

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

Anno LV Fasc. 4 - 2010

Riccardo de Caria

**LA NUOVA FORTUNA DELL'ABUSO
DEL DIRITTO NELLA GIURISPRUDENZA
DI LEGITTIMITÀ: LA CASSAZIONE
STA "ABUSANDO DELL'ABUSO?"
UNA RIFLESSIONE SUL PIANO
COSTITUZIONALE E DELLA POLITICA
DEL DIRITTO**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

LA NUOVA FORTUNA DELL'ABUSO DEL DIRITTO
NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ:
LA CASSAZIONE STA "ABUSANDO DELL'ABUSO"?
UNA RIFLESSIONE SUL PIANO COSTITUZIONALE
E DELLA POLITICA DEL DIRITTO

SOMMARIO: 1. Il nuovo, recente successo dell'abuso del diritto: novità reale o solo apparente? — 2. Cenni sull'abuso del diritto nel diritto costituzionale europeo e comparato. — 3. Recente giurisprudenza sull'abuso del diritto in campo contrattuale. — 4. Recente giurisprudenza sull'abuso del diritto in ambito tributario. — 5. Una scelta di politica del diritto e le sue possibili implicazioni. — 5.1. Un processo alle intenzioni, a scapito della certezza? (ovvero: un abuso dell'abuso?). — 5.2 È accettabile che sia la giurisprudenza a giungere a simili conclusioni? — 5.3 Il dettato costituzionale e le opzioni di politica del diritto sullo sfondo.

1. *Il nuovo recente successo dell'abuso del diritto: novità reale o solo apparente?* — Com'è noto, la nozione di abuso del diritto affonda le proprie radici nella nozione di *aemulatio*: con questo termine, i giuristi medievali presero a definire i comportamenti, posti in essere da un soggetto, che rientravano astrattamente fra le prerogative a lui derivanti dall'essere proprietario di un bene, ma che erano da lui posti in essere *al solo scopo di nuocere* ad un altro soggetto, e pertanto da ritenersi illegittimi (si parlava appunto di "atti emulativi") (1).

La figura generale dell'abuso del diritto in senso proprio nacque in epoca più recente, per opera degli interpreti francesi del *code civil* (2); nei

(1) Le origini storiche dell'istituto sono richiamate da tutte le voci enciclopediche. Le principali sono: *Abuso, I - Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano 1958, 161-170 (voci *a) Diritto romano*, di G. GROSSO, *b) Diritto intermedio*, di U. GUALAZZINI, *c) Diritto attuale*, di S. ROMANO); S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. priv. - Sez. civ.*, vol. I, Torino 1987⁴, 1-9; *Abuso del diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, Roma 1988 (voci *I) Diritto civile*, di C. SALVI, e *II) Diritto comparato e straniero*, di A. GAMBARO); D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, II, Milano 1998, 1-22. V. anche U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in AA.VV., *Diritto privato*, 1997 (III), Padova 1998, 5-87, nonché P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.* 1965, I, 205-290 (ripubblicato in *Id.*, *L'abuso del diritto*, Bologna 1998, 11-144, da cui sono tratte le citazioni che seguiranno).

(2) Al punto di fare della Francia « la terra promessa della regola che reprime l'abuso » (così R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in AA.VV., *Il diritto soggettivo* [vol. 2 della *Parte Generale del Diritto Civile del Trattato di Diritto Civile* diretto dallo

decenni successivi all'adozione del codice Napoleone (che nulla disponeva al riguardo) (3), partendo proprio dall'*aemulatio*, essi elaborarono l'istituto dell'*abus de droit*. L'abuso del diritto venne poi accolto in sede legislativa nella codificazione di altri Stati: in particolare in Germania (§ 226 BGB) (4), in Svizzera (art. 2, comma 2 del codice civile del 1907) (5) e in Spagna (art. 7, comma 2 del *Título Preliminar* del *Código civil* del 1889, come modificato nel 1974).

Quanto all'Italia, la giurisprudenza formatasi sotto il vigore del codice del 1865 considerava l'esercizio abusivo di un diritto un fatto rilevante solo sul piano morale. Al fine di introdurre una sanzione anche giuridica, nel progetto preliminare del codice civile del 1942 era stata inclusa una clausola generale (6), all'art. 7, che stabiliva che « nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto », vietando così di fatto l'abuso del diritto; tuttavia tale disposizione fu eliminata nel testo definitivo (7).

In ogni caso, anche in assenza di una previsione normativa specificamente volta a reprimere l'abuso del diritto in via generale (ulteriore rispetto all'art. 833, che codifica com'è noto il divieto di atti emulativi), la giurisprudenza italiana ricavò comunque l'esistenza di un generale divieto di esercizio abusivo dei diritti, per quanto concerne la materia contrattuale, dall'obbligo di buona fede nell'esecuzione delle obbligazioni

stesso SACCO, Torino 2001], 309-373, in particolare 317). Per un quadro della dottrina recente, v. 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, 115-175, in particolare 117-123.

(3) Anzi, l'art. 544 del codice francese enuncia in modo chiarissimo come le prerogative del proprietario siano assolute e possano essere limitate solo da leggi e regolamenti: « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ».

(4) Anche se in Germania l'istituto della *Verwirkung* (una delle principali figure di abuso elaborate dalla giurisprudenza tedesca), è sorto soprattutto sulla base del § 242 BGB, ossia la norma sull'esecuzione di buona fede dei contratti, piuttosto che sul § 226, come ricorda RESCIGNO, *L'abuso*, cit., 31 ss.

(5) Ma v. anche l'art. 281 c.c. greco del 1946 e il § 1, comma 3 c.c. giapponese (a seguito dell'emendamento del 1947 al codice del 1898). Anche il c.c. sovietico del 1922 recepì sostanzialmente l'istituto (art. 1); più recentemente, il codice russo, nella parte prima, entrata in vigore nel 1995, all'art. 10 ha anch'esso accolto in via espressa l'abuso del diritto. V. poi ancora l'art. 5 del c.c. polacco del 1964, gli artt. 6 e 7 del c.c. cecoslovacco del 1964 e l'art. 334 del c.c. portoghese del 1966. Per il quadro completo, v. SACCO, *L'esercizio*, cit., 313-316, e GAMBARO, *Abuso - Diritto comparato e straniero*, cit.

(6) Sull'uso delle clausole generali in funzione anti-abusiva, v. SACCO, *L'esercizio*, cit., 357 e 364-366. Per una critica della « tesi dell'efficacia mediata, attraverso le clausole generali, dei diritti fondamentali nell'ambito dei rapporti privatistici », v. G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino 1967, 54-64.

(7) Su questo precedente storico, cfr. V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano 1963, 5-19.

(art. 1175), e più in particolare nell'esecuzione dei contratti (art. 1375). Tale quadro è consolidato da tempo.

Il fatto è, però, che una serie di recenti pronunce della Cassazione, aventi ad oggetto questo istituto, sembrano aver introdotto una soluzione di continuità in questo scenario, o aver quanto meno fatto un "salto di qualità" nel modo di intendere l'abuso del diritto: tali pronunce non lo hanno più confinato all'interno dei canoni appunto tardoromantici dell'*aemulatio* (che aveva come elemento essenziale l'*animus nocendi*), ma ne hanno fatto un'applicazione molto più ampia, giungendo a sanzionare comportamenti che, fino a poco tempo fa, erano considerati del tutto leciti dall'ordinamento (8).

Dopo un breve riepilogo dei principi fondamentali rilevanti contenuti nella Costituzione italiana e in altri documenti costituzionali (§ 2), ci si concentrerà sui settori in cui questa tendenza è particolarmente evidente: la materia contrattuale (segnatamente i casi di squilibrio di potere economico tra i contraenti) (§ 3), e quella tributaria (§ 4). Nel corso dell'analisi, si presterà particolare attenzione alla scelta giurisprudenziale di fondare sui precetti costituzionali il diritto-dovere del giudice di intervenire sull'assetto stabilito dai privati, in nome di finalità ritenute superiori (9). Nel paragrafo conclusivo, ci si chiederà infine se sia possibile individuare effettivamente l'emersione di un denominatore comune nella giurisprudenza esaminata, se e quanto tale tendenza sia davvero innovativa, quali possano essere le conseguenze in caso di un suo consolidamento e quale giudizio se ne possa dare (§ 5).

2. *Cenni sull'abuso del diritto nel diritto costituzionale europeo e comparato.* — Alcuni testi costituzionali di altri ordinamenti prevedono espressamente il divieto di abusare dei diritti. Su tutti, l'articolo 18 della Legge Fondamentale tedesca stabilisce la perdita di alcuni diritti fondamentali (fra cui la proprietà), in caso di abuso degli stessi al fine di rovesciare il libero ordinamento democratico dello stato (10). L'art. 74(1) n. 16 della stessa Legge Fondamentale assegna poi alla competenza con-

(8) In quest'ottica, si può notare un ricorrere di alterne fasi di maggiore o minore fortuna dell'istituto, che, proprio come l'araba fenice, « risorge dalle sue ceneri quante volte viene espunto dall'ordinamento », come scrive G. ALPA, *I principi generali*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano 1993⁴, 76.

(9) Nella dottrina italiana, l'autore che prima e più di ogni altro ha espresso l'esigenza di tener conto di finalità superiori è RESCIGNO, nel saggio *L'abuso*, cit. (v. in particolare il par. IV, *Considerazioni finali*, 124-144).

(10) Sull'art. 18 *Grundgesetz*, v. il resoconto della riunione del 4 marzo 2005 (*L'abuso dei diritti*) dell'Osservatorio costituzionale presso la Luiss « Guido Carli », in S. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle corti europee*, Padova 2007, 627-658; v. in particolare gli interventi di M. MORLOK, 629 ss., e S. STAMMATTI, 646 ss.

corrente della Federazione e dei *Länder* la disciplina per la « prevenzione dell'abuso di potere economico » (11).

In Francia, la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789, che secondo quanto stabilito dal *Conseil Constitutionnel* (12) è parte integrante della Costituzione, prevede all'art. XI una riserva di legge per la disciplina dei casi di abuso della libertà di espressione (13); non vi sono disposizioni in materia di libertà economica.

Infine, l'art. 25, comma 3 della Costituzione greca del 1975, prevede il divieto di esercitare abusivamente i diritti (14), stabilendo espressamente che « l'esercizio abusivo di un diritto non è permesso » (15). Tale disposizione viene in genere applicata insieme all'art. 281 c.c. dalla giurisprudenza, che richiede la necessità di fatti oggettivi e indiscutibili per ritenere sussistente l'abuso. L'art. 25, nonostante la sua ampia dizione, che fa della Costituzione greca quella forse più esplicita nell'accogliere la nozione di abuso, non prevede la sanzione della perdita del diritto per il caso di abuso, a differenza dell'art. 18 della Legge Fondamentale tedesca (16).

In ambito europeo, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo contiene all'art. 17 una norma di chiusura che vieta l'abuso dei diritti garantiti dalla Convenzione (17). La formula usata è quella del divieto di atti « che hanno come scopo » la distruzione di diritti e libertà della Convenzione o la loro limitazione in misura eccessiva: il fine di sopprimere un diritto è quindi un elemento costitutivo della fattispecie di *abuso*. L'art. 35, par. 3 commina poi l'inammissibilità dei ricorsi che la Corte ritiene *abusivo* del diritto di ricorrere al giudice europeo (18).

Quanto all'ordinamento UE, la Corte di Giustizia fa un vasto impiego dell'istituto dell'abuso del diritto, configurandolo come principio generale del diritto dell'Unione, indipendentemente da ogni previsione

(11) V. C. DEGENHART, *Art. 74*, in M. SACHS (a cura di), *Grundgesetz - Kommentar*, München 1999², 1427-1462, in particolare 1448 ss.

(12) Con la sentenza 16 luglio 1971, n. 71-44 DC.

(13) Cfr. T.E. FROSINI, *Presentazione alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789*, Macerata 2008.

(14) Come ricorda A. FERRARO, *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico europeo*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2005, I, 503-581, in particolare 554, nt. 147.

