

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 15/01/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37708-atti-emulativi-e-abuso-del-diritto-l-esperienza-italiana-e-i-profil-di-comparazione>

Autori: Chimienti Maurizio , Denovellis Vito Domenico

Atti emulativi e abuso del diritto: l'esperienza italiana e i profili di comparazione

ATTI EMULATIVI E ABUSO DEL DIRITTO: L'ESPERIENZA ITALIANA E I PROFILI DI COMPARAZIONE*

di **Maurizio Chimienti** e **Vito Domenico Denovellis**

Sommario: 1 - Pienezza del diritto di proprietà e limiti al suo esercizio. 2 - Atti emulativi: presupposti ed ambito applicativo del divieto. 3 - Possibili criteri rivelatori della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva: l'abuso del diritto. 4 - Cenni sull'abuso del diritto soggettivo in altri ordinamenti.

1 – Pienezza del diritto di proprietà e limiti al suo esercizio

Inserito nell'ambito delle disposizioni codicistiche sulla proprietà (Libro III, Titolo II), l'art. 833 cod. civ. (rubricato atti d'emulazione) pone un ulteriore, significativo vincolo al diritto di proprietà, il cui principale elemento distintivo dagli altri diritti reali è (come noto) costituito dall'ampiezza del potere dispositivo attribuito al proprietario, al quale si riconosce anche la facoltà di non utilizzare e perfino di distruggere il bene (*ius utendi et abutendi*)¹.

In aggiunta ai limiti connessi con il rispetto dei valori costituzionali (in specie: artt. 42 e 2 Cost.) e degli obblighi sanciti dall'ordinamento², l'art. 833 cit. vieta invero al dominus di compiere atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o arrecare molestia ad altri³, senza peraltro fornire puntuali criteri delimitativi in ordine alla nozione degli "atti emulativi".

In virtù di tale norma, il pieno ed esclusivo diritto del proprietario di godere e disporre liberamente del bene (art. 832 cod. civ.) subisce una compressione di significativa valenza, atta ad assicurare un uso del diritto conforme tanto all'interesse pubblico quanto a quello dei privati. Il proprietario che compie un atto emulativo pone in essere, infatti, una condotta che certamente rientra nell'ambito della signoria riconosciutagli sul bene, ma che non corrisponde ad un interesse apprezzabile, essendo unicamente diretto a perseguire un risultato socialmente disdicevole, rappresentato dall'altrui nocumento⁴. L'art. 833 cod. civ. sancisce quindi un principio di grande

¹ Si veda, ex multis, **Salvi**, Il contenuto del diritto di proprietà, in Comm. a cura di Schlesinger (Artt. 832-833), 1994; **Diana**, La proprietà immobiliare, Milano, 2004; **Gazzoni**, Manuale di diritto privato, Napoli, 2004; **Trabucchi**, Istituzioni di diritto civile, Padova, 1998, 428; **Trimarchi**, Istituzioni di diritto privato, Milano, 1986; **Bianca**, La proprietà, Milano, 2004; **De Martino**, Beni in generale, proprietà (Artt. 810-956), Bologna-Roma, Comm. cod. civ., a cura di Scialoja-Branca, 1976.

² Cfr., ad es., gli artt. 840 e segg. cod. civ. (Capo II, della proprietà fondiaria) e l'art. 866 cod. civ. (vincoli per scopi idrogeologici e per altri scopi). Per le aree edificabili si veda la l. 17 agosto 1942, n. 1150 ed il successivo d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380. Quanto ai beni culturali, v. artt. 30 e segg. e 104 del d.lgs 22 gennaio 2004, n. 42. Per la c.d. "multiproprietà", cfr. artt. 69 e segg. del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

³ Sul tema: **Torrente**, Emulazione (diritto civile), Noviss. Dig.it, VI; **Gambaro**, Emulazione, Dig. disc. priv., VII, 1991; **Breccia**, *L'abuso del diritto*, Diritto privato diretto da Furguele, 1997; **Messinetti**, Abuso del diritto, Enc. dir. Aggiornamento, II, 1988; **Patti**, Abuso del diritto, Dig. disc. priv., I, 1987; **Bigliazzi Geri**, Oneri reali e obbligazioni propter rem, Milano 1984; **Bianca**, Diritto Civile, Milano, VI, 1999, p.192, secondo cui una rilevanza specifica del comportamento dal punto di vista dell'intento soggettivo dell'agente non potrebbe emergere, se non in considerazione di una apposita indicazione normativa che attualmente fa difetto.

⁴ Così **Bianca**, La proprietà, cit.; a ben guardare, non si tratta di un caso isolato di supervisione dell'ordinamento sulla funzione sociale del diritto; ad es., è sottoposta a controllo la causa del negozio giuridico, che deve appunto perseguire interessi meritevoli di tutela (art. 1322 cod. civ.).

rilevanza, già patrimonio della nostra tradizione giuridica⁵, in base al quale è possibile sindacare gli atti compiuti dal dominus nell'esercizio della propria potestas e, conseguentemente, "colpire" i comportamenti configurabili come uso eccessivo (*rectius*: esercizio abusivo) del diritto.

In assenza di puntuali indicazioni in ordine alle connotazioni della fattispecie emulativa, dottrina e giurisprudenza hanno concorso ad elaborare, anche sulla base delle esigenze dettate dall'esperienza concreta, taluni parametri idonei a qualificare un comportamento inutilmente lesivo degli altrui diritti⁶.

Al fine di fornire un possibile apporto al percorso ricostruttivo della *aemulatio*, pare qui necessario considerare preliminarmente che il divieto di cui all'art. 833 cit. costituisce (sul piano esegetico) un contributo specificativo del precedente art. 832 cod. civ., secondo cui il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose, in modo pieno ed esclusivo, peraltro entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento. Primario elemento utile a delineare la fattispecie emulativa riguarda quindi l'atto, il quale deve rappresentare una esplicazione della facoltà di godimento o disposizione del bene da parte del dominus.

