

Principio generale di divieto di esercizio del diritto in modo abusivo ed elementi costitutivi dell'abuso

Tribunale di Reggio Emilia. 16 giugno 2015. Giudice Morlini.

**Abuso del diritto - assenza di previsione generale codicistica -
esistenza di specifiche disposizioni - configurabilità comunque
di un principio generale - sussiste**

**Abuso del diritto - alterazione della funzione oggettiva dell'atto
- violazione della buona fede oggettiva - sussiste**

Abuso del diritto- elementi costitutivi

Pur se il codice civile non contiene una previsione generale di divieto di esercizio del diritto in modo abusivo, ma solo specifiche disposizioni in cui viene sanzionato l'abuso con riferimento all'esercizio di determinate posizioni soggettive, da tali singole ipotesi può enuclearsi un principio generale di divieto di esercizio del diritto in modo abusivo.

Si ha abuso del diritto in tutti quei casi in cui si verifica un'alterazione della funzione obbiettiva dell'atto rispetto al potere di autonomia che lo configura, o perché si registra un'alterazione del fattore causale, o perché si realizza una condotta contraria alla buona fede ovvero comunque lesiva della buona fede altrui.

Gli elementi costitutivi dell'abuso sono tre: la titolarità di un diritto soggettivo, con possibilità di un suo utilizzo secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; l'esercizio concreto del diritto in modo rispettoso della cornice attributiva, ma censurabile rispetto ad un criterio di valutazione giuridico od extragiuridico; la verifica, a causa di tale modalità di utilizzo, di una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare ed il sacrificio cui è costretta la controparte.

(Massima a cura di Gianluigi Morlini - Riproduzione riservata)

Fatto

Con la presente procedura, La Br. s.n.c. propone opposizione avverso un precetto intimato da Ag. Francesco, sul presupposto che il titolo esecutivo alla base del precetto è stato ottenuto nei confronti del diverso soggetto giuridico La Br. s.r.l.; che La Br. s.n.c., prima della formazione del titolo esecutivo, ha acquistato l'azienda da La Br. s.r.l., ma, trattandosi di cessione d'azienda e non già di successione nel diritto controverso, il titolo esecutivo non può essere opposto alla cessionaria ex art. 111 comma 4 c.p.c.; che parimenti inapplicabile è l'estensione di responsabilità a carico del cessionario prevista dall'articolo 2560 comma 2 c.c., atteso che

il debito non risulta dai libri contabili. Pertanto e sulla base di tale narrativa, l'opponente domanda l'annullamento del precetto.

Costituendosi in giudizio, resiste Ag., deducendo l'esistenza di un raggirio ai suoi danni ad opera di controparte ed invocando, *ex aliis*, la tematica dell'abuso del diritto.

Esperito senza esito il tentativo di conciliazione, la causa, di natura prettamente documentale, è trattenuta in decisione sulla base della documentazione agli atti e senza necessità di svolgere attività istruttoria, peraltro nemmeno richiesta dalle parti.

Diritto

a) I fatti rilevanti ai fini della decisione, incontestati e provati *per tabulas*, sono i seguenti:

- a seguito di una controversia giurisdizionale iniziata nel 2009, con sentenza del 2013 il dottor Ag. ha ottenuto un titolo esecutivo giudiziale nei confronti di La Br. s.r.l. per il pagamento di compensi professionali;
- nel corso della controversia, La Br. s.r.l. ha interamente ceduto la propria azienda, comprensiva di ogni cespite ed attività, a La Br. s.n.c. di Lo C. L. e S., società all'uopo costituita;
- appena operata la cessione, la s.r.l. è stata posta in liquidazione, mentre la s.n.c. ha proseguito nella medesima attività commerciale in precedenza esercitata dalla s.r.l.;
- le due società hanno compagine sociale quasi identica e comunque sovrapponibile, atteso che la s.r.l. vedeva come socie le tre sorelle L. S. e C. Lo C., mentre la s.n.c. è composta da L. e S. Lo C.; ed atteso altresì che L. Lo C. era amministratrice della s.r.l. e S. Lo C. liquidatrice, mentre entrambe le sorelle sono poi divenute amministratrici della s.n.c.

b) Sulla base di quanto sopra, deve darsi atto alla difesa di parte opponente che non si è in presenza di una successione a titolo particolare nel diritto controverso, bensì di una cessione d'azienda, di talché la sentenza pronunciata nei confronti di La Br. s.r.l. non esplica in via diretta i suoi effetti nei confronti di La Br. s.n.c. ai sensi dell'articolo 111 comma 4 c.p.c., norma appunto dettata in tema di successione nel diritto e non già in tema di cessione d'azienda.