(15) Cfr. E. PALICI DI SUNI, F. CASSELLA, M. COMBA, *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, Padova 1998¹, 353.

(16) P.C. SPYROPOULOS, T.P. FORTSAKIS, *Constitutional law in Greece*, Alphen aan den Rijn 2009, 217.

(17) Cfr. C. PINELLI, *Art. 17*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova 2001, 455-467.

(18) Cfr. G. RAIMONDI, *Art. 35 (III)*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI (a cura di), *Commentario*, cit., 616-626, in particolare 625-626.

espressa nei Trattati (19). La Carta di Nizza prevede poi, nella sua ultima disposizione (art. 54), il divieto di abuso del diritto, riprendendo quasi identico il testo dell'art. 17 CEDU (20).

Venendo alla Costituzione italiana, essa non contiene alcuna clausola generale che vieti in modo espresso di abusare di un diritto o di un potere. Tuttavia, anche in assenza di una simile clausola, la dottrina sia civilistica che pubblicistica ha ritenuto che un fondamento costituzionale dell'istituto dell'abuso del diritto, e della nozione di buona fede di cui esso è espressione, sia da ravvisare soprattutto negli articoli 2 (sul rispetto dei doveri di « solidarietà politica, economica e sociale ») (21), 3, comma 2 (sull'uguaglianza sostanziale), 42 (sulla « funzione sociale » della proprietà), e 41 (sull'iniziativa economica privata, che è libera ma « non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale ») (22).

Ebbene, molte delle sentenze che si andranno ora ad esaminare (senza pretesa di esaustività, ma limitandosi ad alcuni esempi ritenuti particolarmente significativi) fondano su queste disposizioni un'estesa applicazione dell'abuso del diritto; è possibile che il legame con la Costituzione sia soltanto *declamatorio* e non effettivamente *operazionale* (23), tuttavia la frequenza con cui tali pronunce richiamano questi precetti costituzionali è tale da meritare approfondita riflessione, quand'anche si tratti solo di mere declamazioni o clausole di stile (24).

(19) Sull'abuso del diritto nell'ordinamento comunitario, v. ad es. M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano 2003.

(20) Cfr. R. BIFULCO, A. CELOTTO, *Art. 54*, 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, 366-372.

(21) Su cui cfr. il celebre lavoro di G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano 1967.

(22) Per un collegamento tra l'art. 3, comma 2 e l'art. 41, comma 2, v. LOMBARDI, *Potere*, cit., 98. L'Autore spiega: « nel caso di tutela [dei diritti fondamentali] nei confronti dei *poteri privati* la garanzia scaturisce dal confluire, da un lato, della *norma-principio* relativa ai singoli diritti di libertà, e d'altro canto, della *norma di collegamento* che è appunto quella volta a limitare, in funzione di libertà, le posizioni di supremazia privata, consentendo quindi al diritto fondamentale di operare *anche* nei loro confronti. Il fondamento dell'efficacia dei diritti fondamentali nei rapporti di diritto privato è essenzialmente qui [...]. Quello che più conta, poi, è che si tratta di una garanzia individuata *interamente* a livello costituzionale » (p. 119, dove il tema è ripreso, con riferimento anche agli artt. 42, 43 e 44).

(23) Per usare le notissime categorie di R. SACCO, nella sua *Introduzione al diritto comparato*, Torino 19925 (v. in particolare 43 ss.). La bipartizione è ripresa in materia di abuso da P.G. MONATERI, che in *Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di Comparative Law and Economics)*, in AA.VV., *Diritto privato*, cit., 89-120, e in particolare 93, afferma che è necessario « vedere se dietro le declamazioni sull'abuso si celi qualcosa di operazionale [...]. A me sembra [...] che debba ormai essere svelato il carattere *ideologico* di tali declamazioni, proprio in quanto falsa coscienza della realtà giuridica ».

(24) Del resto, come spiega SACCO, *Introduzione*, cit., 59 « le proposizioni di tipo declamatorio esplicitano spesso una ideologia (l'ideologia che ispira quel dato ordina-

3. *Recente giurisprudenza sull'abuso del diritto in campo contrattuale.* — Il primo filone su cui ci si sofferma è relativo al diritto dei contratti; in particolare, viene all'attenzione il caso di abuso di potere contrattuale ad opera di una controparte economicamente più forte dell'altra (25), e la questione se tale abuso sia da ritenersi sussistente anche in assenza dell'*animus nocendi*, che come si è visto era un requisito imprescindibile della nozione originaria di atti emulativi, e che infatti l'art. 833 c.c. riprende, vietando appunto gli atti « i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri ».

In questo ambito, merita di essere esaminata con speciale attenzione, su tutte, Cass., 18 settembre 2009, n. 20106. Tale pronuncia, che ha suscitato un intenso dibattito in dottrina (26), è relativa ad un caso di recesso da un contratto di concessione di vendita: nonostante il contratto attribuisse espressamente il diritto di recesso *ad nutum* alla società concedente, la Cassazione ha stabilito che la Corte territoriale avrebbe dovuto compiere un'indagine più approfondita sui motivi per cui il diritto di recesso era stato esercitato, riconoscendo quindi la possibilità di sindacarne la legittimità nel caso fosse stato esercitato in modo abusivo.

Ai nostri fini rilevano in modo particolare i passaggi argomentativi su cui la Corte fonda la propria conclusione: al di là del richiamo, come detto forse più di stile che di sostanza, agli articoli 2 e 42 della Costituzione, la Corte fa infatti alcune rilevanti affermazioni. In primo luogo, essa afferma che di regola « non è compito del giudice valutare le scelte imprenditoriali delle parti in causa che siano soggetti economici, scelte che sono, ovviamente, al di fuori del sindacato giurisdizionale ». Tuttavia, la situazione è diversa « quando, nell'ambito dell'attività imprenditoriale, vengono posti in essere atti di autonomia privata che coinvolgono — ad es. nei contratti d'impresa — gli interessi, anche contrastanti, delle diverse parti contrattuali ».

Sono quindi irrilevanti le « considerazioni svolte in tema di libertà

mento, o l'ideologia cui quel dato potere crede di ispirarsi, o vuol far credere che intende ispirarsi », per cui l'analisi di queste motivazioni giurisprudenziali è di particolare interesse per ciò che ci proponiamo di fare nel paragrafo finale.

(25) Cfr. SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, in AA.VV., *Diritto privato*, cit., 217-234, critico però sull'utilità della nozione di « abuso della libertà contrattuale » (234) e in generale sulla figura dell'abuso del diritto, poiché « ridondante e pleonastica » (218), « un doppione inutile » (234) da un lato delle disposizioni già contenute nel codice per « arginare la libertà contrattuale a salvaguardia dell'ordine pubblico, della morale, della norma imperativa, ecc. » (218), dall'altro del principio di buona fede (234) (cfr. anche ID., *L'esercizio*, cit., 373).

(26) Ricordiamo, tra i tanti, quelli pubblicati su *Giur. it.*, 2010: P. MONTELEONE, *Clausola di recesso ad nutum dal contratto e abuso del diritto*, f. 3, 557-560; F. SCAGLIONE, *Abuso di potere contrattuale e dipendenza economica*, f. 3, 560-562; F. SALERNO, *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere "per principii"*, f. 4, 809-814.

economica e di libero mercato dalla sentenza della Corte d'Appello di Roma qui cassata con rinvio » (27). Infatti « 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 ». A differenza di quanto ritenuto dalla sentenza d'appello, ciò non scalfisce in alcun modo « la libertà di scelta economica dell'imprenditore ».

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 [*sic*] 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 ».

In conclusione, nel caso 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 » (28).

Rinviando il commento al paragrafo conclusivo, vediamo ora altre pronunce in linea con questa giurisprudenza.

Ad esempio, in materia di contratto di apertura di credito bancaria, la Cassazione ha in più occasioni affermato un principio analogo a quello della sentenza n. 20106/09, cit., per cui la revoca dell'apertura di credito, anche quando non richiede giusta causa (*ex* art. 1845, comma 3 c.c., in caso di apertura a tempo indeterminato; se ciò è previsto contrattualmente, anche in caso di apertura a tempo determinato) dev'essere co-

(27) C. Appello Roma, 13 gennaio 2005, n. 136.

(28) Corsivo aggiunto.

munque effettuata in modo conforme a correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.), per cui è sindacabile in caso di violazione di detti principi: in questo senso, v. ad es. le sentenze 21 maggio 1997, n. 4538; 14 luglio 2000, n. 9321; 21 febbraio 2003, n. 2642. In nessuna di queste sentenze la Cassazione si è però fondata su principi costituzionali.

Diversamente, invece, in altre pronunce in ambiti diversi (5 novembre 1999, n. 12310; 15 marzo 2004, n. 5240; 30 luglio 2004, n. 14605; 18 ottobre 2004, n. 20399). In particolare, n. 12310/99, cit., (pur rigettando il ricorso di un socio illimitatamente irresponsabile di società di persone che lamentava la pretesa contrarietà a buona fede del comportamento del creditore che, non agendo tempestivamente contro la società personale debitrice né coltivando con la dovuta diligenza l'azione contro la società che ne aveva rilevato l'azienda in cui era ricompreso un bene ipotecato, aveva finito col vanificare il beneficio di escussione di cui godeva) fa un'affermazione interessante ai nostri fini: il principio di correttezza e buona fede opera « come un criterio di reciprocità che, nel nuovo quadro di valori introdotto dalla Carta Costituzionale, costituisce specificazione degli *“inderogabili doveri di solidarietà sociale” tutelati dall'art. 2 Cost.* (Cass., 13 gennaio 1993, n. 343): la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge » (29). Tale principio viene poi ripreso da Cass. 28 settembre 2005, n. 18947, relativa ad una clausola di compensazione tra saldi attivi e passivi di diversi conti senza obbligo di preavviso in un contratto di conto corrente bancario.

Va però messo bene in evidenza che, tanto in Cass., n. 18947/05, cit., quanto nelle altre pronunce richiamate, vi è un'importantissima precisazione: l'obbligo di solidarietà impone sì a una parte di tenere comportamenti idonei a preservare gli interessi dell'altra a prescindere da specifici obblighi contrattuali, tuttavia ciò vale ove tali comportamenti non le impongano « un apprezzabile sacrificio » (così già Cass., 27 settembre 2001, n. 12093) (30).

Perciò, come spiega chiaramente Cass., n. 18947/05, cit., richiamando Cass., 10 ottobre 2003, n. 15150, è vero che « anche in presenza di una condotta conforme alla lettera di una clausola convenzionale può sussistere violazione del principio di buona fede contrattuale, sancito dall'art. 1375 c.c., in quanto esso “ha proprio la portata di ampliare (ovvero di restringere) gli obblighi letteralmente assunti con il contratto, nei

(29) Corsivo aggiunto.

(30) Anche questa pronuncia richiama la costituzionalizzazione del dovere di solidarietà nell'art. 2 Cost. (citando a sua volta, sull'impossibilità di imporre un « apprezzabile sacrificio » in nome di tale dovere di solidarietà, Cass., 9 marzo 1991, n. 2503). V. ancora le ulteriori pronunce richiamate tra un momento nel testo.

casi, e nella misura in cui, farli valere [nel loro] letterale tenore contrasterebbe con detto principio, il quale opera essenzialmente come un criterio di reciprocità che deve essere osservato vicendevolmente dalle parti del rapporto obbligatorio" » (31), tuttavia la parte è « tenuta ad adeguare il proprio comportamento in modo da salvaguardare l'utilità della controparte, tollerando anche inadempimenti ovvero comportamenti della controparte, *che però non pregiudichino sensibilmente il proprio interesse* (Cass., n. 5240/04, cit.), restando tuttavia fermo che *l'impegno solidaristico trova il "suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico" » (32).*

Ebbene, di questa fondamentale limitazione dell'ambito di operatività del principio di buona fede non v'è traccia in Cass., n. 20106/09: su questo aspetto rifletteremo nel paragrafo conclusivo.

