

NUMERO 3 - 2014

# GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA  
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



**ESTRATTO:**

Luciano Panzani

ABUSO DEL DIRITTO. PROFILI DI DIRITTO COMPARATO CON  
PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLA DISCIPLINA DELL'INSOLVENZA  
TRANSFRONTALIERA



GIUFFRÈ EDITORE

# Indice

---

*Gli Autori di questo fascicolo* . . . . . p.626

**FABRIZIO MARINELLI**

*Il mugnaio di Sans-souci. La storia come metodo nell'interpretazione giuridica* . . . p.629

**GIUSEPPE CONTE**

*Il linguaggio giuridico forense: forma stile funzione* . . . . . p.647

**ENRICO SCODITTI**

*Ontologia della motivazione semplificata* . . . . . p.677

**LUCIANO PANZANI**

*Abuso del diritto. Profili di diritto comparato con particolare riferimento alla disciplina dell'insolvenza transfrontaliera* . . . . . p.693

**MASSIMO RUBINO DE RITIS**

*Il finanziamento dei soci alle imprese in crisi tra postergazione e prededuzione del credito* . . . . . p.741

**ANDREA MARIA AZZARO**

*Cessione d'azienda frazionata nel conferimento d'azienda e successiva cessione di quote nella conferitaria* . . . . . p.771

**FRANCESCO MACARIO**

*Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi* . . . . . p.825

**MARCELLO MAGGIOLO**

*Presupposizione e premesse del contratto* . . . . . p.867

**FRANCESCO GAMBINO**

*L'usura «sopravvenuta» e l'indigenza del dato positivo* . . . . . p.885

**JOSÉ MANUEL DE TORRES PEREA**

*Damage claims between family members in Spanish case law* . . . . . p.901

## Abuso del diritto. Profili di diritto comparato con particolare riferimento alla disciplina dell'insolvenza transfrontaliera

---

L'A. rileva che storicamente la nozione di abuso del diritto deriva dalla romana *aemulatio* e viene recepita nella disciplina dei principali ordinamenti europei o in forze di espresse norme di legge o, come nel caso della Francia, tramite l'elaborazione giurisprudenziale. All'analisi comparatistica le varie ipotesi legislativamente disciplinate possono essere riportate a due diversi archetipi: il divieto di nuocere ad altri senza motivo, che in Italia ha dato luogo al divieto di atti emulativi previsto dall'art. 833 c.c., e l'esercizio di un diritto per un fine diverso da quello per cui esso è stato riconosciuto. Per contro Regno Unito e Stati Uniti, con alcune eccezioni, non conoscono la nozione di abuso del diritto, anche se varie fattispecie potrebbero essere ricondotte da un giurista continentale in tale categoria. Venendo specificamente alla disciplina dell'insolvenza transfrontaliera in Europa l'A. analizza le ipotesi di *forum shopping* che hanno consentito e consentono tuttora, nonostante il processo in corso di revisione del Regolamento CE n. 1346 del 2000 il trasferimento del *COMI* in un altro Paese al fine di beneficiare di condizioni più favorevoli per far luogo alla ristrutturazione dell'impresa ed alla composizione con i creditori. Nonostante il

netto sfavore del Regolamento CE n. 1346 del 2000 per il *forum shopping*, parte della dottrina ritiene che esso sia, almeno in parte compatibile con la disciplina comunitaria e non violi il divieto di abuso del diritto, che esiste anche a livello europeo. Sulla base di queste premesse l'A. individua i casi in cui il trasferimento del *COMI* potrebbe dar luogo a violazione del divieto di abuso del diritto.

*The A. notes that historically the concept of abuse of law derived from Roman aemulatio and has been implemented in the discipline of the major European legal systems through express provisions of law or, as in the case of France, through the development of case law. Comparative analysis of the various hypotheses may be reported to two different archetypes: the prohibition to harm the others for no reason, which in Italy has led to the prohibition of emulative acts (art. 833 c.c.), and the exercise of a right to a purpose other than that for which it was recognized. By contrast the United Kingdom and the United States, with some exceptions, don't recognize the concept of abuse of rights, though various cases could be traced by a continental jurist in this category. Coming specifically to the discipline of cross-border insolvency in Europe A. analyzes the possibility of forum shopping, which allowed in the past and still permits, notwithstanding the ongoing process of revision of the Regulations 1346/2000, the transfer of the COMI in another country in order to benefit from more favourable conditions for the restructuring of the company and the composition with creditors. Despite the clear detriment of the Regulations 1346/2000 for forum shopping, the doctrine considers that it is, at least partially, compatible with European Union law and does not violate the prohibition of abuse of rights, which also exists at the European level. On the basis of these premises, the A. identifies cases in which the transfer of the COMI could lead to violation of the prohibition of abuse of right.*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Profili storici. – 3. L'esperienza dei principali ordinamenti stranieri. – 4. L'abuso del diritto nella disciplina dell'insolvenza transfrontaliera. – 5. L'abuso del diritto nel trasferimento del *COMI*. Casi pratici. – 6. La revisione del Regolamento CE n. 1346 del 2000.

## 1. - Introduzione.

Rodolfo Sacco nella voce “Abuso del diritto” sul Digesto <sup>1</sup> osserva che da più di un secolo è stata formulata l'ipotesi che taluni atti di esercizio di diritti, in ragione del modo come l'esercizio si svolge, costituiscano abuso del diritto; che gli abusi di diritti meritino il trattamento dei comportamenti illeciti; e che perciò se sono comportamenti materiali siano fonte di responsabilità extracontrattuale, e se sono atti negoziali siano colpiti da nullità. Tuttavia sul piano della logica giuridica, qualsiasi condotta illecita e perciò collegata ad una responsabilità e qualsiasi atto negoziale illecito e perciò nullo non costituiscono già l'abuso di un diritto, ma sono semplicemente comportamenti condannati dal diritto, da considerarsi, per coerenza, estranei ad ogni ambito di esercizio di un diritto soggettivo. In sintesi «Abusare, approfittare e termini consimili implicano: che sussista una circostanza fattuale oggettiva potenzialmente favorevole all'operatore; che l'operatore volga quella circostanza a proprio beneficio procurandosi così, a danno di terzi, un vantaggio; che questo vantaggio non premi nessuna creazione di ricchezza, nessun merito e nessuna virtù dell'operatore». Osserva ancora Rodolfo Sacco che la norma sull'abuso non è indispensabile. La repressione dei comportamenti in questione può avvenire senza che la norma esista o, là dove essa esiste, senza che essa venga invocata. Normalmente la ragione per invocare la categoria dell'abuso del diritto è l'esistenza di una lacuna nella legge, che ha omesso di disciplinare una determinata fattispecie. Tale situazione, aggiungiamo noi, è più frequente negli ordinamenti moderni, in cui l'aspirazione del legislatore ad una regolamentazione organica ed alla creazione del “sistema” riesce sempre più spesso frustrata.

Se guardiamo all'abuso del diritto in una prospettiva di diritto comparato,

---

<sup>1</sup> R. SACCO, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 2012. Dello stesso A. si vedano anche R. SACCO, *L'abuso del diritto*, in G. ALPA (e altri), *Il diritto soggettivo*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2001, 313 ss.

possiamo osservare che in taluni casi esso è legislativamente disciplinato. Il legislatore è intervenuto configurando l'abuso o in singole ipotesi o con una norma di carattere generale. In altri casi è stata la giurisprudenza a creare la figura dell'abuso interpretando in termini estensivi una disposizione di legge dettata per scopi diversi. È ciò che è avvenuto in Italia, dove il legislatore del codice civile non ha inserito la norma di carattere generale contenuta nel progetto ministeriale secondo la quale nessuno poteva esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto gli è riconosciuto, limitandosi alla previsione del divieto di atti emulativi contenuta nell'art. 833 c.c.<sup>2</sup>, oltre ad alcune altre norme di portata più limitata<sup>3</sup>.

La giurisprudenza ha poi esteso il principio a molteplici fattispecie<sup>4</sup>, tanto

---

<sup>2</sup> Esula dalle finalità di questo articolo una rassegna completa dei numerosissimi contributi della dottrina che in Italia si è occupata dell'abuso del diritto. Tra i tanti ci limitiamo a ricordare M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 105 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 37 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 13 ss.; S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 168 ss.; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Torino, 1987, 2 ss.; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento II, Milano, 1998, 1 ss.; C. SALVI, *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; A. GAMBARO, *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; AA.VV., *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997*, Padova, 1998; F. DI MARZIO, *Deroga al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole del consumatore*, in *Contr. e impr.*, 2006, 704 ss.

<sup>3</sup> Vanno ricordati l'art. 330 c.c. concernente l'abuso della potestà genitoriale, l'art. 1015 c.c. che regola l'abuso dell'usufruttuario, l'art. 2793 c.c. relativo all'abuso della cosa data in pegno da parte del creditore pignoratizio. Un discorso a parte, cui si fa riferimento nella nota che segue, meritano gli artt. 1175 e 1375 c.c. che hanno permesso di sanzionare l'abuso in materia contrattuale tramite la clausola generale di buona fede.

<sup>4</sup> Come osserva R. 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*, in *Giur. cost.*, 2010, 4, 3627, dopo l'entrata in vigore del codice del 1942 anche in assenza di una previsione normativa specificamente rivolta a reprimere l'abuso del diritto in via generale (oltre il divieto di atti emulativi contenuto nell'art. 833 c.c.), la giurisprudenza aveva ricavato 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 (art. 1175 c.c.) e più in generale nell'esecuzione dei contratti (art. 1375 c.c.). Negli ultimi anni però la Cassazione ha allargato l'ambito di applicazione di questo principio. In materia contrattuale Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, 85 con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI; in *Contratti*, 2010, 5, con nota di G. D'AMICO; in *Giur. comm.*, 2010, II, 828, con nota di L. DELLI PRISCOLI; in *Danno e resp.*, 2010, 347 con nota di A. MASTRORILLI; in *Giur. it.*, 2010, con note di P. MONTELEONE, 556, di F. SCAGLIONE, 560 e di F. SALERNO, 809; in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 653, con nota di F. PANETTI. La sentenza ha affermato, in materia di recesso dal contratto, che, anche in materia contrattuale, gli atti di autonomia privata che coinvolgono, specie nei contratti d'impresa, gli interessi anche contrastanti delle diverse parti contrattuali sono suscettibili di sindacato giurisdizionale al fine di valutare se

che oggi si parla di abuso del diritto non soltanto in materia fiscale, ma anche in materia contrattuale, processuale, ecc. si da poterlo considerare una figura di carattere generale.