La formulazione della disposizione in esame (che fa riferimento unicamente agli "atti" e non anche alle "omissioni") consente altresì di ribadire che l'emulazione si realizza solo in presenza di una condotta necessariamente positiva, non potendo una mera omissione porsi come inutile; ciò, se non altro per il fatto che l'attivarsi in qualche modo richiede un sicuro dispendio di energie. A ben guardare, il non uso della cosa rientra nelle facoltà spettanti al proprietario; tuttavia, la mera inerzia non può considerarsi come "atto" emulativo, anche in ragione del concetto di inutilità del comportamento. Infatti, il "non fare" comporta sempre un vantaggio, quanto meno in termini di risparmio di spesa e di energia psico-fisica⁷. Dal combinato disposto degli artt. 832 e 833 cod. civ. si ha dunque diretta conferma che i confini posti all'esercizio pieno ed esclusivo del diritto del proprietario si giustificano in ragione di superiori interessi (nell'ambito dei quali rientra di certo il principio di solidarietà), del resto richiamati dal chiaro dettato degli artt. 2 e 42 della Costituzione.

⁵In nessun contesto storico il godimento della proprietà è stato ammesso in forma assoluta, ritenendosi che l'esercizio del diritto di proprietà non poteva mai piegarsi a motivi antisociali. In epoca romana il diritto del dominus era invero assoggettato a limiti richiesti dall'interesse pubblico e dei singoli; si pensi, ad es., alla figura dell'*iter limitare* (obbligo di lasciare libero dalle colture e da ogni forma di utilizzazione permanente uno spazio di due piedi e mezzo lungo il confine del fondo, antecedente storico della normativa sulle distanze legali). Il diritto postclassico riconosceva l'abusività dei comportamenti del proprietario non conformi al modello di normalità e moralità costituito dal *bonus pater familias*; ad es., le Istituzioni di Giustiniano ammonivano: *expedit enim rei publicae, ne quis re sua male utitur*, mentre una costituzione di Antonino Pio assegnava ai presidi delle province il potere di intervenire nel caso in cui il proprietario del fondo maltrattasse senza ragione i propri schiavi. In Paulus, *liber XLIX ad Edictum* (in D. 39.3.2.9) si riporta il caso del proprietario del fondo che modifica il corso delle acque di un torrente impedendone il deflusso nel fondo vicino; al riguardo, nell'escludere che contro il proprietario sia esperibile l'*actio aquae pluviae arcendae*, Paolo precisa: "semperché il proprietario abbia agito per evitare a sé un danno, non per nuocerti".

⁶Ed invero sono stati ritenuti atti emulativi il piantare alberi nel proprio fondo all'esclusivo scopo di togliere la vista al vicino, nonché l'opposizione di un condomino alla ricostruzione dell'edificio non giustificata da una minima utilità per l'opponente (App. Napoli, 23 ottobre 1985); sempre a titolo esemplificativo, è stata ritenuta contraria al principio dell'art. 833 cod. civ. la chiusura delle luci nel muro del vicino con una costruzione in aderenza al solo fine di recare molestia (Cass. Civ. Sez. II, 28 novembre 1992, n. 12759). È stato qualificato come emulativo anche lo stendere bucato e tappeti in modo da oscurare le aperture dell'appartamento sottostante; così Trib. Genova, 3 gennaio 2006.

Per approfondimenti sugli ulteriori profili delimitativi, si vedano pure Cass. Civ. Sez. II, 19 febbraio 1996, n. 1267; Cass. Civ. Sez. II, 25 marzo 1995, n. 3558. Si rimanda anche a: Cass. 9 ottobre 1998, n. 9998 e Cass. 5 marzo 1984, n. 1515.

⁷Così, Cass. Civ. Sez. II, 20 ottobre 1997, n. 10250, in *Foro it.*, 1998, I, pag. 69.

Alla luce di tali (prime) risultanze, pare peraltro opportuno operare pregiudizialmente un tentativo di interpretazione sistematica, al triplice fine di inquadrare: a) il portato della norma de qua, che altrimenti risulterebbe priva di ogni pratico valore applicativo; b) il suo rapporto con la più generale figura dell'abuso del diritto; c) i profili di efficacia della disciplina del nostro ordinamento in relazione alle esperienze giuridiche di altri Paesi. Ciò, stanti anche i principi desumibili dalle norme codicistiche, in specie gli artt. 1176 e 2043 che regolamentano il comportamento da tenere nell'ambito dei rapporti obbligatori o, in generale, nel contesto delle più ampie relazioni sociali.

Come noto, l'ampiezza della signoria attribuita dall'art. 832 cod. civ. si estrinseca nel diritto soggettivo⁸ (id est permesso o libertà) del dominus rispetto al bene di cui ha la proprietà. In ragione di tale situazione soggettiva il proprietario può quindi lecitamente compiere qualsivoglia atto di esercizio del diritto de quo, purché consentito dalle norme⁹; la posizione del titolare del diritto, che gli consente di disporre e godere liberamente del bene (usque ad sidera, usque ad inferos), è dunque arginata dal dovere di non compiere atti al solo scopo di arrecare danno agli altri¹⁰.

Ed invero, il potere del proprietario (da intendersi chiaramente anche in senso deontico) non implica, di per sé, la sussistenza di una concreta facoltà di porre in essere un determinato comportamento giuridico; invero può anche accadere che un atto sia al tempo stesso illecito ma valido, oppure lecito ma non valido. A ben guardare quindi l'esercizio della potestas da parte del dominus, oltre che dal contenuto stabilito dall'ordinamento (c.d. limite esterno o elemento formale), è pure circoscritto dalla necessità che persegua effettivamente l'interesse a tutela del quale il diritto è stato attribuito (limite interno o elemento sostanziale, ovvero funzionale). Il superamento di quest'ultima soglia si configura, appunto, come abuso di diritto; viceversa, il superamento del limite esterno comporta (simmetricamente) un'ipotesi di eccesso di diritto.