Ci soffermiamo ancora su altre tre recenti pronunce. La prima, Cass., 31 maggio 2010, n. 13208, è relativa a un contratto di locazione: essa ha ritenuto abusiva la richiesta di risoluzione del contratto per inadempimento da parte del locatore, per mancato pagamento dei canoni, in un caso in cui il conduttore aveva eseguito ingenti lavori di ristrutturazione dell'immobile, maturando un credito assai superiore al debito per i canoni, ma il locatore, proprio allo scopo di determinare l'inadempimento del conduttore, aveva pagato il corrispettivo dei lavori, e nel farlo non aveva trattenuto per sé in compensazione le somme dovutegli dal conduttore. In realtà, questa sentenza, pur facendo esplicito riferimento alla dottrina dell'abuso del diritto, richiamando molti dei precedenti recenti anche qui esaminati e fondandosi espressamente sui doveri inderogabili di solidarietà sociale di cui all'art. 2, Cost., sembra più che altro ritenere "di scarsa importanza" l'inadempimento del conduttore (art. 1455 c.c.), dunque il richiamo all'abuso del diritto pare meramente formale, dal momento che il codice prevedeva già uno specifico rimedio (33).

La seconda sentenza da esaminare è Cass., 5 marzo 2009, n. 5348, che ha stabilito che il diritto al compenso del mediatore sorge per il solo fatto che grazie alla sua opera sia stato stipulato un preliminare di ven-

(31) V. anche Cass., 5 novembre 1999, n. 12310; 6 febbraio 1997, n. 1123; 25 gennaio 1995, n. 888. Il richiamo all'art. 2 Cost. è espresso solo nella prima (che riprende, su questo, n. 343/93, cit.), mentre rimane implicito nelle altre pronunce.

(32) Corsivi aggiunti. La citazione è tratta da Cass., n. 14605/04, cit.; v. anche Cass., 4 marzo 2003, n. 3185, e 16 ottobre 2002, n. 14726.

(33) La stessa cosa sembra valere in ambito tributario per Cass., 30 novembre 2009, n. 25127, che riconduce all'abuso del diritto un caso di simulazione di vincolo pertinenziale, quando sarebbe stato sufficiente rilevarne appunto il carattere simulato.

dita, anche se dopo la scadenza del suo mandato, e anche se era stato contrattualmente previsto che nessun compenso gli spettasse, « ad incarico scaduto, in caso di mancata vendita », posto che la mancata conclusione del definitivo era dipesa solo dall'inadempimento del promissario acquirente: negargli il compenso era stato contrario al principio di buona fede in senso oggettivo.

In particolare, questa sentenza ha affermato che « l'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale — la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica, proprio per il suo *rapporto sinergico con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.*, che a quella clausola generale attribuisce forza normativa e ricchezza di contenuti —, applicabile, sia in ambito contrattuale, sia in quello extracontrattuale (v. in questo senso, fra le altre, Cass., 15 febbraio 2007, n. 8462). In questa prospettiva, si è giunti ad affermare che il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo o integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi (v. S.U., 15 novembre 2007, n. 23726 ed i richiami ivi contenuti). Calato, poi, nell'ambito contrattuale, va affermato che il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione ed, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase. La buona fede, pertanto, si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere del *neminem laedere, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico*, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte (Cass. 11 giugno 2006, n. 264; Cass. 7 giugno 2006, n. 13345) » (34). Come si vede, quindi, questa pronuncia, di pochi mesi anteriore alla n. 20106/09, cit., pur recependo in pieno l'orientamento per cui al giudice è consentito modificare lo statuto negoziale per riequilibrare gli opposti interessi, manteneva comunque fermo il limite al dovere di solidarietà rappresentato dal sacrificio dei propri interessi.

Infine, l'ultima pronuncia che richiamiamo è delle S.U. civili, 15 novembre 2007, n. 23726, ed è relativa al c.d. abuso del processo (35) (ma fa comunque riferimento a un abuso di una posizione contrattuale). Questa sentenza è relativa all'importante caso di frazionamento di un credito

(34) Corsivi aggiunti.

(35) Su cui v. in generale V. ANSANELLI, *Abuso del processo*, in *Dig. disc. priv.*, Torino 2007⁴, *Aggiornamento*, Tomo I, 1-9 (e la bibliografia ivi contenuta). V. anche M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di « abuso del processo »*, in AA.VV., *Diritto privato*, cit., 435-457; A. DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso nel processo civile*, *ibidem*, 459-482.

in più domande giudiziali di adempimento, ovvero alla scelta, effettuata da un creditore, di proporre una domanda giudiziale per conseguire solo una parte del suo credito, con riserva di intentare successivamente una nuova azione per il residuo. Poiché questa scelta è suscettibile di determinare maggiori spese, che dovranno poi essere sostenute dal debitore, ci si è chiesti se essa non sia da considerarsi un comportamento abusivo e quindi non consentito.

La questione era stata affrontata dalle S.U. già con la sentenza 10 aprile 2000, n. 108, nella quale la Cassazione aveva ritenuto ammissibile il frazionamento della domanda di adempimento di un credito, considerandolo espressione di un « potere non negato dall'ordinamento e rispondente ad un interesse del creditore, meritevole di tutela, e che non sacrifica, in alcun modo, il diritto del debitore alla difesa delle proprie ragioni ». Al contrario, con la sentenza n. 23726/07, cit., le S.U. hanno ritenuto che questa soluzione non potesse essere mantenuta « ferma, in un quadro normativo nel frattempo evolutosi nella duplice direzione, sia di una sempre più accentuata e pervasiva valorizzazione della regola di correttezza e buona fede — siccome specificativa (nel contesto del rapporto obbligatorio) degli « inderogabili doveri di solidarietà », il cui adempimento è richiesto dall'art. 2 della Costituzione — sia in relazione al canone del « giusto processo », di cui al novellato art. 111 della Costituzione ».

« Per il primo profilo, viene in rilievo l'ormai acquisita consapevolezza della *intervenuta costituzionalizzazione del canone generale di buona fede oggettiva e correttezza, in ragione del suo porsi in sinergia con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.*, che a quella clausola generale attribuisce all'un tempo forza normativa e ricchezza di contenuti, inglobanti anche obblighi di protezione della persona e delle cose della controparte, *funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale* (cfr., sull'emersione di questa linea di indirizzo, Cass., 20 aprile 1994, n. 3775; 24 settembre 1999, n. 10511; Sez. un. 13 settembre 2005, n. 18128). Se, infatti, si è pervenuti, in questa prospettiva, ad affermare che *il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo o integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi* (cfr., in particolare, Cass., nn. 3775/94 e 10511/99, cit. [...]), a maggior ragione deve ora riconoscersi che un siffatto originario equilibrio del rapporto obbligatorio, in coerenza a quel principio, debba essere mantenuto fermo in ogni successiva fase, anche giudiziale, dello stesso (cfr. Cass., 7 giugno 2006, n. 13345) e non possa quindi essere alterato, ad iniziativa del creditore, in danno del debitore » (36).

(36) Corsivi aggiunti. Riportiamo alcuni passi significativi di due delle pronunce richiamate, Cass. n. 3775/94, cit. e 10511/99, cit.: la prima, oltre a contenere anch'essa il richiamo al limite dell'« apprezzabile sacrificio », afferma chiaramente che

Quanto al secondo aspetto, la sentenza osserva che « oltre a violare [...] il generale dovere di correttezza e buona fede, la disarticolazione, da parte del creditore, dell'unità sostanziale del rapporto [...] si risolve automaticamente anche in abuso dello stesso. Risultando già per ciò solo la parcellizzazione giudiziale del credito non in linea con il precetto inderogabile [...] del processo giusto. Ulteriore *vulnus* [i]l quale deriverebbe, all'evidenza, dalla formazione di giudicati (praticamente) contraddittori cui potrebbe dar luogo la pluralità di iniziative giudiziarie collegate allo stesso rapporto. Mentre l'effetto inflattivo riconducibile ad una siffatta (ove consentita) moltiplicazione di giudizi ne evoca ancora altro aspetto di non adeguatezza rispetto all'obiettivo, costituzionalizzato nello stesso art. 111, della "ragionevole durata del processo", per l'evidente antinomia che esiste tra la moltiplicazione dei processi e la possibilità di contenimento della correlativa durata ».

Le S.U. hanno quindi compiuto un totale *revirement* rispetto a quanto affermato appena sette anni prima. Da un lato, è intervenuta nel frattempo la riforma dell'art. 111, quindi un dato testuale evidente; dall'altro, però, l'art. 2 è rimasto invariato, eppure la Corte nella pronuncia del 2007 ha ritenuto che da questa disposizione dovesse ricavarsi un dovere generale di correttezza e buona fede in tutti i rapporti tra privati, e che anche da ciò discendesse l'illegittimità del frazionamento della richiesta giudiziale di adempimento, mentre la sentenza del 2000 non aveva neppure preso in esame l'art. 2 e le sue implicazioni (37).

l'« osservanza del dovere di correttezza (art. 1175 c.c.) » deve far sì che « l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà, ormai costituzionalizzato (art. 2 Cost.), che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto e gli effetti (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientare l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375) ». La seconda, che ribadisce anch'essa il limite dell'« interesse proprio dell'obbligato », afferma che il controllo del giudice sugli atti di autonomia privata, atto a superare il « mito ottocentesco della onnipotenza della volontà e del dogma della intangibilità delle convenzioni [...], nel richiamato contesto di intervenuta costituzionalizzazione dei rapporti di diritto privato, non può ora non implicare anche un bilanciamento di « valori », di pari rilevanza costituzionale, stante la riconosciuta confluenza nel rapporto negoziale accanto al valore costituzionale della « iniziativa economica privata » (*sub* art. 41) che appunto si esprime attraverso lo strumento contrattuale — di un concorrente « dovere di solidarietà » nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.). Dal quale la Corte costituzionale ha già, in particolare, desunto « l'esistenza di un principio di inesigibilità come limite alle pretese creditorie » (cfr. C. Cost., 3 febbraio 1994, n. 19). E che, entrando (detto dovere di solidarietà) in sinergia con il canone generale di buona fede oggettiva e correttezza (artt. 1175, 1337, 1359, 1366, 1375 c.c.), all'un tempo gli attribuisce una *vis* normativa e lo arricchisce di contenuti positivi, inglobanti obblighi anche strumentali di protezione della persona e delle cose della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale, nella misura in cui questa non collida con la tutela dell'interesse proprio dell'obbligato ».

(37) La soluzione del 2007 è stata poi ribadita dalla sez. III: v. Cass., 11 giu-

Peraltro, su un abuso del processo vero e proprio è intervenuta di recente un'ordinanza della Cassazione, 3 maggio 2010, n. 10634, che ha deciso su una serie di ricorsi per indennizzo da irragionevole durata del processo, presentati con lo stesso difensore da più soggetti che erano stati parti della medesima procedura di cui lamentavano l'irragionevole durata (i ricorsi erano stati riuniti dalla Corte d'Appello). La Suprema Corte, pur riconoscendo fondata la richiesta di riparazione, ha ribadito espressamente i principi della sentenza n. 23726/07, cit., affermando che i ricorrenti, proponendo cause separate, avevano abusato del processo, in violazione del dovere di solidarietà di cui all'art. 2, Cost. e dell'«obiettivo costituzionalizzato della ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost.», e che quindi le spese di giudizio andavano loro liquidate «come se unico fosse stato il procedimento fin dall'origine».

4. *Recente giurisprudenza sull'abuso del diritto in ambito tributario.*

— Il settore in cui l'applicazione dell'abuso del diritto sta conoscendo la maggiore fortuna è comunque quello tributario. Anche in questo ambito, si assiste ad una propensione della giurisprudenza a sanzionare il compimento di atti anche non espressamente vietati, qualora li ritenga posti in essere *al solo scopo* di ottenere una riduzione del carico d'imposta. Gli studi in materia sono molto numerosi (38); in questa sede, ci si limiterà a ricordare le pronunce delle S.U. nn. 30055, 30056 e 30057 del 23 dicembre 2008 (39), e a fare cenno ad una recentissima sentenza che le conferma e per certi versi supera perfino.