Parimenti, La Br. s.n.c. non può essere chiamata rispondere in via diretta del debito del cedente *ex art. 2560 comma 2 c.c.*, norma astrattamente applicabile alla cessione d'azienda, ma in concreto inapplicabile poiché non risulta integrato il necessario presupposto fattuale, e cioè che il debito per cui è causa risulta dai libri contabili obbligatori.

c) Tuttavia, l'opponente La Br. s.n.c. deve comunque essere chiamata a rispondere del debito contratto dalla cedente La Br. s.r.l. nei confronti di Ag., sulla base della teorica dell'abuso del diritto, essendo stata posta in essere una operazione societaria esclusivamente finalizzata all'elusione della pretesa creditoria di Ag. stesso.

Sul punto, deve innanzitutto osservarsi che il nostro codice civile, a differenza di altri sistemi codicistici europei, non contiene una previsione generale di divieto di esercizio del diritto in modo abusivo, ma solo specifiche disposizioni in cui viene sanzionato l'abuso con riferimento all'esercizio di determinate posizioni soggettive.

La principale di queste fattispecie è certamente quella del divieto di atti emulativi di cui all'art. 833 c.c., che la dottrina, estendendo il dato meramente letterale, riferisce non solo alla proprietà, ma anche a tutti i diritti reali di godimento.

Pur se è la principale, quella dell'art. 833 c.c. non è l'unica ipotesi inquadrata nella categoria del divieto di abuso del diritto.

Altri casi sono infatti sicuramente quelli della minaccia di far valere un diritto (art. 1438 c.c.), del divieto di concorrenza sleale (art. 2598 c.c.), del divieto per il proprietario del suolo di impedire attività che si svolgano ad altezza o profondità tali per le quali non vi è interesse ad escluderle (art. 840, comma 3, c.c.), dell'obbligo di accettare immissioni che non eccedano la normale tollerabilità (art. 844, comma 1, c.c.), dell'abuso dei poteri del genitore (art. 330 c.c.), dell'abuso dell'usufruttuario e del creditore pignoratizio (artt. 1015 e 2793 c.c.).

Inoltre, vi sono situazioni specificamente disciplinate che rappresentano indici normativi per dimostrare la sensibilità del diritto vigente al problema dell'abuso: art. 1447 c.c. sul contratto concluso in stato di pericolo; art. 1448 c.c. sulla rescissione per lesione; art. 1328 c.c. sulla revoca dell'accettazione nel caso di inizio in buona fede dell'esecuzione del contratto; art. 81 c.c. sul risarcimento del danno seguente alla rottura della promessa di matrimonio; art. 1341 c.c. sulle clausole vessatorie.

Ribadito allora che manca nell'ordinamento civilistico una generale previsione normativa di divieto di abuso del diritto, essendo disciplinate solo specifiche ipotesi di abuso, sorge in tutta evidenza il problema di comprendere se da tali singole ipotesi possa o meno enuclearsi una categoria generale che fondi il principio generale di divieto di esercizio del diritto in modo abusivo e preveda che il diritto soggettivo cessi di ricevere tutela, laddove sia esercitato per una finalità che ecceda i limiti stabiliti dalla legge.

In sostanza, ci si chiede se possano essere colpiti quei comportamenti che, pur integrando formalmente gli estremi dell'esercizio di un diritto, sulla base di criteri non formali ed alla luce di circostanze concrete, debbano ritenersi privi di tutela o addirittura illeciti.

A tale quesito la Dottrina ormai nettamente maggioritaria offre una risposta positiva.

Nessun diritto, si argomenta, può infatti considerarsi illimitato, ed occorre allora reprimere quei comportamenti che sono abusivi pur non rientrando in precisi schemi normativi esistenti, posto che *non omne quod licet honestum est*.

In sostanza, sin dalla fine degli anni Cinquanta, si è consolidato il passaggio della figura dell'abuso del diritto, dall'area del metagiuridico e sociale dei valori etico-morali, all'area della vera e propria giuridicità.

Ciò si deve agli studi di insigni giuristi, i quali hanno evidenziato come di abuso può parlarsi in tutti quei casi in cui si verifica un'alterazione della funzione obbiettiva dell'atto rispetto al potere di autonomia che lo configura, o perché si registra un'alterazione del fattore causale, o perché si realizza una condotta contraria alla buona fede ovvero comunque lesiva della buona fede altrui.