---

l'esercizio delle facoltà riconosciute all'autonomia contrattuale abbia operato in chiave elusiva dei principi generali di buona fede, lealtà e correttezza. In tale indagine il giudice deve tenere conto di eventuali posizioni di supremazia o di dipendenza economica di una delle parti, per accertare se tale situazione sia stata foriera di comportamenti abusivi, essendo suo compito contemperare gli opposti interessi delle parti stesse. 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».

Come osserva M. DELLA CASA, *Il recesso arbitrario tra principi e rimedi*, in [www.orizzontideldiritto.commerciale.it](http://www.orizzontideldiritto.commerciale.it) cui si rinvia per ulteriori riferimenti, la sindacabilità del recesso discrezionale è ormai principio consolidato in giurisprudenza della Cassazione.

Sulla sentenza Cass. n. 20106 del 2009 si veda in una prospettiva comparatistica M. FARINA-D. MALTESE, *Abuse of rights and Freedom of Contract in Comparative Perspective: a Legal and Economic Analysis*, in *Opinio juris in Comparatione*, I, 2012, Paper n. 2, in [www.opiniojurisincomparatione.org](http://www.opiniojurisincomparatione.org).

Cass., sez. III, 31 maggio 2010, n. 13208, in materia di locazione, fa espresso riferimento all'abuso del diritto per ritenere illegittima la richiesta di risoluzione del contratto per inadempimento da parte del locatore in un caso in cui il conduttore aveva effettuato lavori di ristrutturazione maturando un credito assai superiore al debito per canoni, ma il locatore, allo scopo di determinare l'inadempimento, aveva pagato il corrispettivo dei lavori senza dedurre in compensazione l'importo dei canoni. È stato peraltro sottolineato (R. DE CARIA, *La nuova fortuna dell'abuso del diritto*, cit., 3635) che la sentenza ha più che altro ritenuto l'inadempimento di scarsa importanza, sì che il richiamo all'abuso del diritto pare esulare dalla *ratio decidendi*.

Cass. 10 novembre 2010, n. 22819, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 333, ha affermato, in un caso in cui la banca aveva levato il protesto di un assegno nonostante il cliente avesse fatto affluire sul conto i fondi necessari per il pagamento, che «il generale principio etico-giuridico di buona fede nell'esercizio dei propri diritti e nell'adempimento dei propri doveri, insieme alla nozione di abuso del diritto, che ne è l'interfaccia, giocano un ruolo fondamentale e in funzione integrativa dell'obbligazione, assunta dal debitore, e quale limite all'esercizio delle corrispondenti pretese». Da tale premessa la Cassazione ha affermato la risarcibilità del danno esistenziale conseguente all'illegittimo protesto.

Per Cass., sez. III, 29 maggio 2012, n. 8567 non è dato ravvisare abuso del diritto nel solo fatto che, perseguendo un risultato in sé consentito attraverso strumenti giuridici adeguati e legittimi, una parte non tuteli gli interessi dell'altra in sede di esecuzione del contratto, occorrendo invece che il diritto soggettivo sia esercitato con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti.

Le Sezioni Unite con Cass. 15 novembre 2007, n. 23726, in *Giust. civ.*, 2008, 2807 con nota di V. FICO; in *Foro it.*, 2008, I, 1514 con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI; in *Giur. it.*, 2008, 929, con nota di A. RONCO; in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1437 con nota di M. GOZZI; in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 345 con nota di T. DELLA MASSARA e 2008, II, 335 con nota di M. DE CRISTOFARO e 2009, II, 347 con nota di A. DONATI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 458 con nota di F. COSSIGNANI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 458 con nota di A. FINESSI, hanno ravvisato un'ipotesi di abuso del processo nel caso di frazionamento del credito in più domande giudiziali di adempimento, in quanto tale scelta può determinare maggiori spese in capo al debitore, violando nel

Se guardiamo all'esperienza europea possiamo dire che nei paesi di *civil law* tanto la Francia che la Germania contemplano nella loro disciplina la figura dell'abuso del diritto, figlia nel caso della Francia dell'interpretazione giurisprudenziale e della Germania di espresse previsioni legislative. Al contrario, nei paesi di *common law* la figura dell'abuso del diritto sembra assente, anche se poi quelle medesime fattispecie che nell'esperienza di *civil law* cadono sotto la previsione dell'abuso, vengono ugualmente sanzionate dalla giurisprudenza tanto da far ritenere a qualche commentatore che la figura dell'abuso esista anche in quegli ordinamenti. La conclusione è però in qualche misura azzardata ove si rifletta su quanto osservato da

---

contempo sia il dovere di solidarietà sociale stabilito dall'art. 2 Cost. e quindi gli obblighi di correttezza e buona fede, sia il principio del giusto processo. Altra ipotesi di abuso del processo è stata ravvisata da Cass., sez. I, 3 maggio 2010, n. 10634 (ord.), che ha ritenuto in materia di ricorsi per indennizzo da irragionevole durata del processo, presentati separatamente con il medesimo difensore da più soggetti che erano stati parte del medesimo procedimento di cui lamentavano l'irragionevole durata, che la presentazione separata dei ricorsi costituisse ipotesi di abuso in violazione del dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. sì che le spese del giudizio dovevano essere liquidate come se fosse stato presentato un unico ricorso sin dall'origine (i separati ricorsi erano stati riuniti nelle more del giudizio).

In materia tributaria le Sezioni Unite con le sentenze 23 dicembre 2008, n. 30055, 30056, 30057, relative due a casi di *dividend washing* ed una di *dividend stripping*, hanno affermato, facendo seguito a precedenti affermazioni della giurisprudenza della Sezione tributaria, e per le imposte indirette alle pronunce della Corte di Giustizia europea in materia comunitaria di cui si dirà in seguito nel testo, che nel nostro ordinamento vige un generale principio antielusivo, in forza del 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». Le tre sentenze hanno affermato che è il contribuente ad essere «gravato dall'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». Spetta quindi al contribuente dimostrare la validità delle ragioni economiche di una determinata operazione. Negli stessi termini Cass., sez. trib., 19 maggio 2010, n. 12249, ....

Da ultimo Cass., sez. trib., 26 febbraio 2014, n. 4604, ha ribadito l'orientamento ora ricordato, affermando che «in materia tributaria il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo, che preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta, in difetto di ragioni economiche apprezzabili, che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici». Quanto all'onere della prova Cass., sez. trib., 19 febbraio 2014, n. 3938, ha precisato che la prova del disegno elusivo e delle modalità di manipolazione ed alterazione degli schemi negoziali classici, considerati come irragionevoli in una normale logica di mercato e perseguiti solo per pervenire a quel risultato fiscale, è a carico dell'Amministrazione, mentre grava sul contribuente l'onere di allegare l'esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti che giustifichino operazioni in quel modo strutturate.



Rodolfo Sacco e già ricordato e cioè che l'abuso del diritto è una figura a geometria variabile, che permette di configurare come illecite fattispecie che possono essere sanzionate in altro modo, prima di tutto con una più accurata tecnica legislativa.

## 2. - Profili storici.

All'analisi comparatistica le varie ipotesi legislativamente disciplinate possono essere sussunte sotto due diversi archetipi: il divieto di nuocere ad altri senza motivo, che in Italia ha dato luogo al divieto di atti emulativi previsto dall'art. 833 c.c. e l'esercizio di un diritto per un fine diverso da quello per cui esso è stato riconosciuto.

Le radici storiche della prima ipotesi risalgono al Settecento. Come ricorda Rodolfo Sacco il codice prussiano del 1794 – lo *Allgemeines Landrecht für die koeniglichen preussischen Staaten* – al paragrafo I.6.§ 36 esenta da responsabilità chi esercita un diritto secondo il principio *qui iure suo utitur neminem laedit*, ma al paragrafo I.6.§ 37 prevede una deroga per il caso in cui l'agente «tra più modalità possibili di esercizio del diritto abbia scelto quella che è dannosa all'altro, con intenzione di danneggiarlo». Va nella medesima direzione il paragrafo II.20.§ 516. Ancora, in materia di esercizio del diritto di proprietà, i paragrafi I.8.§§ 27 e 28 statuiscono che nessuno può abusare (*missbrauchen*) della proprietà che gli appartiene al fine di arrecare molestia e danno ad altri; e che l'abuso è quell'uso della proprietà che per sua natura non possa avere altro scopo che quello di molestare altri.

Sempre nel Settecento Jean Domat utilizza i criteri dell'intenzione di nuocere e dell'assenza d'interesse del titolare del diritto in materia di diritto di proprietà e di successione<sup>5</sup>.

Come si è detto, il *code civil* francese non prevede l'abuso del diritto, a quanto pare intenzionalmente, perché i suoi redattori, scrive Rodolfo Sacco, hanno abbandonato «il moralismo paternalistico del passato». Al

---

<sup>5</sup> J. DOMAT, *Traité des lois. Le lois civiles*, Paris, 1835, t. 1, II, tit. 8, 313. Si veda in proposito A. BARDESCO, *L'abus de droit*, Thèse, Paris, 1913, citato da L. ERICK, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, Paris, 2010, 26 ss.

contrario il *BGB* tedesco, che entra in vigore molto dopo, nel 1900, ha una intelaiatura fortemente improntata alla dogmatica, e configura le fattispecie con precisione. Peraltro nel corso dei lavori le sue formulazioni severe e rigide sono state integrate (sotto la spinta della sinistra giuridica, che s'interessò attivamente a ciò) mediante qualche rinvio a fonti extracodistiche informali: la buona fede, i buoni costumi. Il tema dell'esercizio scorretto del diritto è affrontato ad opera di tre paragrafi che risalgono ai due diversi tipi di fonte storica delle norme. Il § 226 si riannoda alla dottrina precodificistica della *aemulatio*<sup>6</sup>, fiorita nell'interpretazione dell'*usus modernus Pandectarum*, e compatibile con lo spirito moraleggiante che si era manifestato nella redazione del *Landrecht*: per esso, l'esercizio di un diritto non è ammesso se non può avere altro scopo se non quello di recare danno ad altri. Il § 826 non è indirizzato in modo esclusivo al soggetto che esercita un particolare diritto, ma comunque è significativo anche per il nostro tema: per esso chi intenzionalmente in modo contrario ai buoni costumi reca un pregiudizio ad altri è tenuto a risarcire i danni nei confronti di quest'ultimo. Secondo il § 242, l'obbligato deve compiere la prestazione in modo conforme alla buona fede, e questo paragrafo, come si vedrà, ha avuto un'applicazione straordinariamente varia ed estesa. Esso