In particolare, la sentenza n. 30055/08, cit., fa proprio un principio «di recente affermatosi nella giurisprudenza della sezione tributaria» (40),

gno 2008, n. 15746 e Cass., 20 novembre 2009, n. 24539, nonché da una sentenza della sez. II, Cass., 1 febbraio 2010, n. 2314 (relativa a un credito da prestazioni professionali).

(38) Uno dei più recenti è il volume di G. MAISTO, *Elusione ed abuso del diritto tributario: orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, Milano 2009.

(39) Le prime due sono relative a operazioni di c.d. *dividend washing*, consistenti nell'acquisto di azioni da un fondo comune d'investimento o da una Sicav, con successiva rivendita delle stesse all'originario venditore, ad un prezzo inferiore, dopo la percezione dei dividendi, effettuato al solo scopo di consentire al fondo o alla Sicav di ottenere un credito d'imposta, e all'altro soggetto di diminuire il reddito d'impresa grazie alla minusvalenza così ottenuta. La terza (pur in tutto analoga alle altre due) è relativa invece al *dividend stripping*, che consiste nella costituzione, in favore di una società con sede in Italia, di un diritto di usufrutto su azioni o quote di una società italiana possedute da un soggetto non residente in Italia, fatta al solo scopo di permettere al cedente di eludere la ritenuta sui dividendi, grazie alla trasformazione del reddito da partecipazione in reddito da negoziazione, e alla cessionaria di percepire i dividendi e godere di vantaggi fiscali.

(40) Corsivo aggiunto; la Corte richiama Cass. 21 aprile 2008, n. 10257, e 17 ottobre 2008, n. 25374 (ma v. anche Cass., 29 settembre 2006, n. 21221; Cass., 6 luglio

secondo cui nel nostro ordinamento vige un generale principio antielusivo, in base al quale « il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, *pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione*, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale » (41).

Per i tributi armonizzati in sede comunitaria, l'esistenza di tale principio generale viene sostenuta rinviando alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, di cui va ricordato in particolare, in tempi recenti, l'importante caso *Halifax* (42). Quanto ai tributi non armonizzati, le S.U. fanno discendere tale principio direttamente dall'articolo 53 della Costituzione, e in particolare dal principio di capacità contributiva (comma 1), e da quello di progressività dell'imposizione fiscale (comma 2).

In applicazione di tali principi, la sentenza n. 30055/08, cit., ha così dichiarato inopponibile all'amministrazione finanziaria l'operazione di *dividend washing*, affermando espressamente che tale conclusione non contrasta con un altro principio costituzionale, la riserva di legge in ma-

2006, n. 26948; Cass., sez. trib., 25 maggio 2009, n. 12042; Cass., Sez. Un., 26 giugno 2009, n. 15029; nonché la recente Cass., sez. trib., 26 febbraio 2010, n. 4737). In particolare, la prima ricostruisce il cambio di orientamento della Cassazione: mentre in un primo momento essa aveva affermato che « possono essere qualificati come elusivi (e quindi irrilevanti nei confronti del Fisco) solo quei comportamenti che tali sono definiti da una legge dello Stato vigente al momento in cui essi sono venuti in essere » (8 aprile 2000, n. 3979; 8 settembre 2001, n. 11851; 7 marzo 2002, n. 3345), successivamente la Corte mutò indirizzo (21 ottobre 2005, n. 20398; 26 ottobre 2005, n. 20816; 14 novembre 2005, n. 22932).

(41) Corsivo aggiunto.

(42) 21 febbraio 2006, C-255/02. In questa pronuncia, la Corte di Giustizia ha ribadito l'orientamento (espresso ad es. dalle sentenze 11 ottobre 1977, C-125/76, *Cremer*, § 21; 3 marzo 1993, C-8/92, *General Milk Products*, § 21; 14 dicembre 2000, C-110/99, *Emsland-Stärke*, § 51) secondo cui « l'applicazione della normativa comunitaria non può [...] estendersi fino a comprendere i comportamenti abusivi degli operatori economici, vale a dire operazioni realizzate non nell'ambito di transazioni commerciali normali, bensì al solo scopo di beneficiare abusivamente dei vantaggi previsti dal diritto comunitario » (§ 69, corsivo aggiunto), precisando che questo « divieto di comportamenti abusivi si applica anche al settore IVA » (§ 70). La Corte ha infatti ricordato che, « secondo una giurisprudenza costante, gli interessati non possono avvalersi fraudolentemente o abusivamente del diritto comunitario » (§ 68) (il richiamo è in particolare alle sentenze 12 maggio 1993, C-367/96, *Kefalás e a.*, § 20, dove la Corte rinvia a propria volta a diversi altri suoi precedenti; 23 marzo 2000, C-373/97, *Diamantis*, § 33; 3 marzo 2005, C-32/03, *Fini H.*, § 32), precisando comunque che « perché possa parlarsi di comportamento abusivo, le operazioni controverse devono, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della sesta direttiva e della legislazione nazionale che la traspone, procurare un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da quelle stesse disposizioni. Non solo. Deve altresì risultare da un insieme di elementi obiettivi che le dette operazioni hanno essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale » (§ 86, corsivo aggiunto).

teria tributaria (art. 23 Cost.). In effetti, i benefici fiscali che comportava il *dividend washing* sono in parte negati dal comma 6-*bis* del citato art. 14, introdotto dall'art. 7-*bis* d.l. 9 settembre 1992, n. 372 proprio per porre un freno ad operazioni di questo genere. Tuttavia, tale comma 6-*bis* era inapplicabile al caso deciso dalle S.U., poiché l'operazione era stata compiuta prima della sua entrata in vigore. Ciononostante, la Corte ha ritenuto che il « riconoscimento di un generale divieto di abuso del diritto nell'ordinamento tributario non si traduce nella imposizione di ulteriori obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge; bensì nel riconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali », e che pertanto non fosse da ravvisarsi alcuna tensione con l'art. 23 (43).

Infine, le tre pronunce citate confermano un orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza tributaria, secondo cui è il contribuente ad essere « ovviamente gravato dell'onere di provare i presupposti di fatto per l'applicazione della norma (quella relativa alla valutazione delle componenti passive del reddito) da cui discende l'invocata diminuzione del reddito d'impresa imponibile; in conformità del resto alla costante giurisprudenza di questa Corte in tema di onere della prova, in materia tributaria, quanto alle norme di beneficio » (la Corte richiama al riguardo Cass., 20 giugno 2007, n. 14381; 15 maggio 2007, n. 13359; S.U. 29 dicembre 2006, n. 27619).

In questo modo, si afferma una presunzione a favore dell'amministrazione fiscale (*in dubio pro fisco*), tale per cui, se il contribuente non riesce a dimostrare la validità delle ragioni economiche di una determinata operazione, la controversia si deve risolvere a favore del fisco (44).

In verità, la rigidità con cui le S.U. del 2008 avevano posto l'onere della prova a carico del contribuente, che aveva caratterizzato anche Cass., 4 aprile 2008, n. 8772, e n. 10257/08, cit., ha trovato un temperamento in n. 25374/08, cit., poi ribadito da Cass., 21 gennaio 2009, n. 1465, n. 12042/09, cit., e 22 settembre 2010, n. 20030, secondo cui resta fermo che « l'onere di dimostrare che l'uso della forma giuridica corrisponde ad un reale scopo economico, diverso da quello di un risparmio

(43) La possibilità per il giudice di ritenere nulle per difetto di causa le operazioni di *dividend washing* anche con riferimento a fatti verificatisi prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 372/92 (e a maggior ragione, dunque, dell'art. 37-*bis* del D.P.R. n. 600/73, introdotto dal d.lgs. n. 358/97) è affermata chiaramente dalle sentenze n. 20398 e 22932 del 2005 (e ribadita dalla recentissima Cass., 12 novembre 2010, n. 22994, secondo cui il principio generale antielusivo sussiste « a prescindere dalla compiuta normazione della materia in oggetto »); v. anche 20816/05, che, anche in assenza di una disposizione specifica, ritiene possibile sanzionare i comportamenti in questione ex art. 1844 c.c. (*Contratto in frode alla legge*), « poiché le norme tributarie appaiono norme imperative poste a tutela dell'interesse generale del concorso paritario alle spese pubbliche (art. 53 Cost.) ».

(44) Anzi, le tre sentenze vanno oltre, confermando in modo netto la rilevanza d'ufficio dei comportamenti abusivi.

fiscale, incombe al contribuente», tuttavia «l'individuazione dell'impiego abusivo di una forma giuridica incombe all'amministrazione finanziaria, la quale non potrà certamente limitarsi ad una mera e generica affermazione, ma dovrà individuare e precisare gli aspetti e le particolarità che fanno ritenere l'operazione priva di reale contenuto economico diverso dal risparmio d'imposta», o in altri termini provare quanto meno la ricorrenza dei «presupposti di una pratica elusiva»: l'amministrazione dovrà cioè non solo «prospettare il disegno elusivo a sostegno delle operate rettifiche ma — anche — le supposte modalità di manipolazione o di alterazione di schemi classici rinvenute come irragionevoli in una normale logica di mercato se non per pervenire a quel risultato di vantaggio fiscale» (analoghe precisazioni erano già contenute in Cass., 25 marzo 2008, n. 4817 e in diverse altre pronunce, e sono state ribadite dalla recentissima Cass., 21 gennaio 2011, n. 1372).

Rinviando al § 5 una valutazione critica di questo orientamento, pur nella versione più circoscritta ora delineata, merita comunque ancora citare un passo particolarmente significativo di Cass., 8 aprile 2009, n. 8487, che sembra invece rafforzare ulteriormente le conclusioni delle S.U. del 2008: «l'ordinamento fiscale non intende premiare scelte imprenditoriali che non siano determinate da valutazioni di economia sostanziale. Questa conclusione non è in contrasto con il principio della libertà di iniziativa economica sancito nell'art. 40 Cost., comma 1. Infatti, nessun limite è posto alla realizzazione di qualsiasi valida iniziativa economica, salvo l'unico limite, previsto dal citato art. 41 Cost., comma 2 che l'iniziativa stessa non sia in contrasto con l'utilità sociale. È evidente che una operazione economica realizzata al solo fine di ottenere un risparmio fiscale (a prescindere da connotazioni di frodolenza) è una operazione che contrasta con l'utilità sociale, sia nel senso che lede il principio di solidarietà, sia nel senso che determina una indebita riduzione del gettito fiscale» (45).

In conclusione, rimane ancora da ricordare, come anticipato, un'altra sentenza, la recentissima Cass., 19 maggio 2010, n. 12249, che ha ravvisato un abuso del diritto, con conseguente inopponibilità al fisco dei vantaggi legati all'operazione, nella conclusione di un contratto di comodato di un complesso sportivo tra una società commerciale (comodante) e un'associazione polisportiva (comodataria) omonime, i cui rispettivi soci e associati erano in gran parte coincidenti. Il contratto prevedeva che i ricavi derivanti dalla gestione dell'impianto fossero incassati dall'associazione, che li otteneva sotto forma di quote associative, sottratte ad imposizione fiscale; questa s'impegnava poi a versare tali quote alla società comodante a titolo di corrispettivo del comodato, e questo espediente permetteva in definitiva alla società di sottrarre ad imposizione fiscale i guadagni derivanti dalla gestione dell'impianto sportivo.

(45) Corsivi aggiunti.

Questa pronuncia è degna di nota, ai nostri fini, per almeno tre profili: intanto, conferma il principio per cui « si pone a carico del soggetto che ne invoca l'applicazione ai fini fiscali l'onere di provare che l'impiego dello strumento contrattuale in contestazione non aveva il fine essenziale di conseguire un risparmio d'imposta », senza peraltro aggiungere che all'amministrazione spetta quanto meno la prova dei presupposti della pratica elusiva; in secondo luogo, ribadisce il fondamento costituzionale della dottrina dell'abuso del diritto per le imposte dirette, come stabilito da Cass., nn. 30055 e 30057 del 2008, cit. (mentre per le imposte indirette il fondamento è nel diritto comunitario: v. la ricordata sentenza *Halifax*); infine, e questo è il dato di novità, la sentenza n. 12249/10, cit., riguarda appunto un contratto di comodato, cioè un contratto tipico, superando così in modo netto un'ulteriore argine e ritenendo che l'abuso possa essere ravvisato non solo in operazioni atipiche (come ad es. il *dividend washing*), ma anche nell'uso per finalità non consentite di fattispecie contrattuali disciplinate dal codice (finora la Cassazione non aveva raggiunto tale conclusione in modo così chiaro ed esplicito).