In sostanza, l'abuso del diritto è correlato o a un'alterazione, nel caso concreto, della funzione causale posta dall'ordinamento a presidio della fattispecie; o alla violazione del dovere di buona fede. Analogamente, la giurisprudenza, collegando la tematica dell'abuso a quella del dovere di agire secondo buona fede oggettiva, riconosce oggi un principio generale di divieto di abuso del diritto, non accordando tutela a quei comportamenti in contrasto con tale precetto (tra le più recenti, cfr. Cass. n. 10568/2013, Cass. n. 17642/2012, Cass. n. 13208/2010, Cass. n. 20106/2009), ritenendo che la fattispecie si verifichi allorché *“l'esercizio del diritto da parte del titolare si esplicita attraverso l'uso abnorme delle relative facoltà ed è indirizzato a un fine diverso da quello tutelato dalla norma”* (massima consolidata sin da Cass. n. 9501/1995).

E' infatti noto che il principio di buona fede permea tutta la disciplina della materia contrattuale, tanto da essere definito in dottrina come un principio supernormativo, teso a rettificare rapporti interpretativistici caratterizzati da irragionevolezza.

Intesa come requisito della condotta, la buona fede costituisce infatti uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni e forma oggetto di un vero e proprio dovere giuridico: tale dovere viene violato non solo nel caso in cui una delle parti abbia agito col proposito di recare pregiudizio all'altra, ma anche per il solo fatto che il comportamento da essa tenuto non sia risultato oggettivamente rispettoso della posizione di controparte.

La buona fede assume in questo campo il significato oggettivo di correttezza e lealtà, divergendo quindi nettamente dallo stato soggettivo di buona fede in materia di possesso, di invalidità del contratto e di simulazione: qui si esprime il dovere di comportarsi secondo correttezza e lealtà; là si indica lo stato soggettivo di ignoranza di ledere l'altrui diritto (cfr. art. 1147 c.c.).

La funzione della buona fede contrattuale, come d'altronde quella della correttezza dell'art. 1175 c.c. (che vale per tutte le obbligazioni e non solo per le obbligazioni da contratto), è allora quella di colmare le inevitabili lacune legislative che un sistema può avere e di funzionare quindi come norma di chiusura del sistema stesso.

La legge prevede infatti solo le situazioni più frequenti, ed i principi di buona fede e correttezza sono così clausole generali, inderogabili norme di ordine pubblico che consentono di identificare, nel caso

concreto, nuovi divieti e nuovi obblighi idonei a meglio connotare la situazione delle parti.

Pur se per anni la giurisprudenza ha utilizzato con cautela il principio di buona fede, più di recente l'orientamento appare mutato.

Spiega infatti la Suprema Corte (*ex pluribus* e solo tra le più recenti, cfr. Cass. n. 22819/2010, Cass. n. 10182/2009, Cass. n. 5348/2009, Cass. n. 1618/2009, Cass. n. 28056/2008, Cass. n. 24733/2008, Cass. n. 21250/2008, Cass. n. 15476/2008) che si tratta di non disattendere quel dovere di solidarietà costituzionalizzato dall'art. 2 Cost. che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto (art. 1374 c.c.), orienta l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375 c.c.), nel rispetto del principio per il quale ciascun contraente è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro se ciò non comporta un apprezzabile sacrificio del proprio interesse.

Detto dell'intrinseco legame tra dovere di buona fede e divieto di abuso del diritto, quest'ultima figura è stata in particolare in giurisprudenza utilizzata, oltre che nella contrattualistica (cfr. Cass. n. 20106/2009 per un caso di abusivo recesso contrattuale *ad nutum* e Cass. n. 13208/2010 per l'abuso dell'azione di risoluzione per inadempimento), soprattutto in materia societaria (*ex pluribus*, cfr. Cass. n. 13642/2013, Cass. n. 29776/2008, Cass. n. 27387/2005, Cass. n. 9353/2003), bancaria, spesso con riferimento all'arbitrario recesso dal contratto di apertura del credito (Cass. n. 18947/2005, Cass. n. 2642/2003, Cass. n. 9321/2000, Cass. n. 4583/1997) e tributaria (tra le tante, cfr. Cass. n. 17965/2013, Cass. n. 6835/2013, Cass. n. 12249/2010, Cass. Sez. Un. n. 15029/2009, Cass. Sez. Un. n. 30055-6-7/2008), per colpire comportamenti abusivi, nel senso di comportamenti preordinati a raggiungere fini diversi ed ulteriori rispetto a quelli tutelati dall'ordinamento.

Un'interessante applicazione del principio è poi data anche da Cass. Sez. Un. n. 26617/2007 (conforme la successiva Cass. n. 17954/2008), secondo la quale, anche nelle obbligazioni pecuniarie di importo inferiore ad € 12.500 e nelle quali non è imposta per legge una modalità di pagamento diversa dal contante, il pagamento in assegno circolare, in deroga al principio nominalistico di cui all'art. 1277 c.c., può essere rifiutato dal creditore solo per giustificato motivo da valutare secondo la regola della correttezza e della buona fede oggettiva.

