

## *Prefazione*

Questo volume raccoglie gli esiti del Convegno dal titolo “L’abuso del diritto. Profili privatistici e profili fiscali” svoltosi a Napoli in Villa Doria d’Angri, sotto l’egida dell’Università Parthenope, il 15 giugno 2017.

Quell’incontro tra studiosi di area privatistica e commerciale e studiosi di diritto tributario ha voluto rappresentare un momento di riflessione su una figura trasversale a tutte le discipline giuridiche e per ciò stesso ancor più rilevante: proprio la natura trasversale dell’abuso di diritto lascia, infatti, intravedere la complessità e le molteplici sfaccettature che questo istituto può assumere quando inserito e trattato in contesti di riferimento diversi, pur se contigui.

Ma anche sotto un altro profilo il tema mi sembrava di particolare interesse: l’abuso del diritto è figura che reagisce prepotentemente sull’interpretazione delle norme giuridiche e dunque finisce, ancora una volta, per proporre all’attenzione del Lettore l’antica dialettica tra lettera e *ratio* della norma.

La rinnovata attenzione ricevuta dal tema negli ultimi tempi, sia in dottrina che in giurisprudenza; la sua progressiva “giurisdizionalizzazione” e, non ultima, la recente codificazione dell’abuso del diritto in una norma tributaria, mi hanno convinto a organizzare un Convegno a più voci, per cercare di individuare il minimo comune denominatore che si nasconde dietro la figura dell’abuso nelle varie branche del diritto, mettendo contemporaneamente in luce la differenza di prospettiva dietro la quale gli studiosi di ciascuna di tali branche leggono e utilizzano la medesima figura.

Gli angoli visuali dai quali il tema può essere lumeggiato sono diversi e sempre, dietro alle prospettive di diritto positivo (in particolare di diritto privato, diritto tributario e diritto costituzionale nei saggi di questo Volume), si intravede un piano di riflessione più generale, di teoria del dirit-

to, che conduce a riflettere sull'abuso come "discorso sul limite"<sup>1</sup>, sulla prevalenza del diritto rispetto all'egoismo del potere, sia esso statale o individuale<sup>2</sup>.

La pubblicazione di questo volume vuole essere testimonianza tanto del permanente *fil rouge* che lega i diversi settori dell'ordinamento giuridico, quanto dell'emersione e dell'apprezzamento delle cennate differenze di prospettiva. In quest'ottica, desidero ringraziare i Giuristi del Dipartimento di Studi economici e giuridici dell'Università degli Studi di Napoli Parthenope così come i Colleghi tributaristi che hanno voluto arricchire, con le loro riflessioni e i loro spunti di osservazione, quella felice giornata napoletana e che oggi consegnano alle stampe le loro relazioni, alcune delle quali aggiornate per tener conto delle evoluzioni normative successive alla data del Convegno. Un ringraziamento speciale va anche a quei Colleghi del Dipartimento (pubblicisti, privatisti, tributaristi) che, pur non avendo potuto prendere parte alla discussione del tema, per limiti di tempo, nel corso di quella giornata di Convegno, hanno comunque voluto partecipare alla pubblicazione di questo volume, contribuendo con le loro voci ad illustrare ulteriori profili dell'abuso di diritto.

È dunque con gratitudine e soddisfazione che affido questi saggi al Lettore, confidando nella Sua capacità di cogliere ancora una volta l'unicità del diritto dietro il caleidoscopio dei diversi contesti normativi e delle nostre, talvolta disordinate, riflessioni.

Napoli, 1° dicembre 2018

Loredana Carpentieri

---

<sup>1</sup> Nella prospettiva di D. CORNELL, *The Philosophy of the Limit*, London-New York, 1992-2016.

<sup>2</sup> Così efficacemente D. BIFULCO, *L'abuso del diritto costituzionale. Un'ipotesi di lavoro*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2018, 104.

Loredana Carpentieri

*L'abuso del diritto e la sua rinnovata rilevanza  
"trasversale" nell'ordinamento giuridico italiano:  
considerazioni introduttive*

Il tema dell'abuso del diritto<sup>1</sup> rappresenta una sorta di fiume carsico nella storia del pensiero giuridico, non solo italiano<sup>2</sup>: di tempo in tempo emerge in questa o quella branca del diritto, scompare per decenni e poi riaffiora, a testimonianza del ruolo, talvolta sopito, ma mai superato, di una riflessione per principi "trasversali" al mondo del diritto, "oltre" l'ordinamento positivo.