5. *Una scelta di politica del diritto e le sue possibili implicazioni.* — Qual è il quadro che si ricava dall'analisi delle sentenze esaminate? Quali conclusioni è possibile trarre?

Come si è affermato all'inizio, le pronunce considerate non sembrano in effetti introdurre novità rivoluzionarie in una giurisprudenza ormai assodata. Certamente, però, queste pronunce, e le molte altre che è stato possibile solo richiamare, compiono qualche ulteriore passo in avanti verso un'operatività del tutto generalizzata dell'istituto dell'abuso del diritto. Sinteticamente, potremmo quindi dire che non vi è una soluzione di continuità, ma l'istituto fa un salto di qualità notevole.

In effetti, le sentenze in questione affermano la volontà di confermare un orientamento consolidato. Tuttavia, vi è almeno un elemento di novità, ovvero l'espressa subordinazione del perseguimento dell'interesse individuale alla tutela dell'interesse generale, che era rimasta sin qui implicita. In questo paragrafo, si rifletterà in primo luogo sul significato e le possibili conseguenze di tale novità (§ 5.1); successivamente, ci si chiederà se sia ammissibile che essa sia introdotta in via giurisprudenziale e non per intervento del legislatore (§ 5.2); infine, si concluderà con un richiamo ai diversi e più generali orientamenti di pensiero e di politica del diritto che forniscono argomenti rispettivamente a sostegno o contro la tesi accolta dalla giurisprudenza esaminata (§ 5.3).

5.1. *Un processo alle intenzioni, a scapito della certezza? (ovvero: un abuso dell'abuso?).* — L'opzione a favore di una tutela forte di quello che la Cassazione individua come l'interesse generale, a scapito del perseguimento, da parte dei privati, del proprio interesse personale, si manifesta,

in ambito contrattuale, nel ritenere non (più) necessaria ad integrare una ipotesi di abuso del diritto la sussistenza dell'*animus nocendi*, come invece era ritenuto indispensabile nell'originaria costruzione dell'istituto, derivante come si è visto dall'*aemulatio* (46); in ambito tributario, nel disconoscimento della legittimità di operazioni effettuate « al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali ».

In entrambi i casi, la Cassazione compie un "processo alle intenzioni", intervenendo a sindacare la legittimità dei *fini* perseguiti da individui o imprese nel compimento di atti di autonomia privata. Nei successivi punti 5.2 e 5.3 si analizzerà quale grado di legittimazione possa avere questa operazione e quali concezioni teoriche consentano di sostenerla o all'opposto criticarla; ora, invece, se ne valutano le possibili conseguenze sul piano dell'efficienza economica.

In effetti, occorre tener presente che, quali che siano i benefici eventualmente recati dalle regole applicate dalla giurisprudenza esaminata, tali regole hanno anche un costo. Il costo consiste nel fatto che simili esiti intaccano sensibilmente la certezza del diritto, travolgendo assetti di interessi che i cittadini e imprese hanno stabilito in conformità alla legge (o quanto meno senza incontrare un espresso divieto di legge, e facendo affidamento su questo mancato divieto). Specificamente in ambito contrattuale, mentre la limitazione delle prerogative del titolare di un diritto ha un costo tutto sommato trascurabile nei casi caratterizzati dalla presenza di un *animus nocendi* in senso proprio, cioè da sostanziale assenza di vantaggio, o in cui l'unico vantaggio del comportamento dannoso consiste nel farsi pagare dal danneggiato per interrompere tale comportamento (47), ben diversa è la situazione quando invece (come nei principali casi considerati, del recesso ad nutum e del frazionamento del credito) il vantaggio va ben oltre.

Si nota quindi che, mentre l'impiego originario e tradizionale del principio di buona fede, per vietare comportamenti come quelli qualificabili come atti emulativi, aveva la funzione di aumentare la certezza del diritto, vietando solo atti di esercizio di un diritto, e poi interpretazioni del contratto, del tutto irragionevoli, quella stessa esigenza di certezza è

(46) Cfr. SACCO, *L'esercizio*, cit., 326, nonché ID., *L'abuso*, cit., 217. Che « intenzione di nuocere, e assenza di vantaggio » siano « gli elementi portanti della repressione dell'abuso » è affermato anche da MONATERI, *Abuso*, cit., 111.

(47) Come spiega SACCO, *L'esercizio*, cit., 311, i termini stessi "abusare", "aprofittare" e simili implicano che il vantaggio ottenuto dal soggetto in questione « non premia nessuna creazione di ricchezza » (e storicamente infatti uno degli elementi costitutivi dell'abuso è sempre stato l'assenza di beneficio economicamente apprezzabile per chi teneva un dato comportamento): ma tanto il caso del recesso *ad nutum* quanto quello del risparmio fiscale implicano un'evidente creazione di ricchezza (o comunque un chiaro vantaggio economico), eppure la giurisprudenza che si è esaminata supera questo requisito e ritiene ugualmente sussistente l'abuso (sulla rilevanza o meno del vantaggio per il soggetto agente al fine di ritenere o meno sussistente l'abuso, cfr. anche le osservazioni di Monateri riportate *infra*, nt. 58).

irrimediabilmente compromessa quando la giurisprudenza va oltre, considerando illegittima una quantità molto maggiore di comportamenti e travolgendo a posteriori assetti di interessi che i privati avevano tutte le ragioni per ritenere imm modificabili (48). Ciò non può che aumentare i costi transattivi in materia contrattuale e societaria.

Vale la pena soffermarsi ancora un momento sul caso forse più significativo, quello del recesso *ad nutum* contrattualmente previsto ma ritenuto illegittimo: è ben possibile che la clausola che lo prevedeva fosse stata oggetto di specifica contrattazione tra le parti nel caso di specie (la sentenza n. 20106/09, cit. non menziona alcuna indagine di fatto sul punto) o che comunque di ciò si fosse tenuto conto nello stabilire l'entità della controprestazione, e del resto la clausola non era contraria ad alcuna norma imperativa (art. 1418 c.c.), né risulta in alcun modo che il contraente forte l'avesse ottenuta tramite dolo o tanto meno violenza (artt. 1427 ss. c.c.), bensì verosimilmente solo grazie al proprio maggior potere negoziale derivante dalla propria forza economica.

Sulla base della disciplina codicistica, pertanto, la clausola in questione aveva tutti i requisiti per doversi ritenere valida ed efficace: l'intervento "riequilibratore" e *paternalista* (49) del giudice, volto a rime-

(48) A questo proposito, riportiamo un illuminante passo di Sacco, *L'esercizio*, cit., 358-359: « la dottrina dell'abuso suscitò il timore (o il terrore) che con essa si volesse minare quel bene inestimabile che è la certezza del diritto; portando l'incertezza anche nel cuore del diritto soggettivo, si toglieva al cittadino una delle più solide garanzie formali dell'integrità delle sue prerogative. Quando divenne più chiaro che le clausole generali esistono in ogni ordinamento, che ovunque la fonte del diritto non appartiene in esclusiva al potere legislativo, [...] la preoccupazione del giurista — di fronte alla teoria dell'abuso — fu quella di difendere la purezza del diritto dall'aggressione delle norme extragiuridiche: dalla inframmettenza dell'etica, dagli sconfinamenti delle religioni, forse anche dalla predicazione della correttezza politica; o, più genericamente, fu il timore di veder ampliare i compiti di certe fonti — la giurisprudenziale, soprattutto — a scapito della legge. Timori più globali — e speranze più globali — possono aver fatto capo ad interpreti pronti a stimare che la dottrina dell'abuso fosse capace di far crollare il diritto della borghesia. Che la dottrina dell'abuso generi speranze, e anche illusioni, è naturale. Non c'è motivo di temere l'irruzione della morale nel diritto, se si è capito cos'è la morale che interessa il giurista. È morale, anzitutto, l'efficienza. Lo spreco, quando le risorse sono scarse, è immorale. Il giurista non deve temere che idee quali la migliore utilizzazione delle risorse, l'internalizzazione delle passività, l'aderenza dell'autonomia privata al mercato — somme regole dell'etica sociale — penetrino nella norma giuridica. Esse penetrano già, a vele spiegate, nel diritto scritto. Se la dottrina dell'abuso servirà a ripianare singoli momenti di incapacità del legislatore, non porteremo il lutto per questa violazione di frontiere. Ciò che si può temere è, se mai, che la formulazione troppo promettente della categoria fornisca all'interprete qualche illusione. Abuso significa di per sé uso improprio, eccessivo, dunque illecito, colpito da sanzione. La teoria dell'abuso promette una sanzione, un rimedio, senza circoscrivere neanche alla lontana l'area entro la quale si trovano i comportamenti da colpire; promette la medicina a tutti senza dire qual è la malattia ».

(49) In effetti, come ricorda R. CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel*

diare a posteriori alla subalternità economica del contraente debole (50), altera in modo radicale questo meccanismo liberamente scelto dalle parti, senza che alle parti fosse dato ragionevolmente prevedere un simile esito (51).

Vi sono poi solidi argomenti per ritenere l'indagine sui motivi comunque irrealizzabile dal punto di vista pratico: come possono il legislatore prima, e il giudice poi, conoscere tanto bene un'azienda o un soggetto da essere in grado di valutare cosa sia per essi, ad esempio, una *valida ragione economica* o qual è lo *scopo* da essi *realmente* perseguito? Sulla base di quali criteri legislatore e giurisprudenza stabiliranno che tali ragioni economiche e tali scopi vadano o meno tutelati? Ogni giudice deciderà inevitabilmente secondo la propria sensibilità e anche questo concorrerà ad aumentare l'incertezza del diritto e i costi che essa comporta.

Il problema diventa ancor più serio, in ambito tributario, quando l'onere della prova della validità delle ragioni economiche di un'operazione è posto sul contribuente, per il principio dell'*in dubio pro fisco*. Sembra possibile, in effetti, sollevare molti dubbi sull'opportunità di un simile orientamento e sulla sua stessa compatibilità col dettato costituzionale (in particolare con il principio di legalità in materia fiscale di cui all'art. 23, Cost.), a meno di sostenere che gli obblighi di solidarietà sociale giungano a imporre addirittura una presunzione di illegittimità dell'opzione tributariamente meno onerosa per il contribuente, e l'obbligo per quest'ultimo di scegliere, tra due o più alternative, quella di maggior favore per il fisco.

Una simile conclusione (rigettata peraltro in modo esplicito da Cass., n. 1372/11, cit.) sembrerebbe contrastare non solo con l'aurea massima di *common law*, spesso citata, della *House of Lords* inglese, secondo cui « *No man in this country is under the smallest obligation, moral or other, so to arrange his legal relations to his business or to his property as to enable the Inland Revenue to put the largest possible shovel into his stores* » (52), ma soprattutto con l'ordinamento comunitario, come riconosciuto dalla stessa sentenza *Halifax*, § 73: « A un soggetto passivo che ha la scelta tra

diritto privato, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 771-796, in particolare 773, « il paternalismo non è solo del legislatore ».

(50) Cfr. a questo proposito l'osservazione di Rescigno, *L'abuso*, cit., 128-129: « Sul piano giuridico, scrive Kelsen [nella *Dottrina pura del diritto*], non c'è rapporto tra creditore e debitore. Il rapporto si istituisce tra ciascuno dei due soggetti e la norma: la norma che autorizza l'uno, la norma che impone all'altro soggetto. La dottrina dell'abuso di diritto è la storia dei tentativi — compiuti con alterna fortuna dalla giurisprudenza — di reagire e di superare questa che potrebbe chiamarsi la progressiva "disumanizzazione" del rapporto giuridico ».