In relazione a quanto detto, una interpretazione dell'art. 832 cod. civ. (necessariamente) orientata alla luce dei citati principi costituzionali (in specie, dell'art. 42, comma 2), implica dunque la sussistenza di una regola interna all'esercizio del diritto di godimento che connatura i poteri del proprietario. Ne segue che la portata della richiamata norma civilistica risiede nel fatto che opera per tutti gli atti e i comportamenti di esercizio del diritto, compresi pure quelli (espressamente) previsti da disposizioni di legge; ciò, in quanto anche tali atti e comportamenti, ancorché tipizzati, possono in realtà essere compiuti al solo fine di recare molestia a terzi. Sicché, il divieto di atti emulativi vale non solo nei confronti del proprietario vicino, ma erga omnes, non potendosi di tale norma ridurre il significato ad un mero formale divieto di atti futili e dispettosi.

In senso più ampio, consegue altresì che il divieto di esercitare un proprio diritto (e non solo quello di proprietà) in modo arbitrario, ovvero strumentale, risponde alla necessità di salvaguardare

⁸ Il concetto di diritto soggettivo è uno dei più importanti e dibattuti dell'intera scienza giuridica. Sul tema, si rinvia ai fondamentali contributi di: **R.Von Jhering**, *Der Kampf um's Recht*, Vienna, 1872; **ID.**, *Der Zweck im Recht*, trad. it., Torino, 1972; **Kelsen**, *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*, Milano, 2000; **Grossi**, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998; **Kelsen - Treves**, *Formalismo giuridico e realtà sociale* a cura di Stanley L. Paulson, Napoli, 1992.

⁹ **Galgano**, *Diritto privato*, Padova, 1999, 13; **Lener**, *Problemi generali della proprietà*, in *Proprietà privata e funzione sociale*, Padova 1976, 12; **Luciani**, *Corte costituzionale e proprietà privata*, in *Giur. cost.* 1977, 1380; **Messineo**, *Manuale di diritto civile*, I, Milano, 1944, 346; **Mortati**, *Indirizzi costituzionali della disciplina della proprietà fondiaria*, in *Riv. dir. agr.*, 1944-1947, XXIII-XXVI, 1, 3-13; **Moscarini**, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, 22.

¹⁰ Pertanto, non può ritenersi emulativa l'azione del proprietario del fondo confinante volta a far osservare i limiti derivanti delle distanze tra costruzioni, anche quando possa esplicarsi nella riduzione di un fabbricato; in tal senso, Cass. Civ. Sez. II, 3 dicembre 1997, n. 12258.

interessi socialmente apprezzabili, che trovano (d'altra parte) esplicito riconoscimento nella Carta costituzionale e nel più generale principio del *neminem laedere* il quale opera (indubitabilmente) nell'ambito tanto del fatto illecito (2043 e segg. cod. civ.), quanto dell'inadempimento contrattuale (artt. 1223 e ss. cod. civ.). Anche per tali motivi, il comportamento non corretto del dominus (alla stregua di altre situazioni giuridiche soggettive) può costituire fonte di responsabilità dalla quale scaturisce l'obbligo del risarcimento.

2 – Atti emulativi: presupposti ed ambito applicativo del divieto

Diversamente da altri limiti normativi o contrattuali, che restringono in via preventiva ed astratta il contenuto di ogni diritto, il principio dell'“abuso” non incide sulla posizione soggettiva del dominus, ma riguarda di converso l'alterazione funzionale dell'esercizio dello stesso diritto. In tal modo, il ricorso alla fattispecie dell'abuso inibisce la possibilità di porre in essere atti (o, *rectius*, comportamenti) che, senza alcun vantaggio per colui che li pone in essere, risultano inutilmente nocivi per il terzo.

Pare anche conveniente rilevare, al riguardo, che siffatto principio risponde e soddisfa (in termini più ampi) la concezione dei diritti soggettivi quali forme di tutela di interessi socialmente apprezzabili; qualsiasi atto emulativo costituisce invece un'azione deliberatamente lesiva da parte del proprietario verso altri soggetti. Anche per tali ragioni, sembra quindi possibile sostenere una interpretazione analogica ed estensiva del divieto di comportamenti emulativi.

Peraltro, l'applicazione analogica del dettato sancito dall'art. 833 cit. può valere in *primis*, come ribadito anche dalla giurisprudenza pressoché consolidata, nell'ambito dei diritti reali¹¹; a fortiori non sembra quindi dubitabile che tale dictum si iscriva nel contesto più generale di altri diritti a natura reale, quali la servitù, l'usufrutto, l'enfiteusi e la superficie¹².

Oltre l'ambito dei diritti reali di godimento¹³, è altresì possibile attingere al principio del divieto degli atti emulativi il quali (a ben guardare) rappresentano espressione di un illecito, che obbliga il dominus al risarcimento del danno ed eventualmente al ripristino della situazione *qua ante* (per equivalente o in forma specifica), sempre che (ovviamente) non sia stata preliminarmente promossa un'azione inibitoria. L'atto qualificato come emulativo, dovendo, ai sensi dell'art. 833 del codice, considerarsi illecito, produce quindi l'inevitabile conseguenza della rimozione della molestia (ad es. demolizione dell'opera) o del risarcimento del danno.

In considerazione degli aspetti sopra richiamati ed alla luce dei criteri esegetici pure offerti dalle norme di rango costituzionale, il principio fissato dall'art. 833 cod. civ. si presenta comunque come norma avente carattere residuale e come tale invocabile nell'ipotesi in cui manchino specifiche violazioni di altre disposizioni¹⁴.

In ogni caso, la sussistenza di un atto di emulazione in senso proprio postula (stante anche la interpretazione meramente letterale della norma) l'indefettibile concorso di due condizioni: la

¹¹ Invero, la giurisprudenza pressoché consolidata, attribuisce un'interpretazione restrittiva all'art. 833 cod. civ., escludendone l'applicazione analogica fuori dal campo dei diritti reali.