---

<sup>1</sup> Su cui, senza pretesa di completezza, sia consentito rinviare a: M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 105 ss., 269 ss.; M. D'AMELIO, *Abuso del diritto*, in *Nuovo dig. it.*, I, Torino, 1937, 49-50; ID., *Abuso del diritto*, in *Novis. dig. it.*, Torino, 1957, vol. I, 95 ss.; S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 166 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 18 ss.; V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 205 ss.; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino, 1987, 1 ss.; C. SALVI, *Abuso del diritto* (diritto civile), in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988; A. GAMBARO, *Abuso del diritto* (diritto comparato e straniero), in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir. agg.*, II, Milano, 1998; R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in G. ALPA-M. GRAZIADEI-U. MATTEI-R. SACCO (a cura di), *Il diritto soggettivo, Trattato di diritto civile*, Torino, 2001, 373; G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano, 2006, 115 ss.; R. SACCO, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Agg., VII, Torino, 2012. Di recente, a testimoniare la vitalità del tema cfr. anche: AA.VV., *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, a cura di V. VELLUZZI, Pisa, 2012.

<sup>2</sup> Per una prospettiva europea cfr. M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003, 29 ss.

La moderna elaborazione dell'abuso del diritto<sup>3</sup> si deve alla dottrina civilistica<sup>4</sup> e alla giurisprudenza francese d'inizio Novecento<sup>5</sup> quando i giudici d'oltralpe cominciano a domandarsi se ogni forma di esercizio della proprietà potesse considerarsi legittima o se invece si dovesse negare la tutela dell'ordinamento a quegli atti che, pur se compresi nei limiti del diritto di proprietà, potevano considerarsi in contrasto con la coscienza sociale e dunque non meritevoli di protezione, proprio perché compiuti con l'intento di nuocere<sup>6</sup>.

Una parte della dottrina francese non mancò di stigmatizzare la contraddittorietà dell'abuso del diritto, in quanto riferibile a un atto al tempo stesso “*conforme au droit et contraire au droit*”<sup>7</sup>; ma la giurisprudenza francese continua ancora oggi a fare applicazione del divieto di abuso del diritto, nonostante la sua mancata codificazione, richiamando al riguardo l'art. 1134 del Code civil che prevede l'obbligo per le parti di agire secondo buona fede.

In altri ordinamenti giuridici europei, l'abuso di diritto ha nel tempo trovato regolamentazione espressa, in diverse forme<sup>8</sup>; mentre nei Paesi di *common law* la giurisprudenza tende a escludere che l'esercizio di un di-

---

<sup>3</sup> Ma, risalendo nel tempo, una parte della dottrina ricollega le origini dell'abuso del diritto al diritto romano: cfr. G. LEVI, *L'abuso del diritto*, Milano, 1993, 120 ss.

<sup>4</sup> Cfr. J. CHARMONT, *L'abus de droit*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1902, 113; R. SALEILLES, *De l'abus de droit*, in *Bull. soc. étud. législ.*, 1905, n. 325; L. JOSSEMAND, *De l'abus de droit*, Paris, 1905.

<sup>5</sup> Cfr., ad esempio, Cour de Cassation 3 agosto 1915, in *Dalloz*, 1917, I, 705; Coquerel c/Clément-Bayard. Sul tema anche S. PATTI, *Abuso del diritto*, cit., 2. Per una ricostruzione storica cfr. A. DE VITA, *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Milano, 1969, 175 ss.

<sup>6</sup> Il caso – descritto da M.P. MARTINES, *Teoria e prassi dell'abuso del diritto*, Padova, 2006, 33 ss. – era quello del proprietario che aveva disseminato il suo terreno di pertiche appuntite: la condotta avrebbe potuto in linea di principio ritenersi conforme all'esercizio del suo diritto di proprietà, se non fosse che il terreno confinava con una fabbrica di palloni aerostatici che planando finivano per conficcarsi inevitabilmente proprio su quelle pertiche.

<sup>7</sup> Cfr.: M.F. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1905, 284.

<sup>8</sup> Talvolta è stato espressamente codificato o addirittura costituzionalizzato; in altri casi è rimasto una creazione dottrinale e/o giurisprudenziale. Per una sintesi della situazione nei diversi Paesi europei v. R.T. BONANZINGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it). Sul tema v. anche G. VETTORI, *L'abuso del diritto. Distingue frequenter*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, 168 ss.

ritto possa mai diventare illecito<sup>9</sup> a causa dei motivi che sono ad esso sottesi: e ciò si spiega facilmente ove si pensi alla difficoltà, per un sistema di *common law*, di utilizzare concetti come la buona fede, che consentirebbero al giudice di modificare *ex post* il contenuto del contratto, andando a incidere sulla volontà delle parti.