(51) Tra i costi va incluso anche il disincentivo agli investimenti esteri, particolarmente evidente proprio in un caso come quello della sentenza n. 20106/09, cit., dove la società concedente era la controllata italiana di una capogruppo francese.

(52) Sono le parole di Lord Clyde, nel caso *Ayrshire Pullman Motor Services and Ritchie v. IRC* (1929) 14 TC 754.

due operazioni la sesta direttiva non impone di scegliere quella che implica un maggiore pagamento IVA. Al contrario, come ha osservato l'avvocato generale al paragrafo 85 delle conclusioni, il soggetto passivo ha il diritto di scegliere la forma di conduzione degli affari che gli permette di limitare la sua contribuzione fiscale ».

Per concludere sul punto, il tema qui considerato esemplifica bene come qualunque intervento esterno sulla libertà contrattuale privata abbia delle implicazioni che, al di là del giudizio che se ne dia, non possono essere ignorate: tale intervento altera cioè l'esito che sarebbe derivato da una contrattazione priva di interferenze, aumentando i costi della transazione, e tale effetto è tanto più consistente quando non è il legislatore in via generale e *ex ante*, ma il giudice volta per volta e *ex post*, a sostituire la propria valutazione di convenienza economica a quella liberamente effettuata dai soggetti direttamente coinvolti nell'affare (53).

(53) Al riguardo, non si può non ripercorrere almeno per sommi capi il ragionamento svolto da MONATERI, *Abuso*, cit., 109-120. In primo luogo, l'Autore osserva che dall'analisi casistica da lui effettuata, emerge chiaramente che « la teoria dell'abuso non serve come strumento di politica sociale, ma è sempre servita come strumento per regolare conflitti *interni* al ceto dei proprietari. Si tocca qui con mano la *simmetria proprietaria*. I vari titolari sono in realtà in una situazione di reciprocità, e la prerogativa che si nega all'uno, aumenta semplicemente i poteri dell'altro. [...] Insomma proprio perché strumento del diritto privato la teoria dell'abuso non si dimostra uno strumento di politica sociale, ma solo uno strumento di intervento giudiziale di regolazione dei conflitti privati in base a direttive politiche non predeterminabili ». Ciò suggerisce l'ipotesi che gli ordinamenti di *civil law* siano, « sotto lo schermo di un discorso moralistico, o socializzante, sensibili a queste ragioni di efficienza economica nella regolazione dei conflitti proprietari ».

Se questo è vero, però, è anche vero che queste considerazioni si riferiscono ai casi in cui « la mancanza di un vantaggio *oggettivo* rende ingiustificato il sacrificio imposto all'attore. Non si tratta evidentemente di una preoccupazione di ordine sociale, ma di efficienza economica ». Ma le cose cambiano quando ci si trova di fronte a casi in cui il comportamento che viene in considerazione reca un vantaggio a chi lo tiene, e Monateri cita al riguardo il caso inglese *Mayor of Bradford v. Pickles* [AC, 587 (1895)], in cui il signor Pickles aveva intrapreso dei lavori per sottrarre alla città di Bradford l'acqua che si accumulava sotto il suo fondo (e di cui la città da decenni usufruiva gratuitamente tramite una fonte limitrofa), allo scopo di costringere la città ad acquistare i diritti sulle acque in questione. La *House of Lords* negò ai cittadini di Bradford la tutela inibitoria che chiedevano contro Pickles, consentendo a Pickles di procedere coi lavori e di trarre profitto dalla cessione sui diritti sulle acque.

A questo punto Monateri fa un passo successivo, osservando che in realtà « in tutti i casi di abuso il convenuto ha qualcosa da vendere, e precisamente egli ha da vendere la cessazione dell'esercizio del proprio diritto. Un vantaggio dunque vi è sempre. Ciò mostra, allora, che [...] i vari casi continentali di abuso si risolvono in un esproprio senza indennizzo di alcune prerogative proprietarie, ma *non* a favore della società, *bensì* a favore di un altro privato. Infatti, in tutti i casi di supposto abuso la parte che esercita il proprio diritto può avere un vantaggio atteso da tale esercizio: il prezzo che la controparte è disposta a pagare perché tale esercizio cessi. Il fatto è che, l'alternativa all'applicazione della teoria dell'abuso, come si evince perfettamente con la comparazione col caso *Mayor of Bradford v. Pickles*, è lasciare risolvere la questione alle parti mediante il contratto. Come spesso avviene il contratto è l'alternativa alle allocazioni giudiziali delle prerogative proprietarie. Semplicemente i giudici

Il discorso si sposta quindi ora sul piano di questi argomenti, perché la domanda diviene a questo punto: nonostante l'aumento dell'incertezza e i costi che comporta, questa interferenza giurisprudenziale può essere comunque considerata legittima, o addirittura desiderabile, sul piano costituzionale e più in generale della politica del diritto?

5.2. *È accettabile che sia la giurisprudenza a giungere a simili conclusioni?* — Occorre a questo punto fare un passaggio ulteriore: interventi normativi che reprimano degli asseriti abusi possono essere o meno condivisi sul piano appunto delle preferenze di politica del diritto, ma non sembra possibile dubitare della loro legittimità costituzionale. Così, quando la repressione dell'abuso sia effettuata in via legislativa, i problemi si pongono soprattutto sul piano del merito, cioè dell'opportunità o meno di queste scelte, ma resta fermo che difficilmente si potrebbe sostenere che esse siano contrarie alla vigente Costituzione. Vediamo brevemente alcuni esempi di intervento normativo in tal senso.

In ambito contrattuale, senza con ciò voler forzare l'accostamento alla giurisprudenza considerata, ci si limita a richiamare alcune disposizioni la cui *ratio* si può ricondurre all'esigenza di tutelare il contraente che per varie ragioni può essere ritenuto più debole. La principale normativa da menzionare è il diritto dei consumatori, oggi sistematizzato nel c.d. *codice del consumo* (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206): si tratta, com'è noto, di un testo normativo molto articolato, per cui non è possibile parlarne come se fosse un blocco monolitico. Tuttavia, regole come il divieto di clausole vessatorie, la previsione di vari obblighi informativi in capo al professionista, o il riconoscimento al consumatore di un *ius poenitendi*, sembrano in effetti accomunate dalla volontà di fornire una particolare protezione al soggetto che, per via del suo minor potere informa-

continentali non hanno mai visto l'alternativa del mercato, forse perché oscurati dal contenuto *ideologico* dei discorsi che hanno accompagnato la teoria dell'abuso ».

Ma allora la conclusione è che « in sostanza quindi la teoria dell'abuso ha un unico scopo, che la differenzia dal permettere che la questione venga risolta dalle stesse parti coinvolte, ed è quello di permettere la realizzazione di riallocazioni proprietarie *inefficienti* », o in altri termini che la dottrina dell'abuso « non conduce a riallocazioni ottimali, per la società nel suo complesso. Come tale *essa è da condannare*. Una volta di più il Common Law si rivela allora più sensibile del Civil Law alle considerazioni di ottimalità economica. Infine si rivela chiaramente il carattere *ideologico* delle costruzioni dottrinali sull'abuso del diritto. O meglio si svela come i discorsi sulla socialità dei diritti, in questo campo, nascondano in realtà riallocazioni tra privati, in cui un privato guadagna ingiustificatamente un vantaggio non compensato. [Q]uando l'« abuso » di una parte produce anche degli *spillover effects* dannosi per i terzi o per la società, allora soltanto la teoria dell'abuso può servire (ma non è indispensabile!) come strumento giudiziale di riallocazione delle prerogative proprietarie. Altrimenti questi proprietari che invocano l'abuso, la moralità, e le teorie sociali dei diritti soggettivi, per usare l'efficace espressione di Lenin, non sono che dei *borghesi equivalenti*. E come tali andrebbero trattati ».

tivo, potrebbe non rendersi conto di tutte le conseguenze giuridiche che discendono dalla prestazione del suo consenso alla conclusione di un contratto con un professionista.

Un altro intervento, di carattere questa volta settoriale, fu invece espressamente dettato dall'esigenza di riequilibrare un potere contrattuale difformemente distribuito tra due controparti, con conseguente subalterità economica di una parte nei confronti dell'altra: si tratta della l. 18 giugno 1998, n. 192, in materia di subfornitura. Questa legge, all'art. 9, rubricato *Abuso di dipendenza economica*, stabilisce espressamente che « è vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un *eccessivo* squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti » (54). Il comma 2 specifica poi che « l'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto ».

In materia tributaria, l'intervento antiabusivo del legislatore, in funzione di privilegio dell'interesse generale su quello particolare, è ancor più evidente: a titolo di esempio, si ricordano l'art. 10, comma 1 della legge 29 dicembre 1990, n. 408 (55) e soprattutto l'art. 37-bis, comma 1, del d.P.R. 23 settembre 1973, n. 600 (56). La prima disposizione consente all'amministrazione finanziaria di « disconoscere i vantaggi tributari conseguiti » in svariati tipi di operazioni societarie o finanziarie « poste in essere *senza valide ragioni economiche* allo scopo *esclusivo* di ottenere *fraudolentemente* un risparmio d'imposta » (57); la seconda — nelle diverse formulazioni succedutesi fino all'attuale, che qui si riporta — stabilisce al comma 1, con una clausola generale di chiusura, che « è *consentito all'amministrazione finanziaria disconoscere i vantaggi tributari conseguiti in operazioni* di concentrazione, trasformazione, scorporo, ces-

(54) Corsivo aggiunto. In argomento, v. G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti: un'analisi economica e comparata*, Torino 2004.

(55) Nel testo da ultimo risultante dalla modifica operata dall'art. 3, comma 26 della legge 23 dicembre 1996, n. 662.

(56) Aggiunto dall'art. 7 del d.lgs. 8 ottobre 1997, n. 358. Per completezza, notiamo che l'art. 37-bis è oggetto di quattro proposte di modifica pendenti in Parlamento, rispettivamente il ddl S-1752 (Bonfrisco) e le proposte di legge C-2521 (Leo), C-2578 (Strizzolo, Ceccuzzi, Fogliardi) e C-2709 (Jannone). Tutte queste iniziative legislative fanno riferimento espresso all'abuso del diritto.

(57) Corsivo aggiunto.

sione di azienda, riduzione di capitale, liquidazione, valutazione di partecipazioni, cessione di crediti o cessione o valutazione di valori mobiliari *poste in essere senza valide ragioni economiche allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio d'imposta* » (58) (tipico esempio: l'incorporazione di società indebitate al solo scopo di portare in deduzione le perdite e abbattere così il carico fiscale).

In tutti questi casi, non sembra potersi dubitare della legittimità dell'intervento del legislatore. Ci si può chiedere, però, se, quando compie scelte che paiono andare in direzione analoga, la giurisprudenza effettui un'operazione altrettanto legittima. In altri termini, limitazioni tanto marcate della libertà individuale richiedono un intervento normativo espresso, o le clausole generali sono sufficienti a fondarle? Ricavare da disposizioni così generiche e per loro natura "vaghe" tali conseguenze è ammissibile o è un'inferenza troppo libera, un esempio di opera creatrice del giudice non consentita? A questo punto, il discorso si deve temporaneamente sdoppiare.

In materia civile, è naturalmente ammesso in via generale il ricorso all'interpretazione analogica; in particolare, qui viene in rilievo l'*analogia iuris*, cioè il ricorso ai principi generali dell'ordinamento, da cui la giurisprudenza di legittimità deriva le limitazioni della libertà individuale che abbiamo visto. Tuttavia, ciò non significa naturalmente che il ricorso all'*analogia iuris* sia di per sé sempre ammissibile.

In effetti, nel caso di specie sembra potersi ravvisare, lungi da una generalizzazione di singole ipotesi, quasi un travisamento, da parte della giurisprudenza, dei principi generali che si ricavano dagli interventi del legislatore in materia. Infatti la scelta del legislatore, maturata dopo ponderate valutazioni, di introdurre una disciplina differenziata per i consumatori implica necessariamente che, nell'intento del legislatore, questi ultimi, e non altri, sono stati ritenuti i soggetti da tutelare con una normativa speciale, che li tutelasse per il loro minor potere informativo.