¹² In termini più generali, vedasi **Costantino**, Contributo alla teoria della proprietà, Napoli, 1967, 162; **De Martino**, Della proprietà, in *Commentario cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna - Roma, 1984, 157; **Comporti**, Proprietà in *Istituzioni di dir. priv.* a cura di **Bessone**, Torino, 1995, 264.

¹³ Così, Cass. 13 maggio 1951, n. 619; sul tema cfr. anche: Cass. 11 aprile 2001, n. 5421; Cass. 3 aprile 1999, n. 3275; Cass. 3 dicembre 1997, n. 12258.

¹⁴ Così anche Trib. Napoli, 20 febbraio 1997, in *Giur. merito*, 1998, 33.

prima, di tipo soggettivo, è costituita dall'intenzione (o quanto meno) consapevolezza di nuocere o recare molestia (*animus nocendi o aemulandi*) al terzo¹⁵; la seconda, di tipo oggettivo, è rappresentata dall'inutilità della condotta per il proprietario o per il titolare di altro diritto; occorre invero che tale contegno abbia il solo scopo di nuocere o arrecare molestia ad altri¹⁶.

Pare peraltro sufficiente pure la mera consapevolezza di arrecare danno o molestia ad altri, addirittura prescindendosi dall'elemento soggettivo. In ogni caso, l'atteggiamento del proprietario, l'assenza di utilità per il medesimo e le conseguenze del danno o delle molestie arrecate ad altri, costituiscono condizioni minimali per configurare gli estremi di una situazione emulativa; talvolta può anche risultare sufficiente l'esistenza di una oggettiva sproporzione tra il pregiudizio altrui e l'utilità del proprietario¹⁷.

Quanto all'elemento psicologico, è da osservare che, nel suo tenore letterale, l'art. 833 cod. civ. con attribuisce uno specifico rilievo all'*animus nocendi*, in quanto lo scopo cui la norma fa riferimento indica, a ben guardare, solo la finalità oggettiva dell'atto¹⁸. Sicché, se ai fini della configurazione della fattispecie in parola è sempre necessario il concorso di entrambi gli elementi, non può ovviamente parlarsi di *aemulatio* quando sussista anche solo un apprezzabile vantaggio del proprietario da cui l'atto è stato compiuto¹⁹.

La situazione (non solo di fatto) derivante da un esercizio anormale di un diritto soggettivo (ancorché nell'ambito delle piene facoltà riconosciute al proprietario), che non abbia altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri, si configura quindi come elemento sintomatico di abuso del diritto²⁰; invero, il titolare di un diritto reale nell'esercizio pieno della sua *facultas agendi*, non realizza alcun interesse per sé, provocando al contrario solo un danno o un pericolo di danno per altri soggetti.

Pure in assenza di specifica previsione normativa, è possibile tuttavia considerare che l'ipotesi dell'abusività del diritto può emergere anche nell'ambito del diritto delle obbligazioni. Ed invero, le parti di un rapporto contrattuale debbono sempre comportarsi secondo le regole della correttezza (art. 1175 cod.civ.); del pari, l'esecuzione dei contratti deve corrispondere a criteri di buona fede (art. 1375 cod. civ.). In realtà, pure in tali situazioni, disporre di un potere non è condizione sufficiente per un suo legittimo esercizio se il diritto viene in concreto posto in essere in modo tale da incidere sugli interessi contrapposti in modo sproporzionato.

A ben guardare, anche in tema di contratti rileva il principio della buona fede oggettiva, ossia della reciproca lealtà di condotta, che deve presiedere alla formazione ed interpretazione del

¹⁵ **Torrente**, Emulazione, in N. Dig. It, VI, 522; **De Martino**, Beni in generale. Proprietà, in Comm. Cod. civ. a cura di **Scialoja - Branca**, Bologna-Roma, 1976, 153; **Ruperto**, La giurisprudenza sul codice civile. Coordinata con la dottrina Libro III: Della proprietà. Artt. 810-951 Giurisprudenza sul Codice civile, Milano, 2011.

¹⁶ Cass., 9 ottobre 1998, n. 9998; in argomento si veda pure Cass. 27 giugno 2005 n. 13732 e Cass. n. 12258/1997, cit.

¹⁷ In tal senso, cfr. Cass., 6 giugno 2002, n. 8251.

¹⁸ Cass. Civ., sez. II, 25 marzo 1995, n. 3558.

¹⁹ Cass. 18 agosto 1969, n. 2941; Cass. 25 marzo 1995, n. 3564.

²⁰ Come noto, l'abuso del diritto è una fattispecie elaborata soprattutto in ambito dottrinale. Sulla questione dell'attinenza dell'art. 833 cod. civ. con il tema dell'abuso si confrontino, tra gli altri, **Patti**, Abuso del diritto, in Dig. Disc. Priv. Sezione Civile, I, 1987, 4; **Messinetti**, Abuso del diritto, in Enc. Dir. Aggiornamento, II, 1998. Sul tema cfr. **Rescigno**, L'abuso del diritto, in Riv. Dir. Civ. 1965; per una posizione critica verso l'abuso, si veda **Gambaro**, voce Abuso del diritto (Diritto comparato e straniero), in Enc. Giur. Treccani, I, Roma, 1988. **Id**, voce Emulazione, in Dig. disc. priv., Sezione civile, VII, 1991, p. 439, secondo cui per l'abuso è necessario che l'attore provi la malvagia intenzione del proprietario.

negozio, nonché all'esecuzione degli obblighi assunti in ogni fase del rapporto inter partes²¹. Ne consegue quindi che il canone comportamentale, avente portata generale, di correttezza e buona fede opera tanto nell'ambito del corretto godimento dei diritti reali, quanto sul versante delle condotte del debitore e del creditore all'interno del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 cod. civ.); è altresì attivo i relazione al complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto (art. 1375 cod. civ.).