---

<sup>6</sup> Va ricordato che il concetto di abuso del diritto perviene alla dottrina giuridica dell'Ottocento e Novecento per il tramite della rielaborazione del concetto di *aemulatio*, proprio del diritto romano, da parte dei giuristi dell'età del diritto comune. Su tale nozione si vedano A. SCIALOJA, *Aemulatio*, in *Studi Giuridici*, III, Roma, 1932, 216 ss.; M. ROTONDI, *L'abuso del diritto. Aemulatio*, Padova, 1979, 36 ss.; U. GUALAZZINI, *Abuso del diritto (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 163 ss. Nonostante l'assenza di un generale divieto di abuso, il diritto giustiniano sanziona per mezzo di regole specifiche alcuni comportamenti del proprietario ispirati dallo scopo di cagionare danno, escludendo che potesse trovare applicazione il principio *qui iure suo utitur neminem laedit*. Nel diritto intermedio il concetto di *aemulatio* è utilizzato soprattutto con riferimento ai rapporti di vicinato legando il carattere emulativo dell'atto alla presenza dell'*animus nocendi*, così come suggerito dalla morale cristiana. Per evitare la necessità della prova dell'intenzione di nuocere, la dottrina elabora una serie di presunzioni in base alle quali alcuni atti di esercizio di diritti, essenzialmente diritti di vicinato, sono ritenuti emulativi. Si apre così la strada ad una forma di responsabilità che si avvicina assai alla responsabilità oggettiva.

Si tratta di una concezione che non poteva essere accolta dalla concezione illuministica del diritto che fu alla base della redazione del *code civil*. Le limitazioni alla libertà del proprietario contrastavano con la concezione assoluta del diritto di proprietà propria dell'illuminismo, in reazione alla parcellizzazione del diritto propria della disciplina previgente. Inoltre il requisito soggettivo dell'*animus nocendi* finiva con l'attribuire una discrezionalità e potere eccessivo al giudice in contrasto con gli ideali dell'epoca della certezza del diritto e del monopolio del legislatore nella creazione delle regole. Ciò spiega perché la nozione di abuso del diritto non fu introdotta nella codificazione francese.

ha permesso al giudice di reprimere in ogni occasione il dispetto, l'arroganza, il disprezzo dei bisogni altrui, e così via. Beninteso, il discorso dell'interprete potrà far perno non già sull'esercizio e sull'abuso del diritto, ma su una qualsiasi altra circostanza rilevante dal punto di vista della buona fede.

Sulla scia del *BGB* si sono mosse le novelle all'*ABGB* austriaco del 1916. In virtù del nuovo § 1295, comma 2, chi arreca danno intenzionalmente in modo contrario ai buoni costumi incappa in responsabilità; tuttavia, se egli ha agito nell'esercizio di un diritto, la responsabilità lo colpisce solo quando l'esercizio del diritto abbia manifestamente lo scopo di danneggiare gli altri. Si noti che non è richiesto che l'*animus nocendi* sia stato il motivo esclusivo dell'azione, diversamente da quanto stabilisce il par. 226 *BGB*. Tuttavia, per molto tempo la giurisprudenza ha interpretato l'aggettivo "manifesto" contenuto nella norma come "esclusivo", recedendo da tale interpretazione soltanto in tempi relativamente recenti<sup>7</sup>.

I successivi sviluppi nella legislazione europea del 900, sia anteriore che successiva alla II guerra mondiale, sono andati nel senso della repressione dell'abuso del diritto, inteso come violazione del principio di buona fede o dell'eccesso nell'esercizio del diritto rispetto allo scopo per cui esso è stato riconosciuto o ancora come sproporzione tra l'interesse soddisfatto e quello sacrificato. L'art. 2 del titolo preliminare del codice civile svizzero (*ZGB*), adottato il 10 dicembre 1907 e in vigore dal 1912, stabilisce che ciascuno è tenuto ad esercitare i suoi diritti ed ad adempiere ai suoi obblighi secondo le regole di buona fede. L'abuso manifesto di un diritto non è protetto dalla legge.

Il codice svizzero istituisce, come è stato osservato<sup>8</sup>, un collegamento tra il parametro oggettivo della buona fede e l'abuso, ridimensionando l'importanza dell'intenzione di nuocere che assumeva invece rilievo prevalente nella dottrina della *aemulatio*. Non si tratta di una novità assoluta. Come vedremo più avanti, anche il *BGB* tedesco contiene una norma che verrà utilizzata nello stesso senso, ma nell'interpretazione successiva e senza che

---

<sup>7</sup> A. LAS CASAS, *Tratti essenziali del modello dell'abuso del diritto nei sistemi giuridici europei e nell'ordinamento comunitario*, in [www.comparazionediritto.civile.it](http://www.comparazionediritto.civile.it), 9 ss.

<sup>8</sup> A. LAS CASAS, *Tratti essenziali*, cit., 8 ss.

essa introduca espressamente un collegamento tra il principio di buona fede e la nozione di abuso. Va peraltro sottolineato che la norma del codice svizzero non offre alcun criterio di identificazione dell'esercizio abusivo del diritto, limitandosi a richiedere che esso sia manifesto (*offenbar* o *manifeste*). Nella prassi, dottrina e giurisprudenza hanno dato alla norma un significato esclusivamente oggettivo, che prescinde sia dall'intenzione di nuocere sia dall'accertamento della colpa. Si richiedono modalità di esercizio del diritto che siano tali da cagionare a terzi un danno irragionevole ed ingiustificato rispetto al contenuto ed alle finalità del diritto esercitato ed all'interesse dell'autore dell'atto<sup>9</sup>. È stato anche ricordato che l'art. 1 del codice svizzero attribuisce al giudice, in assenza di una regola che disciplini espressamente il caso oggetto del giudizio, il potere di risolverlo applicando la regola che adotterebbe come legislatore. Ciò, è stato osservato<sup>10</sup>, avrebbe dovuto consentire al giudice un ampio potere d'intervento nelle ipotesi di abuso del diritto, intervento peraltro che non vi è stato.

---

702

Va ricordato che anche il codice civile turco del 1926 ha riprodotto le principali norme del codice civile svizzero, compreso l'art. 2 in tema di abuso con la precisazione che l'abuso è rilevante soltanto quando ne derivi un danno per un terzo.

Il criterio della buona fede oggettiva è utilizzato anche dal codice civile greco del 1940. Esso opera come limite all'esercizio del diritto, senza però che il legislatore menzioni espressamente l'abuso del diritto. In termini simili si è espresso il codice civile portoghese del 1966 che all'art. 334 qualifica come illegittimo l'esercizio del diritto ove il titolare ecceda manifestamente i limiti imposti dalla buona fede, dal buon costume o dal fine sociale od economico del diritto<sup>11</sup>. È stato osservato che in entrambi i Paesi dottrina e giurisprudenza prescindono da un'indagine sui motivi dell'atto o sulla colpa. Ciò che rileva è il profilo oggettivo dell'esercizio del diritto. Le ipotesi più rilevanti per quanto concerne l'illegittimità di tale esercizio si raggruppano, con somiglianze con il diritto svizzero, nel venire

---

<sup>9</sup> Così A. LAS CASAS, *Tratti essenziali*, cit. cui si rinvia per ulteriori approfondimenti.

<sup>10</sup> Cfr. ancora A. LAS CASAS, *Tratti essenziali*, cit. ed ivi ulteriori riferimenti.

<sup>11</sup> A. LAS CASAS, *Tratti essenziali*, cit., 10 ss.

*contra factum proprium* (eccepire ad esempio la prescrizione dopo aver indotto la controparte a ritardare l'esercizio del diritto facendole credere che tale eccezione non sarebbe stata sollevata), nell'invocazione scorretta di vizi di forma, nella sproporzione manifesta tra l'utilità conseguita dal titolare del diritto ed il danno arrecato al terzo <sup>12</sup>.

Per quanto si tratti ormai di un rilievo di carattere storico, va ricordato che anche la legislazione dei paesi dell'area comunista ha normalmente inserito nei propri testi legislativi il divieto dell'abuso del diritto, divieto che non è stato normalmente soppresso dopo il mutamento del regime politico <sup>13</sup>. Così ad esempio il codice civile russo del 1923 recava questa premessa: «I diritti civili sono protetti dalla legge eccetto in quei casi in cui essi sono esercitati in senso contrario alle loro finalità economiche e sociali». E l'art. 7 del codice cecoslovacco del 1964 stabiliva che nessuno era autorizzato all'uso improprio dei suoi diritti contro gli interessi della società.

L'art. 7 del codice civile spagnolo, riformato nel 1974, stabilisce che i diritti debbono essere esercitati in conformità ai requisiti di buona fede: «La legge non protegge l'abuso del diritto o il suo esercizio antisociale. Qualunque atto od omissione che per l'intento del suo autore, per il suo oggetto o per le circostanze in cui si realizza supera in modo manifesto i limiti normali di esercizio di un diritto, con danni per il terzo, darà luogo al corrispondente risarcimento e all'adozione dei rimedi giudiziali o amministrativi idonei ad impedire la persistenza dell'abuso». La nozione di abuso è particolarmente ampia, perché fa riferimento ad una molteplicità di criteri, fra loro alternativi, che consentono di ritenere illegittimo il superamento dei limiti normali di esercizio del diritto. Tale superamento può dipendere anche da un'omissione ed è correlato a criteri sia soggettivi (l'intenzione dell'autore) che oggettivi (l'oggetto o le circostanze dell'atto di esercizio del diritto) <sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> A. LAS CASAS, *Tratti essenziali*, cit., 10 ss.

<sup>13</sup> R. SACCO, *Abuso del diritto*, cit.