Nel momento in cui considera sostanzialmente irrilevante la natura di consumatore di un soggetto per la possibilità di applicargli una disciplina di favore, e giunge a garantirgli una tutela simile a quella che compete ai consumatori, pur essendo il soggetto in questione un professionista, la giurisprudenza tradisce l'intento del legislatore, e anzi sembra perfino contraddirlo. Infatti nello stesso codice del consumo le clausole vessatorie di cui all'art. 33 (la c.d. "lista grigia") sono fatte salve se sono state oggetto di trattativa individuale (art. 34, comma 4), mentre in pronunce come quella sul recesso *ad nutum* la giurisprudenza tralascia completamente l'indagine di un aspetto importantissimo come questo: essa finisce così col tutelare un professionista assai più di quanto il codice del

(58) Corsivo aggiunto.

consumo stesso non tuteli il consumatore, così stravolgendo il disegno complessivo del legislatore, e inducendo a chiedersi quale sia a questo punto lo scopo di normative speciali come il codice del consumo.

In altri termini, quando il legislatore è intervenuto, lo ha fatto con un'azione organica, fatta di pesi e contrappesi, che prevede espressamente la possibilità di evitare l'applicazione delle misure di favore, a certe condizioni da lui stesso stabilite, e mira così a raggiungere un preciso equilibrio tra le contrapposte esigenze. Viceversa, l'intervento della giurisprudenza non contempla contromisure, con la grave conseguenza che le parti perdono la possibilità di sapere in anticipo come conformare i propri rapporti in modo da evitare che a un certo punto un giudice intervenga a stravolgerli, perché un simile intervento è sempre possibile.

In materia tributaria, la ricordata riserva di legge di cui all'art. 23, Cost. induce a dubbi ancor maggiori. L'orientamento che ricava da singole disposizioni antielusive l'esistenza di un generale principio antiabuso (59) sembra infatti compiere anch'esso un'interpretazione analogica. Tuttavia tale operazione sembra scontrarsi appunto con l'art. 23, Cost., e in effetti l'orientamento prevalente in dottrina tende a ritenere inammissibile l'interpretazione analogica delle norme tributarie c.d. impositrici (60), tanto più quando si unisce al principio dell'*in dubio pro fisco*. La Cassazione, però, è di diverso avviso, avendo, come si è visto, rigettato espressamente l'obiezione che l'interpretazione da essa accolta violasse la riserva di legge in materia fiscale di cui all'art. 23, Cost., e invece avallato la tesi che pone in capo al contribuente l'onere di provare la validità delle proprie ragioni economiche.

La giurisprudenza esaminata presta quindi il fianco a molte critiche. Ma anche ammettendo che sia pienamente legittima (61), è comunque possibile interrogarsi ulteriormente su quanto essa sia condivisibile. Nel punto finale (5.3) ci dedicheremo a questo, partendo col chiederci se la Costituzione induca a preferire opzioni interpretative vicine o lontane a questa giurisprudenza.

5.3. *Il dettato costituzionale e le opzioni di politica del diritto sullo sfondo.* — Si è visto come stiano attualmente guadagnando nuovi consensi regole operative che, indipendentemente dal formante (giurispru-

(59) Su questo aspetto, v. la ricordata Cass., 30055/08, cit., dove si legge che « non contrasta con l'individuazione nell'ordinamento di un generale principio antielusione la constatazione del sopravvenire di specifiche norme antielusive, che appaiono anzi — come questa Corte ha osservato — mero sintomo dell'esistenza di una regola generale (Cass., n. 8772/08, cit.) ».

(60) F. TESAURO, *Compendio di diritto tributario*, Torino 2007⁸, 33-35.

(61) Del resto, come spiega SACCO, *L'esercizio*, cit., 317, « in questa materia, la correlazione fra il dettato legislativo e l'insieme dei formanti giuridici può essere molto vario », con la conseguenza che « l'abuso del diritto è in larga misura il frutto dell'opera (dissociata) delle fonti che si intrecciano in un solo ordinamento » (320).

denziale o normativo-costituzionale) da cui derivano, consentono al giudice limitare molto la libertà economica, per perseguire finalità di "utilità sociale" (art. 41 Cost.), dalla tutela del contraente debole (artt. 2 e 3) alla contribuzione di tutti alle spese pubbliche (art. 53), dalla protezione del lavoratore (artt. 1 e 35 ss.) all'uso oculato del rimedio giurisdizionale (artt. 24 e 111). In questo modo, si limita considerevolmente la libertà economica, e (per quanto riguarda l'ambito contrattuale) si realizza un'assai marcata estensione orizzontale (cioè nei rapporti tra privati) dei diritti fondamentali (*Drittwirkung*) (62).

Si pone quindi questa alternativa: o la Costituzione, come sostiene la Cassazione nelle pronunce viste, induce realmente a privilegiare il perseguimento dell'interesse generale su quello particolare, ma allora va preso atto che essa conduce in questo modo a limitazioni estremamente incisive della libertà individuale e in particolare di quella economica (63); oppure, la Costituzione non esprime una preferenza in tal senso, ma allora le regole operative applicate dalla giurisprudenza vista sono frutto di una precisa scelta di politica del diritto (64), e la Costituzione viene invocata a scopo meramente "decorativo" e formale.

Tentare di dipanare i fili di questa alternativa richiederebbe tutt'altro spazio (65). In questa sede, ci si limita soltanto a ricordare, sia pur

(62) Per lo studio della *Drittwirkung*, o efficacia tra privati dei diritti fondamentali, il richiamo va a Lombardi, *Potere*, cit. (in realtà, a p. 90 ss., l'Autore spiega la differenza tra la nozione di abuso e i limiti al "potere privato", di cui si va occupando nel lavoro: « l'abuso del diritto rappresenta il più ampio *genus*, ma, in effetti l'abuso di potere privato (o, il che significa lo stesso, l'abuso di *potere di supremazia privata*) è qualcosa di diverso. Diverso, anzitutto, per la disparità sostanziale di posizioni; diverso, in secondo luogo, per il tipo di garanzia; diverso, infine, per la *sostanza pubblicistica* che questo complesso di condizioni viene ad evidenziare »).

(63) In generale sui limiti all'esercizio dei diritti, v. G. ROLLA, *La tutela costituzionale dei diritti*, Milano 2003, in particolare 25-28, nonché, per un quadro comparato, E. CECCHERINI, *I diritti umani e la tutela delle minoranze - Introduzione*, in E. PALICI DI SUNI, *Diritto costituzionale dei Paesi dell'Unione Europea*, Padova 2007, 201-218, in particolare 212 ss.

(64) Il "governo dei giudici" avverrebbe qui in senso opposto a quello descritto dal noto lavoro di E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris 1921.

(65) V. comunque le osservazioni di SACCO, *L'esercizio*, cit., 371 ss.: « La dottrina che si occupa dell'abuso ha avuto il merito di dirigere la propria attenzione sulle scorrettezze che possono commettersi in margine al mercato, soprattutto con comportamenti negativi: rifiuti di contrarre, boicottaggio, ecc. Questi atteggiamenti sono stati definiti come abusi della libertà contrattuale. A nostro giudizio, i comportamenti in questione meritano certamente una sanzione. Ma questa sanzione opera senza scomodare la dottrina dell'abuso. La costituzione it. del 1948, se il cittadino sa leggerla, insegna che l'ordine pubblico coincide, nella materia del traffico economico volto alla produzione e alla distribuzione di massa, con il funzionamento del libero mercato. Le regole del mercato comune giustificano questa medesima conclusione. Le pratiche che mettono intoppi allo svolgimento del mercato, o intralciano il libero accesso di tutti

sinteticamente, la tesi di Giovanni Bognetti secondo cui, a dispetto di un'opinione abbastanza diffusa, il fatto che nel nostro sistema costituzionale le regole operative attualmente vigenti tendano a sacrificare in modo così marcato l'interesse individuale a vantaggio del preteso interesse generale non è affatto frutto di una scelta in tal senso dei Costituenti: la Costituzione, secondo Bognetti, prevedeva un modello molto diverso, assai più rispettoso delle libertà economiche individuali, e il mutamento è avvenuto per effetto di una legislazione e di una prassi successive, contrarie a questo spirito originario del testo costituzionale, contro le quali la Corte Costituzionale non aveva gli strumenti per opporre alcuna efficace difesa (66).

Ma in ogni caso, se si ritiene anche solo che il modello disegnato dai costituenti fosse anche solo semplicemente neutrale, comunque la scelta, da parte della giurisprudenza esaminata, di invocare la Costituzione a sostegno di una delle possibili interpretazioni è un'operazione criticabile, per via dei rischi di strumentalizzare la Carta fondamentale (67).

Peraltro, oggi non si può non tenere conto delle rilevanti conseguenze che derivano dall'adesione dell'Italia all'Unione Europea: sia i Trattati sia la giurisprudenza della Corte di Giustizia impongono sì un contemperamento tra libertà economica e diritti sociali, al punto che l'art. 3, § 3 TUE parla com'è noto di « economia sociale di mercato », ma le libertà economiche restano un cardine del sistema comunitario, come confermato da due importanti pronunce della Corte del Lussemburgo del 2007, nei casi *Viking* e *Laval* (68). La giurisprudenza considerata, invece, conduce in direzione molto diversa, ponendosi dunque in tensione con il rispetto dei « vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario » (art. 117, comma 1, Cost.).

Ad ogni modo, la soluzione dell'alternativa delineata poco sopra conserva tutta la sua importanza quando ci si sposti sul piano *de iure condendo*. Infatti, chi ritenga preferibile una regola operativa diversa, più favorevole alla libertà economica e contraria in via generale alle sue limitazioni, avrà davanti il seguente bivio: se ritiene che effettivamente la Costituzione induca a preferire un modello interventista, non potrà che invocarne la modifica (avente ad oggetto necessariamente la parte prima

al mercato, sono in contrasto con l'ordine pubblico. [...] Tutto ciò spiega la sanzione senza bisogno di chiamare in causa la dottrina del divieto d'abuso ».

(66) G. BOGNETTI, *Costituzione economica e Corte Costituzionale*, Milano 1983, spec. 251-264.

(67) A questo proposito, è interessante questa affermazione di U. MATTEI, *La proprietà*, in SACCO (dir. da), *Trattato*, cit., 261-262: « non occorre un appiglio normativo (tanto più se labile come quello dell'833 c.c.), per sostenere che il divieto di abuso è una regola e non un'eccezione. Non serve affannarsi a ricercare nella Costituzione la base per estendere analogicamente l'art. 833 c.c., sottraendolo all'alveo dell'aemulatio ».

(68) Rispettivamente, CGCE, 11 dicembre 2007, C-438/2005, *Viking Line Abp* e 18 dicembre 2007, C-341/2005, *Laval un Partneri Ltd.*

e in particolare la c.d. costituzione economica). Altrimenti, se ritiene che la Costituzione non imponga tale modello, ma che sia aperta a soluzioni anche molto garantiste per la libertà individuale, allora le obiezioni che il non-interventista dovrà rivolgere all'orientamento giurisprudenziale esaminato si giocheranno tutte sul piano dei principi e delle opzioni di valore.

Si rivela quindi necessario "scendere" sul piano dello "scopo del diritto", del ruolo attribuito allo Stato, della misura che si ritiene accettabile del suo intervento nell'economia. In altri termini, si tratta di esplicitare se si ritenga preferibile l'approccio secondo cui, smithianamente, l'interesse generale è meglio perseguito dalla libertà di ciascuno di perseguire il proprio interesse privato, perché nel perseguire il proprio interesse gli individui (e le imprese) saranno spontaneamente indotti a soddisfare nel miglior modo possibile le preferenze altrui (è questa la ben nota "mano invisibile"), o al converso l'indirizzo rousseauviano secondo cui il libero perseguimento, da parte dei singoli, dei propri interessi privati non può che andare a detrimento dell'interesse collettivo, e pertanto occorre farsi carico di frenare i primi e privilegiare il secondo.