Del resto, i citati criteri di buona fede e correttezza fanno parte del più generale tessuto dell'ordinamento giuridico, costituendo gli stessi espressione di un dovere giuridico, nonché autonoma configurazione di un più generale principio di solidarietà sociale, che assume (come anticipato) pure un qualificato rango costituzionale²².

Sicché, collocato nel quadro dei valori enucleabili dalla Carta, il principio di correttezza e buona fede, nel cui ambito di certo si inquadra anche il divieto di comportamenti inutilmente dannosi degli altrui diritti, va inteso come profilo specificativo degli “inderogabili doveri di solidarietà sociale” (art. 2 Cost.). E' qui appena il caso di osservare che la rilevanza di tali principi si esplica nel richiedere, a ciascuna delle controparti del rapporto, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra; ciò, a prescindere dall'esistenza di obblighi contrattualmente vincolanti.

In siffatta prospettiva, è quindi indubitabile che il criterio della buona fede costituisce, per l'interprete, uno strumento idoneo a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi²³. A fortiori, detto principio non può non trovare collocazione anche nell'ambito del più generale esercizio dei diritti di natura reale.

3 – Possibili criteri rivelatori della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva: l'abuso del diritto.

Il divieto degli atti emulativi sancito dell'art. 833 cit. esprime un principio di più vasta portata con il quale si inibisce al dominus, nel concreto esercizio della propria signoria sul bene, la possibilità di alterare funzionalmente il diritto attraverso il compimento di atti rientranti (formalmente) nell'ambito dei poteri spettanti allo stesso dominus, ma nocivi per i terzi o comunque non rispondenti ad un apprezzabile interesse; in tale ottica, il divieto risulta quindi applicabile (non solo in relazione alla proprietà, ma) a qualsiasi situazione giuridica²⁴.

Il principio dell'“abuso” richiamato dalla norma de qua infatti, lungi dal pregiudicare la certezza dei diritti, segna al contrario un limite di fondo all'esercizio dei diritti medesimi ed è ineludibilmente finalizzato alla tutela di ogni posizione giuridica soggettiva; in tal modo detto principio si pone in linea con l'esigenza di contemperare la *facultas agendi* del titolare di una qualsiasi situazione di diritto (sempre che il dominus tragga utilità dal suo contegno) e gli interessi

²¹ Cfr. Cass. 5 marzo 2009, n. 5348; Cass. 11 giugno 2008, n. 15476.

²² Si veda in questo senso, anche, Cass. 15 febbraio 2007, n. 3462.

²³ Cfr. sul punto la Relazione ministeriale al codice civile, secondo cui il principio di correttezza e buona fede “richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore”, operando, quindi, come un criterio di reciprocità.

²⁴ Sulla questione della attinenza dell'art. 833 cod. civ. con il tema dell'abuso del diritto si confrontino, tra gli altri, **Patti**, Abuso del diritto, cit., p.4; **Breccia**, L'abuso del diritto, saggio pubblicato nella terza annata (1997) del Diritto privato diretto da Furguele; **Messinetti**, Abuso del diritto, in Enc. dir., Aggiornamento, II, 1998.

dei terzi. In detta prospettiva, il divieto di compiere atti emulativi (ergo: di abuso) trova dunque diffuso riconoscimento²⁵: dalle situazioni connesse ai diritti reali (ancorché se limitati)²⁶ a quelle concernenti il più ampio contesto del diritto delle persone²⁷.

A conferma, basti qui evidenziare, anche in materia di rapporti obbligatori, l'esistenza di un principio cardine, sicura espressione del divieto dell'abuso del diritto; rileva, in proposito, il criterio di buona fede, che opera non solo come strumento di integrazione del contratto (art. 1375, cod.civ.), ma anche come soglia funzionale alle pretese creditorie e più in generale all'esercizio dei diritti, ove gli stessi siano piegati a finalità non meritevoli di tutela. Tra i possibili esempi di applicazione nell'ambito delle relazioni creditizie, sono poi da considerare le ipotesi di concessione abusiva del credito²⁸ e di recesso ingiustificato dal credito, configurabili in presenza di condotte non connotate dal rispetto del basilare canone comportamentale di sana e prudente gestione, cui è tenuto (cfr. art. 5, d.lgs. 1° settembre, n. 385) l'ente creditizio; di pari importanza risultano altresì le possibili applicazioni del principio de quo in materia di fideiussione e di contratto autonomo di garanzia²⁹.

Va tuttavia considerato che al pieno riconoscimento del divieto di abuso del diritto, si contrappongono i limiti delineati dall'art. 833 cod.civ., derivanti dall'interpretazione dell'elemento costitutivo dell'inutilità dell'atto emulativo. Ai fini della sussistenza dell'abuso, è invero necessario che l'esercizio del diritto soggettivo da parte del dominus, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, avvenga secondo modalità censurabili rispetto ad un canone di valutazione, giuridico od extra-giuridico³⁰.

In tale contesto, quindi, la condotta del titolare del diritto deve necessariamente valutarsi alla luce dei principi cardine della Carta, tra i quali assumono specifico rilievo l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale (art. 2), l'utilità dell'iniziativa economica (art. 41, comma 2) e la funzione sociale della proprietà (art. 42). In caso contrario, si correrebbe il

²⁵ L'esercizio del diritto per scopi estranei a quelli per i quali lo stesso è stato attribuito (eccesso o sviamento di potere) non è sanzionato solo nell'ambito del diritto privato. Numerose sono anche le applicazioni in tema di condotta antisindacale; cfr. ex multis Cass. civ., sez. lav., 8 settembre 2005, n. 9501, secondo cui l'intenzionalità del comportamento del datore di lavoro è irrilevante in caso di comportamento che contrasti con norma imperativa, ma può assumere rilevanza giuridica la condotta del medesimo, pur se lecita nella sua obiettività, presenti i caratteri dell'abuso del diritto, giacché in questo caso l'abuso del diritto da parte del titolare si esplicita attraverso l'uso abnorme delle relative facoltà ed è indirizzato ad un fine diverso da quello tutelato dalla norma. In materia penale, con richiamo forse audace, si fa cenno alla figura dell'eccesso colposo (art. 55 c.p.), mentre nell'ambito del diritto amministrativo, rileva la controversa figura del vizio del provvedimento costituita dall'eccesso di potere.