Gli elementi costitutivi dell'abuso sono allora tre: la titolarità di un diritto soggettivo, con possibilità di un suo utilizzo secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; l'esercizio concreto del diritto in modo rispettoso della cornice attributiva, ma censurabile rispetto ad un criterio di valutazione giuridico od extragiuridico; la verifica, a causa di tale modalità di utilizzo, di una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare ed il sacrificio cui è costretta la controparte (Cass. n. 20106/2009).

Sotto questo profilo, l'abuso del diritto viene inteso come un principio generale dell'ordinamento, in quanto "*criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva*" (sempre Cass. n. 20106/2009).

d) Quanto sopra offre le coordinate per risolvere, in senso favorevole all'opposto, il caso che qui occupa.

Va infatti evidenziato che l'operazione economico-giuridica posta in essere da La Br. s.r.l. – *id est* la cessione dell'intera azienda ad una società di neo costituzione avente una compagine sociale quasi identica alla propria, con contestuale messa in liquidazione della cedente e prosecuzione della medesima attività da parte della cessionaria, il tutto nel corso di un processo che ha visto la cedente stessa essere condannata al pagamento di una somma a favore di Ag. - appare operazione oggettivamente e sostanzialmente volta a rendere concretamente inesigibile il credito di Ag. stesso, e ad eludere quindi le sue ragioni creditorie.

Infatti, il titolo esecutivo del creditore è così divenuto opponibile solo nei confronti di una società non più esistente e svuotata da ogni patrimonio; ed inopponibile invece alla società sostanzialmente avente causa dalla prima, che con il suo patrimonio ne ha continuato l'attività.

Né può essere accolta l'obiezione di parte opponente, secondo la quale l'operazione era finalizzata ad una riduzione dei costi amministrativi e fiscali e ad una migliore economia di gestione societaria.

Sul punto, è infatti facile replicare che il medesimo risultato sarebbe stato raggiunto con una trasformazione societaria *ex art. 2500 sexies c.p.c.*; ed anzi, il fatto di avere mantenuto esistenti due società sostanzialmente coincidenti, sia pure per il solo periodo necessario alla liquidazione della prima, ha comportato un aumento di costi fiscali e amministrativi, per un verso del tutto inutili e per un altro verso inspiegabili se riferiti alla dedotta volontà di riduzione dei costi.

L'operazione eseguita di cessione dell'intero patrimonio ad una società neocostituita con compagine sociale sostanzialmente identica, si spiega quindi non già con la volontà di una trasformazione societaria, quanto piuttosto con la volontà di rendere la nuova società, in prosecuzione della precedente, impermeabile rispetto alla situazione debitoria pregressa.

Trattasi quindi, in conclusione, di un caso di abuso del diritto, tenuto conto del fatto che, in violazione del principio di buona fede, la cessione d'azienda è stata effettuata per un fine diverso da quello tutelato dalla norma e quindi con violazione della causa concreta del negozio.

Discende che non può essere accordata tutela al comportamento posto in essere, ciò che comporta l'infondatezza dell'opposizione.

e) In ragione di tutto quanto sopra, l'opposizione a precetto va rigettata.

Non vi sono motivi per derogare ai principi generali codificati dall'art. 91 c.p.c. in tema di spese di lite, che, liquidate come da dispositivo con riferimento al D.M. n. 55/2014, norma da utilizzare per tutte le liquidazioni successive alla sua entrata in vigore del 3/4/2014, così come previsto dall'art. 28 (cfr. anche la giurisprudenza consolidata di Cass. Sez. Un. nn. 17405-6/2012, Cass. nn. 18473/2012, 18551/2012, 18920/2012, ritenuta costituzionalmente non illegittima da Corte Cost. ord. n. 261/2013, formatasi sotto il vigore del precedente DM n. 140/2012 ma sicuramente applicabile anche al successivo DM 55/2014), sono quindi poste a carico della soccombente parte opponente ed a favore della vittoriosa parte opposta, tenendo a mente un valore prossimo a quelli medi per ciascuna delle quattro fasi di studio, di introduzione, istruttoria e decisoria, nell'ambito dello scaglione entro il quale è racchiuso il *decisum* di causa.

P.Q.M.

il Tribunale di Reggio Emilia in composizione monocratica definitivamente pronunciando, nel contraddittorio tra le parti, ogni diversa istanza disattesa

- rigetta l'opposizione a precetto, dichiarando che l'opposto ha diritto di agire esecutivamente per la somma precettata;
- condanna La Br. s.n.c. di Lo C. L. e S. a rifondere a Ag. Francesco le spese di lite del presente giudizio, che liquida in € 4.000 per compensi, oltre IVA, CPA e rimborso spese forfettarie come per legge.