Dietro alla disciplina di questa materia, vi è dunque in gioco il tipo di assetto socio-economico che un ordinamento si vuol dare (69): da un lato, avremo un sistema che subordina la possibilità di perseguimento dell'interesse individuale a quella della salvaguardia dell'interesse collettivo; che quindi funzionalizza (70) i diritti alla loro utilità sociale, o in

(69) Cfr. G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2004, 25-60, in particolare 28, secondo cui « la discussione dogmatica sull'abuso del diritto ha chiamato a raccolta argomenti [...] fondamentali relativi al modo di concepire la giustificazione filosofico-politica dell'organizzazione giuridica ».

(70) La dottrina della funzionalizzazione dei diritti prese avvio con Josserand (v. l'opera *De l'abus des droits*, Paris 1905), e soprattutto Duguit (di cui v. in particolare *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris 1920²). V. assai più ampiamente i riferimenti in SACCO, *L'esercizio*, cit., 309-310, nt. 1.

Di "funzione sociale" parlò poi la Costituzione di Weimar, il cui art. 153, comma 3 stabiliva peraltro che l'uso della proprietà « oltre che al privato, deve essere rivolto al bene comune » (v. G. ALPA, M. BESSONE, *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, vol. II, *Storia, funzione sociale, pubblici interventi*, Padova 1980, 92-100, in particolare 96; v. anche il capitolo secondo, *La funzione sociale della proprietà*, 171-250).

La funzionalizzazione dei diritti (di tutti i diritti, non solo di quelli sociali) fu in seguito accolta dalle Costituzioni sovietiche del 1936 (artt. 125 e 126) e del 1977 (artt. 39, 47, 50 e 51) (in generale su entrambe, v. F. LANCHESTER, *I doveri nel diritto costituzionale comparato*, relazione al convegno internazionale svoltosi a Messina il 5 e 6 dicembre 2008, *Pour un équilibre entre droits de l'homme et devoirs de l'homme*, disponibile su www.parlalea.it; in particolare sulla prima, v. altresì T. TOWE, *Fundamental Rights in the Soviet Union: A Comparative Approach*, 115 *U. Penn. L. Rev.* 1251-1274 (1967), in particolare 1267-1268). Al riguardo, SACCO, *L'esercizio*, cit., 360 osserva peraltro che « la teoria dell'abuso non è sempre al servizio del debole. Nei sistemi socialisti il divieto d'abuso era volto a rendere più feroce la sopraffazione dei politici a carico dei diritti dei cittadini ».

Infine, la funzionalizzazione caratterizza anche la celebre concezione di causa

altri termini fa prevalere l'interesse generale; inevitabilmente identificato con quello dello Stato, sugli interessi dei singoli, ricavandone tra le altre cose l'accettabilità del principio *in dubio pro fisco*; un sistema che limita le situazioni giuridiche soggettive in nome di interessi ritenuti più elevati (71) e dell'esigenza di "moralizzazione del diritto" (72), e che ammette la sindacabilità giurisdizionale dei fini con cui un'azione umana è compiuta.

Dall'altro lato, avremo invece un sistema che, nei rapporti tra l'individuo e lo Stato, dà la preminenza al primo; che quindi rigetta l'*in dubio pro fisco* e accoglie sempre l'opposto canone *in dubio contra fiscum*, e mantiene fermo non solo il principio di libertà per cui tutto ciò che non è espressamente vietato è da considerarsi lecito, ma anche, con Constant, il fatto che vi sono ampie sfere in cui la legge non può comunque andare, sfere di comportamenti non vietati ma neppure ipoteticamente "vietabili"; un sistema, infine, che ritiene, con Hayek, che « lo scopo del diritto non è di essere un mezzo per ogni scopo, ma solo di essere una condizione per l'efficace perseguimento della maggior parte degli scopi individuali » (73), per cui l'idea che il legislatore o i giudici possano sindacare i fini

come "funzione economico-sociale" del contratto, formulata da EMILIO BETTI (v. *Teoria generale del negozio giuridico*, in F. Vassalli (a cura di), *Trattato di diritto civile italiano*, vol. 15, tomo 2, Torino 1943¹, in particolare il capitolo terzo *Funzione del negozio giuridico*, 111-139, e specialmente 119).

(71) Cfr. a questo proposito le osservazioni di PATTI, *Abuso*, cit., 8: « L'abuso è stato [...] lo strumento che ha consentito una progressiva erosione del principio, su cui sono stati costruiti gli ordinamenti borghesi, della assoluta discrezionalità e della immunità da ogni forma di controllo degli atti compiuti in nome della libertà e della autonomia privati. Nel corso del nostro secolo, soprattutto in Germania, esso ha consentito il passaggio da una « morale dell'economia » di stampo liberale ad una di tipo sociale. [...] L'etica liberale dello stato borghese viene rimpiazzata da una morale proletaria di stampo naturalistico: il principio dell'abuso sopravvive così al mutare delle ideologie e costituisce in tal senso un elemento di continuità nello sviluppo degli ordinamenti giuridici europei ».

(72) Cfr. RESCIGNO, *L'abuso*, cit., 148: « Che il divieto dell'abuso riesca ad eliminare ogni forma d'immoralità o di arbitrio o di menzogna nei rapporti giuridici privati è, d'altra parte, una illusione che nemmeno i primi "inventori" della formula nutrirono; ed è un'illusione che il divieto dell'abuso basti a moralizzare il diritto. Ma la formula può servire, e si è rivelata uno strumento duttile e prezioso, almeno là dove arbitrio, anormalità, offesa al comune sentimento siano un fenomeno non più individuale, ma di classi o di gruppi o di concentrazione del potere ». Quanto alla "moralizzazione del diritto", SACCO, *L'esercizio*, cit., mette in guardia contro il rischio che il legislatore finisca col perseguire « auspici politici caramellosi, auspicanti una società più redenta, più umana e più solidarista » (317); l'Autore riprende più avanti la metafora osservando che « l'illuminismo giuridico, o almeno una parte di esso, mosse obiezioni alla costruzione [dell'abuso del diritto], sospettata di ispirarsi ad un moralismo dolcissimo poco razionale » (336).

(73) F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà* [tr. it. Milano 1986], vol. I, 142. Cfr. anche, tra tanti, il seguente passo del vol. II, 338: « Lo scopo dell'interferenza consiste [...] nell'ottenere un dato risultato diverso da quello che si sarebbe pro-

delle azioni umane, e discriminare tra fini ammessi e fini vietati, è da respingere non solo perché aumenta l'incertezza del diritto e quindi va a scapito dell'efficienza economica, ma anche e prima di tutto sul piano dei principi, perché non si ritiene accettabile che qualcuno possa imporre agli altri la propria unilaterale visione di quali fini siano legittimamente perseguibili e quali no.

Sotto un altro punto di vista, si fronteggiano qui anche due diverse visioni degli scopi economici legittimamente perseguibili dal privato e dall'impresa, e più generale della funzione stessa di quest'ultima: se si ritiene che il suo scopo sia esclusivamente o comunque prioritariamente produrre profitto, e pertanto sia suo obiettivo primario massimizzare le entrate e ridurre qualunque esborso, anche e prima di tutto fiscale, lo slittamento giurisprudenziale che si è descritto non può essere ritenuto ammissibile, anche per via dell'inevitabile rischio, aprendo la porta a simili considerazioni, di dare avvio ad un processo inarrestabile, di cui è impossibile prevedere i confini e gli esiti ultimi (74). Se, invece, si ritiene che scopo dell'impresa (di ogni impresa, non solo quelle che scelgono di definirsi "sociali" rinunciando allo scopo di lucro, come quelle discipli-

dotto se si fosse permesso al meccanismo di seguire in modo inalterato i suoi principi intrinseci. [...] [E] sempre un atto ingiusto l'imporre degli obblighi a qualcuno (generalmente a favore di un terzo) là dove un altro non sarebbe obbligato, e per scopi che non sono i suoi propri. Si tratta inoltre di un atto che sempre distrugge l'ordine globale e che impedisce quel reciproco adeguamento delle parti sul quale si basa un ordine spontaneo. Esso avviene impedendo a coloro a cui sono diretti i comandi specifici di adeguare le loro azioni a circostanze a loro conosciute, facendo loro servire fini particolari che altri non saranno obbligati a servire, fini soddisfatti soltanto a prezzo di alcuni effetti imprevedibili. Ogni atto d'interferenza crea quindi un privilegio nel senso che assicura benefici ad alcuni a spese di altri, in modo ingiustificabile in base ai principi generalmente applicabili ».

Di Hayek è particolarmente opportuno ricordare, in questa sede, anche il monito contro l'*abuso della ragione*, cioè contro gli eccessi del "razionalismo costruttivistico". In quest'ottica, si è appunto cercato di mettere in evidenza come la giurisprudenza rischi a sua volta di *abusare della razionale* dottrina dell'abuso, con una conseguente forte limitazione della libertà individuale. Il titolo di un'altra celebre opera di HAYEK, *The Road to Serfdom*, è particolarmente eloquente circa i rischi cui, secondo la sua impostazione, simili operazioni condurrebbero.

(74) Un esempio di questo "piano inclinato interpretativo" è Comm. Trib. Milano, sez. 20, 7 aprile 2009, n. 118, che ha negato i benefici prima casa a un soggetto in possesso di tutti i requisiti di legge al momento dell'acquisto, il quale però aveva poco prima venduto ai propri figli il 10% di altre due altre abitazioni di cui era proprietario nello stesso Comune (in modo da non risultare proprietario esclusivo di altre abitazioni nello stesso Comune). Questa comunissima operazione è stata ritenuta un abuso del diritto, in violazione della regola « non scritta che non si possano utilizzare gli strumenti giuridici leciti offerti dall'ordinamento per una causa diversa da quella per la quale lo strumento era stato concepito e per ottenere dei vantaggi che l'ordinamento non intendeva offrire o addirittura vietare. La regola parte dalla Costituzione che impone ad ogni cittadino il dovere di solidarietà economica e sociale, l'iniziativa economica improntata all'utilità comune, il dovere di ciascuno di contribuire ai costi della spesa pubblica (artt. 2, 41, 53) ».

nate dal d.lgs. 155/06) sia perseguire l'utilità sociale e il benessere collettivo, il tentativo di un'impresa di approfittare di un contratto favorevole o di ridurre il proprio carico fiscale non deve essere considerato ammissibile perché incompatibile con il perseguimento prioritario di queste esigenze, e di conseguenza non si può che accogliere favorevolmente la giurisprudenza in questione.

Sempre in campo societario, è possibile poi un'ulteriore considerazione: se si impone ad un'impresa di non approfittare di un contratto favorevole o di rinunciare a un possibile risparmio d'imposta lecito in nome del benessere collettivo, allora bisognerebbe coordinare con questo principio le regole e i criteri della responsabilità degli amministratori, modificandole adeguatamente. Sarebbe infatti contraddittorio continuare ad attribuire loro il compito di massimizzare l'interesse della società, così perseguendo in via prioritaria l'interesse dei soci (e dei creditori), secondo il modello che attualmente risulta dagli artt. 2392 ss. c.c., ma al contempo imporre loro in molti casi di sacrificare questo interesse.

Le varie accezioni di questa dicotomia attraversano secoli di pensiero politico, filosofico e giuridico. Le Costituzioni stesse fanno sempre delle scelte che si collocano più vicino all'uno o all'altro polo, e così la giurisprudenza che le fa vivere. Non sempre tali scelte collimano, e le manifestazioni di scollamento tra le scelte dei costituenti e quelle della giurisprudenza sono sempre un fatto degno di interesse per l'interprete. Sono meritevoli della massima attenzione, poi, quando, come nei casi esaminati, si ritiene che, ove la giurisprudenza perseveri in un orientamento di netto favore per uno dei poli dell'alternativa, nonostante la neutralità della Costituzione o addirittura il favore per un modello opposto, le conseguenze sulla tutela dei valori riconducibili all'altro polo, *in primis* la libertà individuale e d'iniziativa economica, potrebbero essere davvero molto pesanti.

RICCARDO DE CARIA