<sup>14</sup> La nozione accolta dal codice civile spagnolo riformato discende dall'elaborazione giurisprudenziale del Tribunal Supremo a partire da una nota sentenza del 1944. Tribunal Supremo, 14 febbraio 1944, in *Repertorio de Jurisprudencia*, 1944, n. 293, 160. Successivamente nello stesso senso Tribunal Supremo, 5 febbraio 1959, in *Repertorio* n. 456; 7 febbraio 1964, (in *Repertorio* n. 631; 7 luglio 1980, (in *Repertorio* n. 3301. Rinviano a A. LAS CASAS, *Tratti*

Il nuovo codice civile olandese *Nieuw Burgerlijk Wetboek* (*NBW*), entrato in vigore il 1° gennaio 1992, con conseguente abrogazione del precedente codice risalente al 1838, è il primo codice redatto con metodologia comparatistica, dove ad un'intelaiatura di matrice francese e tedesca corrisponde il recepimento di istituti di *common law*<sup>15</sup>. L'art. 13, libro terzo, del *NBW*, vieta al titolare di un diritto l'esercizio abusivo dello stesso, precisando al secondo comma, a scopo esemplificativo, che per abuso del diritto s'intende: a) l'esercizio di un diritto con il solo scopo di nuocere al terzo; b) l'esercizio per uno scopo diverso da quello per il quale il diritto è stato concesso; c) l'azione che, se considerata la sproporzione tra l'interesse ad esercitare il diritto ed il danno che ad altri consegue da tale esercizio, il titolare non avrebbe dovuto ragionevolmente esercitare. Con riferimento a tale ultima ipotesi si fa l'esempio<sup>16</sup> di un'autovettura trasferita con atto invalido dal titolare ad A e da questi a B. Questi, soggetto disabile, fa modificare il veicolo per poterla utilizzare nonostante l'handicap. Ove B offra all'originario titolare un congruo risarcimento del danno, l'esercizio della rivendica potrebbe integrare gli estremi dell'abuso. In dottrina è stato sottolineato che l'elencazione legislativa ha carattere esemplificativo e che è aperta la strada ad ulteriori interventi giurisprudenziali.

Va notato che l'art. 13, essendo contenuto nel libro terzo, dovrebbe riguardare soltanto i diritti patrimoniali, ma l'art. 15 dello stesso libro precisa che il divieto di abuso del diritto si applica anche in ambiti diversi. Di fatto ad esso si è fatto ricorso sia in materia processuale che di diritto di famiglia. Ancora degno di nota che in materia di obbligazioni e contratti non trova applicazione l'art. 13 perché le eventuali ipotesi di abuso rien-

---

*essenziali*, cit., 12 ss. si ricorda soltanto che la giurisprudenza muoveva dall'art. 1902 del codice, norma generale sull'illecito che obbliga al risarcimento del danno causato da un'azione od omissione con colpa o negligenza. Il Tribunal Supremo ha collegato il risarcimento del danno in caso di esercizio del diritto alla presenza dell'*animus nocendi* o alla presenza di circostanze oggettive, quando il danno deriva da un eccesso o da un'anormalità nell'esercizio del diritto.

<sup>15</sup> Sul nuovo codice si veda E. JORIATTI FERRARI-J. H. M. VAN ERP, *La tutela della proprietà nel "Codice civile" dei Paesi Bassi ("Nieuw Burgerlijk Wetboek")*, in *Riv. dir. romano*, 2008 ([www.le-donline.it](http://www.le-donline.it)).

<sup>16</sup> H.J. SNIJDERS-E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht*, Deventer, 2001, 318, citato da E. JORIATTI FERRARI-J.H.M. VAN ERP, *La tutela della proprietà*, cit., 9.

trano già nella previsione dell'obbligo delle parti di agire secondo buona fede<sup>17</sup>.

Il divieto dell'abuso del diritto è sancito espressamente dall'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, firmata a Nizza il 7 dicembre 2000. Tale atto a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1 dicembre 2009) ha assunto lo stesso valore giuridico dei trattati istitutivi dell'Unione europea. L'art. 54, con cui si chiude la Carta, dispone che «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta»<sup>18</sup>. Va ricordato che l'art. 54 riproduce il testo dell'art. 17 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) che a sua volta ha tratto ispirazione dall'art. 18 della *Grundgesetz* tedesca del 23 maggio 1949<sup>19</sup>. Più in generale la Corte di Giustizia europea ha elaborato alcuni principi in casi in cui il diritto comunitario era stato invocato abusivamente per evitare l'applicazione del diritto nazionale o per ottenere aiuti o rimborsi dalla Comunità europea<sup>20</sup>. Motivi di spazio non consentono una trattazione più approfondita di questa disciplina.

---

<sup>17</sup> Sul punto cfr. A. LAS CASAS, *Tratti essenziali*, cit., 13 ed ivi ulteriori riferimenti.

<sup>18</sup> Si veda il comment di R. BIFULCO-A. CELOTTO, *Divieto dell'abuso di diritto*, in R. BIFULCO-A. CARTABIA-A. CELOTTO, (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, 367.

<sup>19</sup> Tale ultima norma stabilisce che «chi abusa della libertà di espressione del pensiero, in particolare della libertà di stampa (art. 5, comma 1), della libertà di insegnamento (art. 5 comma 3), della libertà di riunione (art. 8), della libertà di associazione (art. 9), del segreto epistolare, postale e delle telecomunicazioni (art. 10), del diritto di proprietà (art. 14) o del diritto di asilo (art. 16), per combattere l'ordinamento fondamentale democratico e liberale, perde questi diritti. La perdita e la misura della medesima sono pronunziate dal Tribunale Costituzionale Federale».

<sup>20</sup> Si veda sulla nozione di abuso di diritto nel diritto dell'Unione Europea N. DEACON, *The EU Law Doctrine of Abuse of Rights: Should it be a general principle of EU Law; and is it?*, in [www.eurolawg.com/eu-law-2/the-eu-law-doctrine-of-abuse-of-rights-should-it-be-a-general-principle-of-eu-law-and-is-it/#return-note-44178-103](http://www.eurolawg.com/eu-law-2/the-eu-law-doctrine-of-abuse-of-rights-should-it-be-a-general-principle-of-eu-law-and-is-it/#return-note-44178-103); A. ADINOLFI, *La nozione di "abuso di diritto" nell'ordinamento dell'unione europea*, in *Riv. dir. internaz.*, 2012, 329 ss.; K.E. SORENSEN, *Abuse of rights in community law: a principle of substance or merely rhetoric?*, in *43 Common Market Law Review*, 2006, 423 ss.; A. LENAERTS, *The general principle and the prohibition of abuse of rights: a critical position on its role in a codified European contract law*, in *Eur. Rev. Private Law*, 2010, 1128 ss.; L. CRUCIANI, *Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 473 ss.

### 3. - L'esperienza dei principali ordinamenti stranieri.

Tornando ora alla disciplina tedesca va detto che il divieto dell'abuso del diritto viene generalmente ricondotto al § 242 del *BGB* che stabilisce il dovere dell'obligato di adempiere in conformità al principio di buona fede (*Treu und Glauben*). Questa norma, come anche il § 826, che stabilisce che chi intenzionalmente procura un danno ad un terzo in contrasto con i buoni costumi (*gute Sitten*), risponde dei danni, danno l'idea che la legge non consente l'esercizio dei diritti senza limiti. Il quadro è completato dal § 226 (il famoso *Schikaneverbot*) che vieta l'esercizio di un diritto all'unico possibile scopo di causare danno ad un terzo. Tale esercizio è definito inammissibile (*unzulässig*). La norma, a differenza dall'italiano art. 833 c.c., non riguarda solo il diritto di proprietà, ma tutti i diritti soggettivi. Il par. 226 ha avuto scarsa fortuna e modesta applicazione. I commentatori individuano la ragione di ciò al fatto che essa attribuisce rilevanza fondamentale all'intenzione dell'agente, che deve avere l'esclusivo proposito di recare danno ad altri, circostanza questa di difficile prova. La dottrina e la giurisprudenza non hanno creato, come invece altri ordinamenti, un sistema di presunzioni che mitighi la difficoltà probatoria dell'*animus nocendi*<sup>21</sup>.

A partire dagli anni trenta del Novecento la dottrina e la giurisprudenza tedesche hanno fatto riferimento fondamentalmente al par. 242, che ha progressivamente assunto il ruolo di norma cardine per affermare il generale divieto di esercizio scorretto o potenzialmente dannoso del diritto, anche al di fuori della materia delle obbligazioni in senso stretto. Il par. 242 è stato letto dalla dottrina tedesca insieme al par. 157 in tema di usi contrattuali. Si è osservato che la rilevanza attribuita agli usi riconduce l'interpretazione ad un parametro oggettivo che coincide con il significato che i consociati attribuiscono alle singole dichiarazioni di volontà in modo da tutelare l'affidamento del destinatario<sup>22</sup>. Il par. 242 è stato utilizzato anche al di fuori del campo del contratto e dell'obbligazione, ad esempio

---

<sup>21</sup> A. GAMBARO, *Abuse of rights in civil law tradition*, in 3 *Eur. Rev. Private Law*, 1995, 567 ss.; A. LAS CASAS, *Tratti essenziali*, cit., 23 ss.

<sup>22</sup> F. VIGLIONE, *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 154; R.T. BONAZINGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in [www.comparazioneDirittocivile.it](http://www.comparazioneDirittocivile.it), 12 ss. ed ivi ulteriori riferimenti.



in materia di rapporti di vicinato e di abusi della maggioranza nelle società di capitali, di cui peraltro si sono poi occupate specifiche disposizioni di legge<sup>23</sup>.

Nell'applicazione del § 242 si contrappongono due teorie interpretative, quella individualistica e quella istituzionalistica. La prima afferma che vi è abuso quando l'esercizio del diritto prescinde nella fattispecie in esame dalla considerazione del principio di buona fede. La teoria istituzionale invece identifica l'abuso nei casi in cui l'esercizio del diritto porta a conseguenze inaccettabili. Va detto peraltro che le soluzioni pratiche, applicando l'una o l'altra teoria, non differiscono in modo sostanziale. Quanto alle conseguenze dell'abuso, esse si traducono o nel non riconoscimento del diritto in capo al suo titolare o nell'attribuzione alla controparte di un diritto corrispondente, altrimenti non previsto dalla disciplina contrattuale. Si sottolinea peraltro che l'abuso non comporta il venir meno del diritto in assoluto, ma semplicemente al mancato riconoscimento del diritto all'esecuzione. Dall'analisi della giurisprudenza e dottrina tedesche è possibile individuare alcune ipotesi in cui viene normalmente ravvisato l'abuso del diritto: *a)* quando si eserciti un diritto formalmente riconosciuto in capo al titolare, ma in contrasto con gli usi del traffico giuridico; *b)* quando l'esercizio del diritto sia in contrasto con un precedente comportamento del titolare; *c)* quando si facciano valere vizi di forma il cui riconoscimento comporterebbe conseguenze eccessive; *d)* quando ricorra la fattispecie della *Verwirkung*<sup>24</sup>.