La Corte di Giustizia, dal canto suo, ha affermato da un lato che nessun istituto di origine comunitaria può essere applicato in modo distonico rispetto alla *ratio* delle norme e, dall'altro, che il diritto comunitario non impedisce ai giudici nazionali di applicare una disposizione di diritto interno che permetta loro di valutare l'eventuale esercizio abusivo di un diritto riconosciuto da una norma comunitaria<sup>10</sup>; esercizio abusivo ravvisabile nella deviazione dell'atto di esercizio del diritto dalle finalità per le quali lo stesso diritto è stato normativamente riconosciuto. A livello europeo, l'abuso del diritto ha trovato riconoscimento espresso nell'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea firmata a Nizza il 7 dicembre 2000<sup>11</sup> il quale, sotto la rubrica "Divieto dell'abuso del diritto", stabilisce che "*Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta*"<sup>12</sup>.

Quanto al nostro ordinamento, la dottrina italiana, soprattutto quella civilistica, ha lungamente contestato la figura dell'abuso di diritto, ritenendola non identificabile senza il ricorso a circostanze metagiuridiche<sup>13</sup>, se non addirittura pericolosa, perché suscettibile di essere utilizzata dal-

---

<sup>9</sup> Cfr.: per una panoramica della giurisprudenza inglese cfr. M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., 46 ss.

<sup>10</sup> V. Corte di Giustizia 12 maggio 1998, in causa C-367/96 e 23 marzo 2000, in causa C-373/97.

<sup>11</sup> Carta che, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha lo stesso valore giuridico dei trattati.

<sup>12</sup> Sul tema v. R. BIFULCO-A. CELOTTO, *Divieto dell'abuso del diritto*, in R. BIFULCO-M. CARTABIA-A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, 367.

<sup>13</sup> Cfr.: C. SALVI, *Abuso del diritto* (diritto civile), cit., 5; R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, cit., 373.

l'interprete per imporre una sua morale diversa da quella del legislatore<sup>14</sup>.

La stessa locuzione "abuso del diritto" sembra, in effetti, legare tra loro due figure logicamente e sistematicamente incompatibili, il diritto e l'abuso, quasi postulando che, contro il brocardo latino *qui iure suo utitur neminem laedit*, l'esercizio di un diritto possa trasmodare in un illecito<sup>15</sup> quando tale esercizio devii dalla funzione e dalle finalità del diritto. In questa prospettiva, parlare di abuso del diritto equivale ad affermare che l'esercizio di un diritto, dunque di una libertà o di un potere garantiti all'individuo da una norma giuridica, può dar luogo a un illecito<sup>16</sup> e dunque a prospettare un assurdo logico, una contraddizione in termini<sup>17</sup>. In effetti, caratteristica dell'abuso è "*l'apparente conformità del comportamento del soggetto al contenuto del suo diritto onde abusare del diritto dovrebbe significare coprire dell'apparenza del diritto un atto che si avrebbe il dovere di non compiere*"<sup>18</sup>.

In altri termini, quando si parla di abuso del diritto si prospetta la problematica del "*right to do wrong*", "*l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore ... e qualora la finalità non sia quella consentita dall'ordinamento, si avrà abuso*"<sup>19</sup>.

L'eco del dibattito dottrinale sull'utilità dell'abuso di diritto riemerge con chiarezza ove si guardi alla formazione del nostro codice civile, nella cui stesura definitiva non venne inserito quell'art. 7 del progetto preliminare che stabiliva: "*nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto*".

<sup>14</sup> Cfr.: A. GAMBARO, *Abuso del diritto* (diritto comparato e straniero), cit., 2.

<sup>15</sup> Su questa antinomia cfr. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 13; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in AA.VV., *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato*, 1997, Padova, 1998, 71.

<sup>16</sup> Cfr.: R.T. BONANZINGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in [www.comparazione.diritto.civile.it](http://www.comparazione.diritto.civile.it).

<sup>17</sup> Cfr.: M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, cit., 105 ss., il quale afferma che l'abuso del diritto "*è un fenomeno sociale, non un concetto giuridico, anzi uno dei quei fenomeni che il diritto non potrà mai disciplinare in tutte le sue applicazioni che sono imprevedibili: è uno stato d'animo, è la valutazione critica circa un periodo di transizione, è quel che si vuole, ma non una categoria giuridica, e ciò per la contraddizione che non consente*".

<sup>18</sup> Così U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., 37.

<sup>19</sup> Così Cass. civ., Sez. III, n. 20106/2009, in *Guida al diritto*, 2009, 40 ss.