²⁶ Così **Bianca**, cit., pag. 192 e Cass. civ., sez. II, 15 giugno 2001, n. 8151, in Vita not. 2003, pag. 705, secondo cui "in tema di servitù altius non tollendi, il contenuto del diritto si concreta nel dovere del proprietario del fondo servente di astenersi da qualunque attività edificatoria che muti l'altezza del proprio edificio, quale che sia in concreto l'entità della compressione o riduzione del vantaggio al fondo della detta attività. In tema di servitù, infatti, il concetto di utilitas può comprendere ogni vantaggio, anche di natura non economica, come quello di assicurare semplicemente una maggiore amenità e, pertanto, va tutelata da ogni forma di compressione o ingerenza da parte di chiunque, con il solo limite del divieto di atti emulativi e salva l'eventuale rilevanza dell'entità del pregiudizio al solo fine della quantificazione del risarcimento del danno ove richiesto". In senso contrario Cass. civ., Sez. II, 5 ottobre 1948, n. 1683, in Foro it., 1948, I, 1034.

²⁷ Si pensi alla c.d. "società di comodo"; cfr., in proposito, Cass. civ. Sez. I, 25 gennaio 2000, n. 804, in Giust. it. 2000, 1663.

²⁸ La fattispecie viene a delinearsi quando un intermediario procede con continuità alla concessione del credito, disinteressandosi della solvibilità ed affidabilità economica del soggetto affidato e suscitando nei terzi una errata percezione delle (inesistenti) potenzialità economiche e finanziarie del debitore insolvente.

²⁹ Cfr. in particolare, Trib. Milano, 13 dicembre 1990, in Foro it. 1991, I, 3436.

³⁰ Sul tema, cfr. **Salvi**, Il contenuto del diritto di proprietà, in Cod. Civ. Comm., diretto da Schlesinger, cit.

rischio di riconoscere, quale legittimo esercizio del diritto, anche comportamenti ispirati a scelte meramente individualistiche, con la ineludibile conseguenza di trasformare in semplice simulacro il dettato dell'art. 833 cit. ed ogni altra norma che richiami il divieto di abuso del diritto.

Non occorre viceversa che a causa di condotte (ancorché lecite sul piano formale, ma) non corrette (sul piano della valutazione giuridica), si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte o ancora la totale assenza di utilità economica dell'atto, potendo ritenersi sufficiente (in un ambito di concezione soggettiva dell'utilità) che il proprietario accampi un qualsiasi vantaggio anche solo morale e soggettivo, per giustificare le proprie attività.

Lungi dal presupporre una violazione in senso esteriore, l'abuso delinea invero l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ultranei e diversi rispetto a quelli tutelati dall'ordinamento. In altri termini, l'eccesso è ravvisabile allorché, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo concreto esercizio, risulti snaturata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede ³¹.

Come conseguenza di un eventuale utilizzo abnorme della *facultas agendi* l'ordinamento pone una regola di ordine più generale, negando la tutela ai diritti, agli interessi ed ai poteri, che si configurino come lesivi delle corrette regole di comportamento. Del resto, il mancato riconoscimento di forme di tutela a condotte contrarie a criteri di buona fede oggettiva, trova la propria ragione nella finalità di impedire che possano essere conseguiti o conservati i vantaggi ottenuti (ed i diritti connessi) attraverso tali condotte. A ben guardare, il rispetto del dovere di correttezza costituente, come detto, una regola fondante nell'ambito dei rapporti di autonomia privata, consente quindi di supplire all'assenza di una norma che sanzioni in via generale l'abuso del diritto.

Tale mancanza è di certo ascrivibile ad una duplice preoccupazione che indusse il legislatore, nella stesura definitiva del codice civile, a privilegiare la certezza del diritto rispetto all'incertezza di una clausola generale sull'abuso; incertezza che avrebbe potuto determinare a sua volta, per la grande latitudine interpretativa, ulteriori abusi. La preoccupazione per la prevedibilità del diritto e per l'eccessivo potere della giurisprudenza, impedì quindi che il principio già elaborato da altre esperienze giuridiche (cfr. *infra* § 4) secondo cui nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto, fosse poi recepito e trasfuso, nel testo definitivo del codice civile italiano del 1942. Ad un principio di carattere generale, il normatore preferì invece introdurre talune disposizioni specifiche che consentissero di sanzionare l'uso smodato del diritto in relazione a particolari fattispecie giuridiche.

Va peraltro osservato che la scelta operata in sede di redazione del codice civile, non consente tuttavia di escludere che, in termini più generali, il principio della buona fede oggettiva, ossia della reciproca lealtà di condotta, deve accompagnare il contratto nel suo svolgimento, dalla formazione all'esecuzione; ciò in quanto detto principio si pone come espressione del più ampio dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 della Costituzione.

La bona fide impone quindi a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di impegnarsi ad agire nell'ottica di un bilanciamento delle vicendevoli posizioni soggettive, senza peraltro rinunciare alla propria sfera di interessi; ciò, a prescindere dall'esistenza di puntuali obblighi contrattuali o di specifiche norme. La violazione del suddetto criterio comportamentale, pertanto, costituisce

³¹ Sull'argomento, in giurisprudenza cfr. ex multis Cass. 8 aprile 2009, n. 8481; Cass. 20 marzo 2009, n. 6800; Cass. 17 ottobre 2008, n. 29776; Cass. 4 giugno 2008, n. 14759; Cass. 11 maggio 2007, n. 10838.

inadempimento, con conseguente obbligo, in capo alla parte che si rende responsabile, di risarcire il danno che abbia causato all'altro contraente³². E ciò appare ancora più evidente ove si consideri (come detto) che la buona fede rappresenta indubitabilmente un'indispensabile strumento per il giudice, finalizzato al controllo dell'equilibrio nell'assetto delle rispettive posizioni negoziali e degli opposti interessi delle parti³³.