Venendo ora al diritto francese va osservato che la teoria dell'abuso del diritto si fonda sull'art. 1389 del *code civil* e dunque su un'ipotesi di responsabilità da illecito. Il principio fondamentale elaborato dalla giurisprudenza fu che le conseguenze dannose del comportamento di abuso

---

<sup>23</sup> Sul tema cfr. F. RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissgebrauch*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 1231 ss.; Id., *Rinuncia tacita e Verwirkung*, Padova, 1971.

<sup>24</sup> La *Verwirkung* può essere tradotta come rinuncia tacita all'azione e consente di opporre un'eccezione all'azione proposta da un soggetto che abbia provocato nella controparte il ragionevole affidamento che non avrebbe esercitato il proprio diritto o per non avervi fatto ricorso o per non aver reagito alla sua violazione per un periodo di tempo tale da ingenerare nella controparte un affidamento meritevole di tutela, pur non essendo trascorso il termine di prescrizione. Si veda R.T. BONAZINGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, cit., 13 ed ivi ulteriori riferimenti.

del diritto in caso di colpa danno luogo al risarcimento del danno. La giurisprudenza ha individuato alcune categorie di diritti al cui esercizio il legislatore connette un'implicita autorizzazione a recare danno a terzi, nell'ambito della materia dei diritti reali, contrattuale, della concorrenza, del diritto d'agire in giudizio, per trarne la conclusione che se tali diritti sono esercitati oltre i limiti dello scopo per cui sono previsti o con l'esclusivo intento di causare danno, ne deriva un'obbligazione risarcitoria in capo a chi li ha fatti valere. Uno dei primi casi, che riguarda un'ipotesi di atto emulativo (la costruzione di un falso camino su un tetto, inutile al proprietario, ma finalizzata ad impedire al vicino di godere della luce e dell'aria), fu deciso dalla Corte di Colmar<sup>25</sup> nel 1855 affermando che il diritto di proprietà incontra i limiti di un interesse serio e legittimo, con la conseguenza che altrimenti esso non può esser fatto valere. È stato sottolineato che nell'arrêt della Corte di Colmar non è presente soltanto la tradizione romanistica dell'*aemulatio*, ma anche una rilevante connotazione oggettiva perché l'indice essenziale dell'*animus nocendi* è ricavato dalla mancanza di utilità dell'atto per il soggetto che lo pone in essere<sup>26</sup>. Va ancora ricordata la decisione della Corte di appello di Lione<sup>27</sup> del 1856 in materia di acque, che va citata anche perché un caso praticamente analogo fu deciso in senso opposto in Inghilterra. Tre sorgenti di acque, che erano separate ed insistevano su fondi diversi, di proprietà di soggetti differenti, erano connesse per via di collegamenti sotterranei. Il proprietario di uno dei fondi era riuscito ad aspirare l'acqua dalle altre fonti, facendola defluire sul proprio terreno senza utilizzarla, con il risultato di ridurre sensibilmente la portata di quelle fonti. La Corte ritenne che la mancanza di utilità dell'atto per il proprietario fosse indice del fatto che esso era determinato soltanto dall'intento di nuocere e che pertanto esso integrasse un'ipotesi di quasi-delitto regolata dall'art. 1382 del *code civil*, in materia di responsabilità extracontrattuale.

---

<sup>25</sup> App. Colmar 2 maggio 1855, in *Recueil*, Dalloz, 1856, 2, 9.

<sup>26</sup> L. JOSSERAND, *De l'abus de droit*, Paris, 1905, 20. Vedi anche A. LAS CASAS, *Tratti essenziali*, cit., 18 ss.

<sup>27</sup> Lyon, 18 aprile 1856, citata da A. LAS CASAS, *Tratti essenziali*, cit., 18 ss.

Un altro caso famoso fu l'*Affaire Clement Bayard*<sup>28</sup> del 1915 in cui tale *Monsieur Coquerel*, proprietario di un terreno vicino ad un *hangar* in cui venivano custoditi dei dirigibili *Zeppelin*, aveva eretto, nel rispetto delle distanze legali, una recinzione molto alta munita di punte metalliche per impedire la circolazione dei dirigibili. Era degno di nota il fatto che la recinzione non era continua, ma era costituita da due file di pali, ciascuno posto ad una distanza di svariati metri dal successivo. Le file di pali erano lunghe circa 15 metri e raggiungevano gli 11 metri. I pali erano sormontati da punte metalliche alte tre metri. L'opera non poteva quindi avere alcuna funzione utile come recinzione del fondo data la distanza tra un palo e l'altro. La struttura non aveva altra spiegazione che quella di ostacolare l'atterraggio dei dirigibili sul fondo vicino. *Coquerel* aveva peraltro allegato un preciso interesse patrimoniale perché aveva agito al dichiarato fine di costringere *Clement-Bayard* all'acquisto del fondo.

La Corte nella sua decisione, favorevole al *Clement-Bayard*, sottolineò che i mezzi usati dal *Coquerel* per realizzare il proprio fine speculativo erano "illegittimi e ispirati esclusivamente dall'intento di nuocere".

Ancora nel 1937 la Cassazione di Parigi affermò, con riferimento al legittimo esercizio del diritto di proprietà, che anche tale legittimo esercizio può obbligare al risarcimento dei danni (si trattava dell'utilizzo di macchinari elettrici), quando da tale utilizzo derivano conseguenze che eccedono i limiti dell'ordinaria tollerabilità<sup>29</sup>.

La teoria dell'abuso del diritto ebbe il suo massimo esponente in *Josserand* che nel 1939 pubblicò l'opera fondamentale *De l'esprit des lois et de leur relativité*<sup>30</sup>, affermando la tesi che l'abuso del diritto consistesse nello sviamento del diritto soggettivo dalla sua funzione<sup>31</sup>. Di conseguenza,

---

<sup>28</sup> Il caso fu deciso dapprima dalla Corte di Amiens, *Recueil*, Dalloz, 1913, 2, 177 ss., e poi dalla Cassazione: Cass. 3 agosto 1915, *ivi*, 1917, 1, 705 ss. Per la ricostruzione della vicenda cfr. anche M.P. MARTINES, *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006, 33 ss.

<sup>29</sup> Cass. 29 maggio 1937, S.1937.1.244, D.H. 1937.393, riportata in H. CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 6ª ed., Paris, 1973, 380.

<sup>30</sup> L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1939, 45. Un segno evidente dell'importanza che le dottrine di *Josserand* hanno avuto per il diritto francese sta nel fatto che *L'esprit des lois* è stato oggetto di riedizione in tempi recenti: L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité. Essai de téléologie juridique. Théorie dite de l'abus des droits*, con prefazione di D. DEROUSSIN, Paris, 2006.

<sup>31</sup> Conviene riportare un passo famoso di *Josserand*, ripreso dall'Editore nella pubblicità della riedizione di *De l'esprit des lois et de leur relativité*: «On conçoit que la fin puisse justifier

secondo quest'impostazione, per stabilire se vi è stato abuso, occorre anzitutto verificare qual è lo scopo per cui un diritto è riconosciuto dall'ordinamento. La tesi è stata fortemente contrastata da un'altra parte della dottrina francese. *Planiol*<sup>32</sup> ha sostenuto che se vi è abuso, non vi è diritto, perché il diritto cessa dove l'abuso incomincia. Una tesi intermedia è stata sostenuta da *Ripert*<sup>33</sup> secondo il quale l'esercizio del diritto deve essere conforme alle esigenze morali della coscienza individuale.

In realtà il dibattito dottrinale ha scarsamente influenzato la giurisprudenza che ha costruito l'abuso del diritto come una condotta colposa posta in essere attraverso l'esercizio del diritto. Per la giurisprudenza la questione controversa è stabilire quale grado di colpa debba sussistere per far luogo al risarcimento del danno. Di conseguenza, il richiamo all'art. 1389 c.c., che prevede in generale il diritto al risarcimento del danno, riguarda soltanto la determinazione e liquidazione del danno a fronte di una condotta che viene definita illecita. In un arrêt della Corte di Cassazione di Parigi del 1971<sup>34</sup> si afferma la responsabilità dei genitori per gli schiamazzi eccessivi e continui dei loro figli, che recano disturbo ai vicini. Qui più che la teoria della funzione sociale di *Josserand*, si invoca l'assenza di interesse o motivo legittimo per tenere una determinata condotta che ingenera la presunzione semplice dell'intenzione di recare danno. Di conseguenza l'attore deve provare l'assenza di un motivo legittimo della condotta ed il convenuto l'assenza della volontà di recare danno<sup>35</sup>.

---

les moyens, du moins lorsque ceux-ci sont légitimes en eux-mêmes; mais il serait intolérable que des moyens, même intrinsèquement irréprochables, pussent justifier toute fin; fut-elle odieuse et inconcevable. C'est précisément contre une telle éventualité que se dresse la thèse de l'abus des droits qui a pour ambition le triomphe de l'esprit des droits, et, par là, de faire régner la justice, non point seulement, ce qui est relativement aisé, dans les textes des lois et dans les formules abstraites, mais, ce qui est un idéal plus substantiel, dans leur application même et jusque dans la réalité vivante».

<sup>32</sup> M.F. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 1905, 284. Sul pensiero di Planiol si veda anche M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2003, 77 ss.

<sup>33</sup> L. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1949, § 94.

<sup>34</sup> Cass. 24 maggio 1971, 70-11.119, in *Bulletin, chambre civile*, 2, N. 189, P. 135; [www.easydroit.fr](http://www.easydroit.fr).

<sup>35</sup> Va ricordato che l'art. 21 della legge del 1° settembre 1948, in materia di locazioni abitative o relative ad immobili adibiti ad attività professionale stabilisce che il giudice deve rifiutare al proprietario il diritto di ripresa del bene se è provato che egli ha invocato tale diritto non per soddisfare un interesse legittimo, ma al solo fine di nuocere al locatario. La norma è tuttora in vigore, anche se la materia è ormai regolata da disposizioni successive che incidono in misura rilevante sul potere del locatore di sciogliersi dal rapporto.

È stato sottolineato da Rodolfo Sacco che la giurisprudenza francese ha sviluppato in modo particolare la concezione dell'abuso del diritto nei rapporti di vicinato perché mancano nel *code civil* norme come gli artt. 833 c.c. che punisce gli atti emulativi o 938 c.c. che regola il caso di chi costruendo abbia invaso un ristretto margine del fondo dell'attore, o 843 c.c. che consente al proprietario di entrare nel fondo del vicino per compiere una riparazione sul proprio fondo. Quest'ultima situazione nel diritto francese è invece risolta considerando abusivo il rifiuto del vicino all'ingresso sul fondo.

