: a) che l'atto di esercizio del diritto non arrechi utilità al proprietario; b) che tale atto abbia il solo scopo di nuocere o arrecare molestia ad altri", nella direzione contraria va, invece, Trib. Salerno, 9 luglio 2002, in *Arch. civ.*, 2002, p. 1075: "Per aversi atto emulativo vietato ai sensi dell'art. 833 c.c. è necessaria la sussistenza di uno specifico divieto sanzionatorio ovvero un comportamento idoneo esclusivamente a danneggiare il vicino". In campo tributario ritiene abusive le operazioni "... eseguite al solo scopo di procurarsi un vantaggio fiscale", Cass. civ., sez. tributaria, 5 maggio 2006, n. 10353, in *Obbligazioni e contratti*, 8-9, 2006, p. 761, mentre nella già menzionata Cass. civ., sez. tributaria, 21 gennaio 2011, n. 1372, in *Diritto e giustizia*, 2011, p. 35, la suprema Corte sostiene che "L'applicazione del principio di abuso del diritto deve essere guidata da una particolare cautela, essendo necessario trovare una giusta linea di confine tra pianificazione fiscale eccessivamente aggressiva e libertà di scelta delle forme giuridiche, soprattutto quando si tratta di attività d'impresa", nel caso di specie la Cassazione ha ritenuto che l'amministrazione finanziaria non poteva spingersi sino a imporre una misura di ristrutturazione societaria diversa da quella adottata e giuridicamente possibile solo perché la misura indicata dall'amministrazione avrebbe comportato un maggior carico fiscale. Ciò anche se la scelta della società sia stata adottata al solo fine di ottenere un risparmio fiscale.

to, e cioè l'elemento o uno degli elementi in grado di costituire la base normativa dalla quale trarre il principio di divieto dell'abuso del diritto soggettivo. Per l'altro verso in certe decisioni e contributi della dottrina il divieto di abuso del diritto è stato ritenuto una specificazione del principio di buona fede oggettiva (artt. 1337, 1366, 1375 c.c.). Così ragionando l'abuso del diritto non è un principio da ricavare e formulare, bensì espressione dei contenuti di un principio già formulato nell'ordinamento giuridico.

Questa introduzione ha preso le mosse dall'affermazione che per studiare adeguatamente il tema dell'abuso del diritto il confronto tra filosofi del diritto, giuristi positivi e storici del diritto fosse necessario. Non so se le rapide osservazioni compiute abbiano portato acqua al mulino di tale tesi, mettendo adeguatamente in risalto l'intreccio tra questioni teoriche e dogmatiche, sono sicuro, però, che il lettore troverà la tesi ben sostenuta e corroborata dopo essersi misurato con gli importanti saggi di questo libro.

Vito Velluzzi