Per tali ragioni è quindi del tutto evidente che l'abuso del diritto, ancorché non espressamente recepito nel codice civile, discende ugualmente dalla concezione del diritto soggettivo come situazione giuridica tutelata in capo ad un soggetto per il raggiungimento di interessi socialmente apprezzabili; per gli stessi motivi il dominus che compia un atto costituente esercizio del suo diritto, senza che questo tuttavia persegua un interesse socialmente apprezzabile (e anzi persegua un fine riprovevole) compie un atto vietato dalla legge.

4 - Cenni sull'abuso del diritto soggettivo in altri ordinamenti

Come si è osservato, l'abuso del diritto costituisce peraltro figura assai controversa e non espressamente accolta nell'ordinamento giuridico italiano a differenza di altri sistemi giuridici³⁴; anche se assimilabile all'illecito ex art. 2043, l'abuso assume una più ampia portata, potendosi concretizzare con riferimento ad un potere il cui esercizio è indirizzato ad un fine diverso da quello per cui è stato conferito (cfr. art. 330 cod. civ.; art. 1394 cod. civ.).

E' altresì noto che la figura dell'abuso di diritto trova le sue radici nell'elaborazione della giurisprudenza francese già verso la metà del 1800. Tale concetto riceve, successivamente, una precisa sistemazione normativa con la codificazione in Germania del Bürgerliches Gesetzbuch (comunemente BGB), codice civile entrato in vigore il 1° gennaio 1900. Il BGB, espressione di un lavoro di sistemazione avviato fin dal 1881, venne considerato al suo tempo come il massimo risultato dell'elaborazione giuridica moderna.

Rilevano, riguardo all'argomento in esame, i paragrafi 262 concernenti il generale divieto di atti emulativi: l'826 riguardante l'obbligo di risarcimento del danno doloso contrario ai "buoni costumi" e soprattutto il 242 che fissa l'obbligo di buona fede nell'esecuzione della prestazione. Per i casi di abuso di diritto, venne inoltre introdotta, a partire già dalla prima decade del Novecento, la concessione alla controparte di un'eccezione che paralizzava l'azione, analogamente a quanto avveniva nel diritto romano con l'*exceptio doli generalis*³⁵.

L'esperienza tedesca si impose in tal modo in gran parte d'Europa, ove fu raccolta e disciplinata dal legislatore svizzero: rileva nello specifico l'art. 2 dello ZGB del 1907, secondo cui "ognuno è tenuto ad agire secondo la buona fede così nell'esercizio dei propri diritti come nell'adempimento dei propri obblighi", con la conseguenza che "il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge". Intervengono successivamente le esperienze giuridiche maturate

³² Vedi anche Cass. S.U. 15 novembre 2007, n. 23726; Cass. 22 gennaio 2009, n. 1618; Cass. 6 giugno 2008, n. 21250; Cass. 27 ottobre 2006, n. 23273; Cass. 7 giugno 2006, n. 13345; Cass. 11 gennaio 2006, n. 264.

³³ Anche Cass. S.U. 2007/23726 cit. ed i richiami ivi contenuti.

³⁴ **Pizzorusso**, Sistemi giuridici comparati, Giuffrè, 1998; **Celano**, I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz, in *Analisi e diritto*, 2001.

³⁵ Istituto che risale al diritto romano e che, secondo l'opinione prevalente in dottrina e in giurisprudenza, trova riscontro anche nel diritto civile odierno, benché la figura susciti ancora oggi non poche perplessità. Per *exceptio doli generalis* si intende il rimedio di carattere generale diretto a precludere l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti di volta in volta attribuiti dall'ordinamento; in particolare, l'*exceptio* è rivolta a paralizzare l'efficacia di un atto o a giustificare la reiezione della domanda giudiziale fondata sul medesimo.

dall'ordinamento greco (art. 281 del Codice civile greco del 1946) e spagnolo (art. 7 comma 2 delle disposizioni preliminari al Codice civile spagnolo del 1974)³⁶.

Sulla generale tematica del divieto di abuso del diritto, costituente come intuibile una consolidata regola giuridica applicata in altri ordinamenti, pare utile richiamare, sia pure in termini estremamente sintetici, attesa la natura delle presenti riflessioni, taluni orientamenti dottrinali e giurisprudenziali elaborati in Francia ed Inghilterra, che si connotano per la specificità degli interessi sottostanti.

L'argomento dell'abuso nell'esercizio dei diritti soggettivi ha invero suscitato crescente interesse da parte degli interpreti francesi, che – come detto - hanno contribuito alla originaria definizione dell'istituto, animando un interessante confronto in ordine alla ammissibilità di tale figura e ai criteri identificativi della stessa.

Attraverso l'apporto esegetico della dottrina il concetto giuridicamente rilevante dell'abuso de quo ha portato ad un affrancamento dalla tradizione figura dell'aemulatio, essendo quest'ultima incentrata sulla intenzione di nuocere. L'atto emulativo viene invero ricostruito enfatizzando in specie la correlazione fra il diritto soggettivo e l'interesse concreto che l'esercizio di tale diritto consente di realizzare; in tal modo, l'esperienza francese è giunta a valorizzare un elemento già presente nella giurisprudenza che poneva come limite per l'esercizio del diritto il nesso con un interesse qualificabile "serio e legittimo".

In specie, si considera così l'uso "anormale" del diritto, che viene vagliato anche attraverso il canone del détournement de pouvoir, tratto dalla giurisprudenza amministrativa³⁷ ed utilizzato come criterio di controllo della concreta corrispondenza tra atto di esercizio del diritto e "fine" o "funzione" economica e sociale del diritto in questione.

Analogamente all'ordinamento italiano, anche in quello francese, il divieto dell'abuso del diritto non è espressamente previsto da norme di legge; tuttavia, la giurisprudenza continua ad applicare tale principio, richiamando soprattutto l'art. 1134 del Code civil, che sancisce l'obbligo delle parti del contratto di agire secondo buona fede³⁸.