Va peraltro detto che la giurisprudenza più recente per quanto riguarda le obbligazioni che nascono dai rapporti di vicinato ha abbandonato il ricorso alla teoria dell'abuso del diritto. Da un lato infatti è stato valorizzato l'art. 1384 che prevede la responsabilità per le cose in custodia, da cui è stata fatta derivare la responsabilità per il crollo di una falesia o la responsabilità per emissione di polveri e fumi. Poi dopo il 1970 la *Court de Cassation* ha fatto ricorso alla teoria della responsabilità per danni relativi a rapporti di vicinato. Qui si prescinde totalmente dalla ricerca della colpa. Il principio è che nessuno deve causare ad altri un danno da rapporto di vicinato <sup>36</sup>. La responsabilità da rapporto di vicinato è una responsabilità senza prova della colpa perché una turbativa anormale da rapporto di vicinato è sufficiente, indipendente dalla prova della colpa o dalla prova della responsabilità per custodia della cosa, per determinare la responsabilità del suo autore <sup>37</sup>. Ed è stato aggiunto che non si tratta di responsabilità accessoria, che sussiste soltanto quando non possano trovare applicazione gli artt. 1382 e 1384 c.c. Riguarda anche i danni accidentali e quelli non continui. Va tuttavia aggiunto che la giurisprudenza nel definire il limite oltre il quale scatta la responsabilità senza colpa fa riferimento alla condotta del buon padre di famiglia che non avrebbe tenuto la condotta illecita, sì che il confine rispetto alla responsabilità da illecito extracontrattuale è abbastanza vago.

Il danno risarcibile rimane comunque un danno personale e diretto. Il titolo a chiedere il risarcimento prescinde dalla qualità di proprietario

---

<sup>36</sup> Cass. 19 novembre 1986, in *Bulletin*, 1986, II, n. 172, 116.

<sup>37</sup> Cass. 30 giugno 1998, *Intrafor c. Chadouet*: arrêt n. 1121, p. n° 96-13039; *Bull. civ.* III, n. 144.

essendo sufficiente, che quale sia il rapporto con la cosa, anche di mera detenzione, esso dia luogo ad un danno da rapporto di vicinato. Questa impostazione è all'origine, in Francia, della costruzione di un diritto dell'ambiente, anche se con limiti evidenti posto che si tratta di azione che incontra limiti territoriali legati al rapporto di vicinato e soprattutto rimane un'azione riconosciuta soltanto a titolo individuale <sup>38</sup>.

Va peraltro sottolineato che l'abuso del diritto ha in Francia un espresso riconoscimento sia in materia fiscale sia in materia processuale, dove l'art. 32 del nuovo codice di procedura civile espressamente riconosce che colui che agisce in modo dilatorio o abusivo può essere condannato ad un'ammenda civile sino a 3.000 euro, senza pregiudizio dei danni. Uguale diritto è riconosciuto in caso di appello incidentale, che può essere proposto in ogni stato del giudizio anche quando l'appello principale sia precluso. Se però l'appello incidentale è ritardato a scopo dilatorio, la Corte può condannare ai danni. Analogamente in caso di appello principale dilatorio o abusivo o in caso di ricorso straordinario o di ricorso per cassazione con le medesime caratteristiche la Corte può infliggere l'ammenda civile e può condannare al pagamento di un indennizzo alla controparte.

---

712

I principi in materia di abuso del diritto sono stati utilizzati in passato anche in materia di diritto del lavoro, come limite al potere di licenziamento senza limiti di cui il datore di lavoro godeva in materia di contratto a tempo indeterminato. Tale utilizzo è venuto meno nel momento in cui è stata introdotta nella legislazione la disciplina del licenziamento per giusta causa (*cause réelle et sérieuse*). Anche in materia di diritti sindacali si era affermato che il sindacato aveva il potere di interdire ai propri iscritti di avere rapporti con una data impresa soltanto a tutela di un interesse professionale. Diversamente si riteneva sussistente un'ipotesi di abuso del diritto.

Per quanto concerne il diritto anglosassone l'opinione prevalente è che il diritto inglese non conosca la nozione di abuso del diritto. Il principio fondamentale elaborato dalla giurisprudenza inglese nell'Ottocento è che

---

<sup>38</sup> Si veda F.G. TREBULLE, *Les techniques contentieuses au service de l'environnement. Le contentieux civil*, in [http://www.courdecassation.fr/venements\\_23/colloques\\_activites\\_formation\\_4/2005\\_2033/intervention\\_m.\\_trebulle\\_8133.html](http://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_activites_formation_4/2005_2033/intervention_m._trebulle_8133.html) (sito visitato il 12 agosto 2014).

il solo intento esclusivo di nuocere (*malice*) non è sufficiente per qualificare come illecito un atto che altrimenti debba essere considerato lecito<sup>39</sup>. Va premesso che la stessa struttura della tutela di un diritto nell'ambito della *common law* mal si presta alla previsione di una figura di carattere generale come quella dell'abuso del diritto. La *common law* non conosce infatti la nozione di diritto soggettivo in senso proprio. Il contenuto del diritto è determinato con riferimento ai rimedi processuali ritenuti azionabili tenendo conto che originariamente la tutela era determinata dalla corrispondenza tra il fatto ed il contenuto di una formula o *writ* che consentiva l'esercizio dell'azione quale atto introduttivo del giudizio<sup>40</sup>. Anche la responsabilità extracontrattuale è stata articolata con riguardo a figure tipiche di illecito, ciascuna delle quali originariamente corrispondeva ad una formula, sì che è difficile inserire in questo contesto la tutela contro l'abuso e ancora prima dare valore al principio *qui iure suo neminem laedit*, che storicamente ha costituito il punto di partenza della teoria dell'abuso.

A tale proposito si cita generalmente la famosa decisione di *Lord Halsbury in Mayor of Bradford v. Pickles*<sup>41</sup>. *Mr. Pickles* aveva fatto scavare un suo terreno nel cui sottosuolo scorreva l'acqua di una sorgente dalla quale, più a valle, attingeva la *Corporation of Bradford* da oltre quarant'anni per rifornire la città di *Bradford*. La sorgente si era quindi dapprima ridotta nella portata e poi del tutto inaridita. *Pickles* giustificava la propria condotta sostenendo che era stata resa necessaria dalla ricerca di minerali. L'amministrazione locale di *Bradford* sosteneva che *Pickles* aveva agito in *excess of his rights as a landowner* e che volesse soltanto speculare costringendo *Bradford* a pagare per avere l'acqua. In tutti e tre i gradi del giudizio fu ritenuto dimostrato che *Pickles* aveva eseguito i lavori soltanto per nuocere a *Bradford* costringendo la città a pagare un corrispettivo per l'acqua. La Corte ritenne che «se si trattava di un atto legittimo, per quanto il motivo potesse essere illecito, egli aveva il diritto di compierlo; se si

---

<sup>39</sup> Per un quadro generale si veda H.C. GUTTERIDGE, *Abuse of rights*, 5 *Cambridge L.J.*, 22, 1933-35, *passim*.

<sup>40</sup> A. LAS CASAS, *Tratti essenziali*, cit., 25.

<sup>41</sup> [1895] AC 587 (HL, 594).

trattava di un atto illegittimo, per quanto giusto potesse essere il motivo, egli non aveva il potere di compierlo»<sup>42</sup>.

Il secondo caso che merita di essere considerato è *Allen v. Flood*<sup>43</sup> (1898) che riguardava il licenziamento di due carpentieri richiesto dai sindacati al datore di lavoro ed ispirato dall'intento di punire i due lavoratori per le loro condotte contrarie agli orientamenti sindacali. Il datore di lavoro aveva acconsentito al licenziamento perché il sindacato aveva minacciato di ritirare tutti i propri iscritti dall'impiego se egli non avesse ceduto alla richiesta. L'azione fu condotta contro il delegato sindacale, *Allen*, che aveva preteso il licenziamento. La Corte affermò che un atto negoziale può essere sindacato dal giudice esclusivamente sulla base del criterio oggettivo della sua *wrongful nature* e non del motivo per cui esso è stato compiuto. Va sottolineato che nel caso specifico i lavoratori venivano assunti giorno per giorno, con la conseguenza che il sindacato non aveva mai minacciato la violazione dei contratti di lavoro in essere, perché ogni contratto veniva nuovamente stipulato ogni giorno.

È stato peraltro osservato che vi sono stati in diritto inglese alcuni casi in cui la *malice*, vale a dire l'intento di nuocere, è stato considerato di per se stesso rilevante ai fini della qualificazione dell'atto come vietato. In *Hollywood Silver Fox Farm Ltd v. Emmett*<sup>44</sup> l'attore si doleva che il convenuto facesse fuoco sul proprio fondo con un fucile allo scopo di spaventare le volpi da lui allevate, particolarmente sensibili, che non avrebbero nutrito i piccoli. La domanda, fondata su un'azione in *nuisance*, fu accolta perché, nonostante la particolare sensibilità delle volpi, il convenuto aveva agito con *malice*, vale a dire con l'intento di nuocere. In *Christie v. Davey*<sup>45</sup> l'attrice, insegnante di musica, dava lezioni private a casa e la sua famiglia pure amava suonare. Il convenuto disturbato dalla musica aveva reagito battendo colpi sui muri e producendo altri rumori al solo scopo d'infasti-

---

<sup>42</sup> «If it was a lawful Act, however ill the motive might be, he had a right do do it. If it was an unlawful act, however good his motive may be, he would have no right do do it». Va osservato che il caso presenta molte analogie con quello deciso dalla Corte francese di Colmar nel 1855, di cui si è discusso in precedenza e che portò all'affermazione dell'opposto principio.

<sup>43</sup> [1898] AC 1.

<sup>44</sup> [1936] 1 All ER 825.

<sup>45</sup> [1893] 1 Ch. 316.



dire l'attrice. Anche in questo caso l'azione, portata in *nuisance*, fu accolta perché il convenuto aveva agito con *malice*.

È stato tuttavia affermato che per quanto i giudici inglesi non abbiano mai riconosciuto il principio dell'abuso del diritto come un principio fondante del loro sistema giuridico, vi è un numero crescente di settori in cui esso opera <sup>46</sup>. Possono essere citati in particolare la disciplina del *tort of nuisance*, cioè della molestia tra vicini, e dell'abuso del processo.

Il *tort of nuisance* è valutato sulla base di un parametro di ragionevolezza dell'interferenza. Il principio generale, semplificando concetti che hanno avuto un'amplissima elaborazione giurisprudenziale, è che secondo la *common law* chi è nel possesso di un bene sia come proprietario che ad altro titolo (es. affittuario) ha diritto al pacifico godimento (*quiet enjoyment*) della sua proprietà. Le interferenze del vicino attraverso odori, rumori, fumi, ecc. possono essere oggetto di azione in *nuisance*. Perché la condotta sia sanzionabile occorre che la violazione superi, come s'è detto, i limiti della ragionevolezza. Varie ipotesi di azioni in *nuisance* potrebbero essere classificate nell'ambito dell'abuso del diritto secondo canoni continentali. Per taluni versi la disciplina inglese dei c.d. *economic torts* comprende alcuni profili che secondo gli schemi del diritto civile potrebbero essere classificati come ipotesi di abuso del diritto. Si tratta di illeciti civili dove è fornita tutela contro alcuni tipi di comportamenti che determinano perdite patrimoniali al terzo, senza lesione diretta della persona o dei beni. Occorre non soltanto l'intenzionalità della condotta, diretta ad arrecare una perdita economica, ma anche che l'agente si sia avvalso di *unlawful means*. Tale ultimo requisito si spiega bene perché gli *economic torts* vengono elaborati dalla giurisprudenza partendo dalla tematica della concorrenza sleale, dove non vi è comportamento illecito se la concorrenza non viene condotta con mezzi illegittimi. Tra le varie e numerose ipotesi di *economic torts* assume particolare rilievo l'induzione alla *breach of contract* che consente al creditore di agire contro il terzo che ha provocato l'inadempimento del debitore. La giurisprudenza non richiede che il terzo agisca con l'intenzione di arrecare danno, essendo sufficiente la conoscen-

---

<sup>46</sup> M. KRAUZE, *English Law and the Doctrine of Abuse of Rights*, in *Oxford University Undergraduate Law Journal*, 2012, 1 ss.

za dell'esistenza del contratto che lega le parti e la consapevole accettazione del rischio d'inadempimento da parte del debitore dell'obbligazione. Nel caso *OBG Ltd v. Allan*<sup>47</sup>, Lord Hoffmann affermò che per configurare l'illecito da rottura del contratto occorrono cinque requisiti: 1) l'esistenza di un contratto; 2) la rottura del medesimo; 3) una condotta imputabile al convenuto che deve aver provocato o indotto la rottura; 4) la consapevolezza o una colpevole negligenza del convenuto; 5) la consapevolezza da parte del convenuto degli effetti che avrebbe avuto la sua condotta. Va sottolineato che la particolare insistenza della dottrina e giurisprudenza inglese sui profili di illiceità della condotta nell'ambito degli *economic torts*, porta come risultato che il giudice non è chiamato a verificare la rispondenza delle modalità della condotta all'esercizio di un diritto ed alle ragioni per cui tale diritto è stato riconosciuto. Vi è quindi una notevole differenza tra le fattispecie di abuso del diritto, codificate nel diritto continentale o riconosciute dalla giurisprudenza, ed i casi qui considerati.

Anche il principio del *lawful act duress*<sup>48</sup> può spiegarsi in termini di abuso del diritto. Si ha tale fattispecie quando un contraente si propone di esercitare i suoi legittimi diritti in un modo non gradito alla controparte o per essa svantaggioso, tipicamente in un modo calcolato per sfruttare la particolare vulnerabilità dell'altro contraente in un dato momento o in date circostanze. In sostanza il contraente approfitta di una situazione di debolezza della controparte per ottenere un risultato. La minaccia di compiere un atto altrimenti legittimo configura un *lawful act duress* quando non è diretta a soddisfare un atto legittimo, ma al solo scopo di arrecare danno alla controparte. È una tipica ipotesi di abuso del diritto. Un'altra ipotesi analoga, che ricade nella previsione del *lawful act duress* è la minaccia di non contrattare. Il rifiuto è di per sé legittimo, ma cessa di esserlo se viene fatto allo scopo di arrecare danno. Sarebbe quindi aperta la strada,

---

<sup>47</sup> [2007] UKHL 21, [2008] 1 AC 1, [2007] 2 WLR 920.

<sup>48</sup> La giurisprudenza inglese è molto articolata nell'ammettere o nell'escludere che l'avvalersi di un diritto o il compimento di un atto lecito possa costituire un'ipotesi di *duress*, vale a dire di minaccia che può portare all'annullamento del contratto. Nell'impossibilità di citazioni più ampie, data la vastità dei precedenti giurisprudenziali e le numerose pubblicazioni in materia, rinviamo al caso deciso dalla High Court Progress Bulk Carriers Ltd v. Tube City IMS L.L.C., [2012] EWHC 273 (Comm).

in futuro, per un recepimento da parte dei giudici inglesi della dottrina dell'abuso del diritto <sup>49</sup>.

Anche per gli Stati Uniti può essere ripetuta l'osservazione già svolta per il diritto inglese. Il legislatore ed i giudici fanno scarso ricorso alla nozione di abuso del diritto, ma le esigenze pratiche che hanno suggerito l'elaborazione di tale concetto negli ordinamenti di *civil law* trovano soluzione tramite il ricorso ad altri istituti. Non sono mancati in dottrina alcuni autori che hanno osservato che fattispecie analoghe all'abuso del diritto possono essere individuate in particolari figure della disciplina giuridica, come «*nuisance, duress, good faith, economic waste, public policy, misuse of copyright and patent rights, lack of business purpose in tax law, extortion*» <sup>50</sup>. E in Australia *John Fleming* ha osservato che l'abuso del processo, che costituisce un'ipotesi di *tort*, vale a dire di illecito extracontrattuale, rientra nella previsione dell'abuso del diritto <sup>51</sup>.

È stato tuttavia osservato che non si può sostenere che la figura dell'abuso del diritto esista per diritto americano o australiano, ma che vi sono situazioni che vengono disciplinate in termini che per un giurista continentale potrebbero essere qualificati come ipotesi di abuso del diritto. E si è aggiunto che una dottrina dell'abuso del diritto è necessaria soltanto se le formule che tali diritti riconoscono sono generiche. Quando il riconoscimento del diritto si accompagna ad opportune specificazioni, come avviene nella tradizione inglese di *common law*, non vi è necessità di ricorrere alla figura dell'abuso. Se un diritto è riconosciuto dalla *common law*, il suo riconoscimento deriva da una decisione giudiziale che è tipicamente, in quanto tale, effettuata in termini ristretti. Le eventuali affermazioni che vadano oltre i fatti oggetto d'esame costituiscono un *obiter dictum* e sono prive di autorità. Anche gli *statutes* cercano in linea di massima di evitare riconoscimenti di carattere generale. Anche quando la formula

---

<sup>49</sup> In materia tributaria anche l'Inghilterra nel 2012 ha introdotto nuove regole in tema di General Anti Abuse Rule GAAR seguendo le raccomandazioni di un Report in materia redatto nel 2011. Le nuove regole sono state inserite nel Finance Act 2013. La GAAR colpisce ogni atto successivo al 17 luglio 2013 e si applica a tutte le principali imposte, esclusa l'IVA, per la quale era già stata emanata una disciplina analoga. La GAAR copre soltanto la *aggressive or abusive tax avoidance*, cioè le manovre elusive aggressive o abusive. Rimangono al di fuori i comuni scenari di ristrutturazione e pianificazione aziendale.

<sup>50</sup> J.M. PERILLO, *Abuse of Rights: A Pervasive Legal Concept*, in *Pacific Law Journal*, 1995, 27, 40.

<sup>51</sup> J. G. FLEMING, *The Law of Torts*, 8th ed., Sydney, 1992, 623.

legislativa è ampia, i giudici sono pronti ad affermare che vi sono limiti impliciti<sup>52</sup>. Così M. Byers<sup>53</sup> conclude affermando che il massimo che si può fare è dire che per diritto di *common law* l'esercizio abusivo od eccessivo del diritto è limitato dai diritti e dagli interessi dei terzi.

Tuttavia il concetto di abuso del diritto non è del tutto estraneo all'ordinamento americano. In due Stati americani in particolare, la Louisiana e Puerto Rico<sup>54</sup>, la nozione di abuso del diritto è ampiamente riconosciuta. In Louisiana essa trova riferimento nella giurisprudenza, nella dottrina e in alcune norme del codice civile di quello Stato. Anche se l'espressione *abuse of right* non figura nella legislazione, il concetto è alla base di alcune norme del codice. Va ricordato a questo proposito che il codice civile della Louisiana, che è un ordinamento di *civil law*, fu adottato nel 1808<sup>55</sup> e rivisto nel 1825 e nel 1870. I compilatori si ispirarono al codice civile francese, ma si rifecero anche alla tradizione romanistica, al diritto spagnolo (per via del fatto che New Orleans e parte del territorio erano stati in parte soggetti per un certo tempo alla dominazione spagnola). Gli artt. 667, 668, 669 del codice vietano al proprietario di fare sulla sua proprietà lavori che possano privare il vicino del godimento dei suoi beni o che gli possano provocare danno, fermo restando l'obbligo per il vicino di sopportare una mera *inconvenience*, e regolano i limiti delle immissioni facendo riferimento agli usi. È stato osservato<sup>56</sup> che queste norme sono palesemente influenzate dagli scritti di *Domat*, in particolare dal Trattato *Les lois civiles dans leur*

---

<sup>52</sup> P. CATALA-T. WEIR, *Delict and Torts: A Study in Parallel*, II, 38 *Tul. L. Rev.*, 1964, 221, 237-238.

<sup>53</sup> M. BYERS, *Abuse of Rights. An Old Principle, a New Age*, in 47 *R.D. McGill*, 2002 389.

<sup>54</sup> Puerto Rico è un *self governing Commonwealth associate* agli Stati Uniti. Capo del Governo è il presidente degli Stati Uniti. Puerto Rico è indipendente per la politica interna, mentre la politica estera, il commercio, l'amministrazione della giustizia e moltissimi altri settori sono controllati dagli Stati Uniti.