Non si è peraltro mancato di ritenere sussistente l'abuso del diritto di recesso da contratti di durata, qualora la condotta di una parte sia espressione di manovre fraudolente e disoneste; da ciò emergerebbe che per la configurazione dell'abuso del diritto sia necessaria la contrarietà del comportamento di una parte alla buona fede durante l'esecuzione del contratto³⁹.

³⁶ **Las Casas A.**, *Tratti essenziali del modello dell'abuso del diritto nei sistemi giuridici europei e nell'ordinamento comunitario*, in www.comparazioneedirittocivile.it

³⁷ Ci si limita a: Conseil d'État 28 juillet 1952 Lam : Rec. p. 415; Conseil d'État 14 mars 1934 Delle Rault: Rec. p. 337; Conseil d'État du 5 mars 1954 Delle Soulier: Rec. p. 139; Conseil d'État 23 décembre 1932 Société L'éveil de Contre: Rec. p. 1124; Conseil d'État 26 novembre 1875 Pariset; Conseil d'État 4 juillet 1924 Beaugé: Rec. p. 641; Conseil d'État 19 juin 1964 Société des pétroles Shell-Bert: RDP 1964 p. 1019; Conseil d'État 4 juillet 1947 Navellot : p. 299; Conseil d'État 24 juin 1960 Société Frampar; Conseil d'État 2 février 1957 Castaing: p. 78; Conseil d'État 13 juillet 1962 Bréart de Boisanger: Dalloz 1962 p. 664.

³⁸ Cfr. **Di Ciommo**, Recesso dal contratto di apertura del credito e abuso del diritto, contributo a margine di Cass., 14 luglio 2000, n. 9321, in *I contratti*, 2000, 1121.

³⁹ Cfr. **Viglione**, Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 154. In particolare, l'A. richiama Cour de Cassation, 5 Oct 1993, Renault c/Rouvel Automobiles, in *Juriclasseur Périodique*, 1994.II.22224.

La tradizione giuridica relativa alla problematica dell'abuso in Gran Bretagna⁴⁰, sembrerebbe restia ad attribuire rilievo ai motivi dell'atto rispetto al suo *nomen iuris* ed attenta piuttosto ad evitare restrizioni della libertà di perseguire meri interessi individuali, a prescindere dalle ricadute che ciò possa avere sulla sfera di altri soggetti, fintantoché non venga integrata una fattispecie di illecito. Si richiamano brevemente in proposito, il caso *Mayor of Bradford v. Pickles*, riguardante la materia dell'uso delle acque, nonché il caso *Allen v. Flood* (1898 A.C 1); quest'ultimo riguardante un licenziamento di due carpentieri, richiesto dallo stesso sindacato al datore di lavoro e finalizzato a punire i due lavoratori per le loro condotte contrarie agli orientamenti del sindacato.

Tuttavia, in altri casi, riguardanti tutti il tema dei rapporti di vicinato, sembra emergere un diverso orientamento della malice, intesa come mero scopo di nuocere. Pare interessante, in proposito ricordare la peculiare vicenda del soggetto che spara dal proprio fondo al fine di indurre le volpi allevate nel fondo del vicino ad abortire (cfr *Hollywood Silver Fox Farm Ltd. v. Emmett*); assume pure rilievo il caso in cui l'attore, insegnante di musica, ottenne una *injunction* per far cessare i rumori prodotti dal vicino, disturbato dalla musica, al solo scopo di infastidire (cfr. caso *Christie v. Davey*).

Del resto, possibilità a parte di ravvisare nei casi appena citati profili di rilevanza della malice in sé nei rapporti di vicinato (ai fini della possibile qualificazione dell'atto come vietato), ciò che assume maggiore importanza, allo scopo di individuare gli "equivalenti funzionali" dell'abuso nel *common law* inglese, pare declinabile secondo un duplice parametro.

Da un lato, il *tort of nuisance*, che si occupa di dirimere le naturali interferenze tra le attività di proprietari vicini (della cui applicazione si trattava nei casi appena citati e in *Pickles*), mettendo in opera un parametro di ragionevolezza dell'interferenza, è in concreto idoneo a sanzionare casi nei quali un atto astrattamente lecito (in quanto rientrante nelle prerogative del *dominus*) cagioni a terzi danni da reputarsi eccessivi o irragionevoli rispetto alle circostanze. Dall'altro lato, esiste comunque un'ampia sfera del *law of torts*⁴¹, quella dei cosiddetti *economic torts* (e cioè illeciti produttivi di danno puramente economico, normalmente cagionato nell'esercizio di uno specifico diritto dell'agente), retta proprio dall'intenzione di nuocere, quale requisito essenziale (ma da solo non sufficiente) per il sorgere di profili di responsabilità.

* Il lavoro è frutto di comune riflessione; l'avv. Vito Domenico Denovellis ha curato i paragrafi 1 e 3 e l'avv. Maurizio Chimienti i paragrafi 2 e 4.

⁴⁰ **Fauvarque-Cosson B., Mazeaud D.** (a cura di), *European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, 2008

⁴¹ **Glanville Williams**, *On grounds for lawsuit. Learning the Law*, Eleventh ed., Stevens, 1982; **Malone WS.** (1970). *Ruminations on the Role of Fault in the History of the Common Law of Torts*, *Louisiana Law Review*; **Bruce R. O'Brian**, *Anglo-Saxon Law*, in *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, vol. 1 (Oxford: Oxford UP, 2009), 179; **David Ibbetson**, *Tort: English Common Law*, in *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, vol. 5 (Oxford: Oxford UP, 2009), 467; **Sebok A.** (2011). *Whatis Wrong with Wrongdoing*. *Florida State University Law Review*; **Goldberg Jcp, Zipursky Bc.** (2010), *Tortsas Wrongs*. *Texas Law Review*.