<sup>55</sup> La Louisiana fu acquistata dagli Stati Uniti da Napoleone nel 1804 per 15 milioni di dollari. L'acquisto riguardò un territorio molto più grande dell'attuale Louisiana, pari a circa il doppio dell'estensione del territorio degli Stati Uniti all'epoca, che si estendeva, sia pure con confini indefiniti, da ovest del Mississippi fino alla Montagne Rocciose, da una linea intermedia tra New Orleans ed il Texas fino al fiume Red e poi su verso nord lungo il 100° meridiano fino alle sorgenti del fiume Arkansas. La Louisiana, in ragione dell'essere stata una colonia francese, ha mantenuto il sistema legale di *civil law*, sulla scia di quello francese e spagnolo: ciò rende la Louisiana, insieme al Québec, l'unico ordinamento giuridico anglosassone non di *common law*.

<sup>56</sup> A.N. YIANNPOULOS, *Civil Liability for Abuse of Right: Something Old, Something New...*, in *Louisiana Law Review*, vol. 54, 1994.

ordre naturel e dalle *Siete Partidas* spagnole<sup>57</sup>. In materia di diritti reali e diritti di vicinato la Corte Suprema della Louisiana ha affermato alcuni principi consolidati<sup>58</sup> secondo i quali sussiste abuso del diritto quando, alternativamente: 1) il diritto è esercitato allo scopo esclusivo o predominante di danneggiare il terzo; 2) non esiste un serio e legittimo interesse meritevole di tutela giudiziaria; 3) il diritto è utilizzato in violazione di regole morali, della buona fede, o di elementari principi di equità (*fairness*); 4) il diritto è esercitato per uno scopo diverso da quello per cui è stato riconosciuto. Oltre che in materia di diritti reali, l'abuso di diritto è riconosciuto in materia di obbligazioni e contratti, dove però la giurisprudenza è restrittiva, almeno nei casi in cui le parti hanno negoziato in condizioni di parità. All'abuso è stato fatto riferimento anche in materia di illecito civile, ma la giurisprudenza è stata in genere restrittiva, ritenendosi che le regole ordinarie in materia di responsabilità civile fornissero già adeguata tutela. Si veda ad esempio il caso<sup>59</sup> deciso dalla Corte d'Appello della Louisiana, primo circuito, in cui s'invocava la responsabilità civile della vedova per non aver spostato di un'ora il funerale del defunto marito, impedendo di arrivare in tempo alle figlie e nipoti. La Corte osservò che il funerale era stato fissato per una data di due giorni successiva alla morte del marito e che ciò poteva ritenersi ragionevole; che la data non era stata tenuta segreta e che pertanto non ricorreva abuso del diritto. All'abuso si è fatto anche ricorso per mitigare la durezza di talune regole. In conclu-

---

<sup>57</sup> Si tratta del primo corpo di leggi spagnole. Volute nel 1265 dal re di Castiglia Alfonso X, le *Siete Partidas* ("Sette Parti") costituiscono il tentativo da parte del potere monarchico centrale castigliano di superare con una legislazione comune i diritti consuetudinari locali (*fueros*). Le *Siete Partidas*, largamente ispirate al diritto romano, sono un testo enciclopedico relativo al diritto, all'attività di governo, ai suoi presupposti e obiettivi, agli istituti giuridici. Il nome allude alle "sette parti" (tematiche) in cui è divisa l'opera: diritto canonico; prerogative dei regnanti; amministrazione della giustizia; le persone e la famiglia; diritto mercantile; successioni; diritto criminale. La piena recezione del diritto comune, e quindi della *Ley de las siete partidas*, avvenne però solo nel 1348 per la promulgazione dell'*Ordenamiento de Alcalá* da parte di Alfonso XI. Da quell'anno il diritto comune non fu solo un imprescindibile punto di riferimento per il processo romano-canonico, ma venne innalzato al rango di vigente diritto sussidiario rispetto ai *fueros* locali. La Partida 3, tit. 32, las. 13 stabiliva: «Come fu detto dagli antichi saggi, ancorché un uomo abbia il potere di fare quanto gli piace sulla sua terra, egli dovrà agire in maniera tale da non causare danno a nessun'altra persona».

<sup>58</sup> *210 Baronne St. Ltd. Partnership v. First Nat'l Bank of Commerce*, 543 So. 2d 502, 507, La. App. 4° Cir., ordine (writ) negato, 546 So. 2d 1219, 1989.

<sup>59</sup> *Kok v. Harris*, 563 So. 2d 374, La. App. 1° Cir., 1990.

sione si è detto che, almeno secondo il diritto della Louisiana, la funzione della dottrina dell'abuso del diritto è di attenuare la durezza del diritto positivo e di talune previsioni contrattuali alla luce di principi, espressi dalla società, che trascendono gli interessi individuali<sup>60</sup>.

Come si è detto, l'abuso del diritto è riconosciuto anche a Puerto Rico. Il *civil law* di Puerto Rico contempla l'abuso del diritto così come lo «*uso ilegal o indebido de un procedimiento judicial*» vale a dire l'abuso del processo<sup>61</sup>. La Suprema Corte di Puerto Rico ha affermato che un atto costituisce abuso del diritto quando rispetta la lettera della legge, ma porta a risultati pratici che sono contrari allo scopo ed allo spirito della legge stessa<sup>62</sup> ovvero quando l'esercizio del diritto porta a risultati che contrastano con il fondamento socio-economico della legge<sup>63</sup>.

Al di fuori della Louisiana e di Porto Rico la nozione di abuso del diritto è poco conosciuta nel resto degli Stati Uniti. Va peraltro citata una risalente sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti del 1884, in tema di abuso del processo<sup>64</sup>. Il principio ha poi avuto sviluppo maggiore in materia

---

<sup>60</sup> A.N. YIANNPOULOS, *Civil Liability for Abuse of Right*, cit.

<sup>61</sup> Si veda in particolare il caso *Boschette v. Bach*, 916 F. Supp. 91, D.C.P.R. 1996, avanti alla District Court di Puerto Rico. La vicenda riguardava il furto di un videotape a contenuto sessuale e la domanda, proposta dai genitori di una minore, di risarcimento dei danni nei confronti dell'autore del furto che aveva fatto telefonate a contenuto minaccioso ed estorsivo. Il convenuto si difendeva eccependo che, poiché le telefonate erano cessate al momento della proposizione della domanda, vi era stato abuso del processo da parte degli attori. La Corte ha respinto tale eccezione.

<sup>62</sup> Soriano-Tavárez, 108 T.P.R. 712, che richiama trattati di *civil law*.

<sup>63</sup> *Velilla v. Pueblo Supermarkets, Inc.*, 111 T.P.R. 735, 1981.

<sup>64</sup> *Krippendorf v. Hyde*, 110 U.S. 276, 4 S.Ct. 27. Il principio di diritto affermato riguardava una complessa vicenda, che ai nostri occhi ha poco a che fare con l'abuso del processo, avendo ad oggetto i rapporti tra giudizi connessi. I creditori di un terzo, in un giudizio al di fuori della giurisdizione federale, avevano aggredito la proprietà dell'attore davanti al giudice federale, attore che pretendeva di avere titolo su di essa in ragione di un proprio diritto. I beni gli erano stati restituiti dopo che egli aveva sottoscritto un impegno a consegnarli al *marshal*, impegno che prevedeva che li avrebbe consegnati ad una certa data ovvero ne avrebbe pagato il valore. L'attore, avendo disposto dei beni e pagato il loro valore al *marshal*, chiedeva che tale somma non venisse distribuita ai creditori nel giudizio originario, facendo valere il suo proprio diritto. Tenuto conto che non era in grado di mantenere il diritto sui beni tramite cauzione nei confronti del *marshal* nel giudizio davanti al giudice dello Stato, perché i beni erano sotto vincolo davanti al giudice federale, l'attore non aveva rimedio legale. Di qui l'affermazione della Corte Suprema che se necessario per evitare l'abuso del processo, una corte federale può emettere un ordine relativo al giudizio in cui il processo è stato iniziato.

tributaria ove una decisione della Corte Suprema del 1935<sup>65</sup> ha fondato il principio della *business purpose doctrine* e della *substance over form doctrine*.

#### 4. - L'abuso del diritto nella disciplina dell'insolvenza transfrontaliera.

Com'è noto la materia fallimentare è stata a lungo esclusa dalle convenzioni internazionali, salvo pochi accordi bilaterali tra Stati, perché ogni Stato è sempre stato geloso delle sue prerogative in materia. Non a caso la concezione c.d. universalistica della procedura, per cui la legge di uno Stato si applica senza limitazione di confini, è stata dominante nell'elaborazione dottrinale. I tempi sono però mutati. Attualmente vi sono strumenti sovranazionali. All'interno dell'Unione Europea vige il Regolamento CE n. 1346 del 2000 in materia d'insolvenza transfrontaliera che si applica alle imprese insolventi che svolgono la loro attività in più Stati membri. Tale Regolamento è in corso di revisione. La Commissione ha presentato una proposta ed il Parlamento Europeo ha già espresso il suo parere, che in parte non coincide con la proposta. Il Regolamento si preoccupa soltanto di dettare norme di diritto internazionale privato che regolano l'individuazione del giudice competente e della legge applicabile nel caso di procedure transfrontaliere, prevedendo che sia competente il giudice davanti al quale si è aperta la procedura principale, tale essendo quello del luogo in cui si trova il centro degli interessi principali dell'imprenditore (*Centre of main interests - COMI*). Salvo deroghe si applica la legge dello Stato in cui si è aperta la procedura principale. Con pochissime eccezioni prevale il principio di mutua fiducia tra Stati: se il giudice che

---

<sup>65</sup> *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465, 1935. Secondo il primo principio quando un contratto non ha una finalità commerciale, ma soltanto lo scopo di evitare una tassa federale, la legge non considererà il negozio. Il secondo principio stabilisce che ai fini della tassazione il contribuente è soggetto alla sostanza economica del negozio quando quest'ultima si discosta dalla forma legale. Nella specie A. controllava come unico azionista la società B che a sua volta deteneva una partecipazione nella società C. A costituiva una nuova società D ed ad essa trasferiva la partecipazione in C. Pochi giorni dopo scioglieva D e trasferiva nuovamente la partecipazione in C a se stessa e la vendeva, pretendendo che l'utile della vendita andasse esente da tassazione perché compiuto nell'ambito di un'operazione di ristrutturazione ai sensi del *Corporate Act* del 1928. La Suprema Corte osservò che qui non vi era stata alcuna ristrutturazione, se non dal punto di vista formale, e che bisognava pertanto guardare alla sostanza economica dell'atto, che era una vendita di azioni ad un soggetto terzo. È evidente che in questo caso l'atto è stato posto in essere per una finalità diversa da quella prevista dalla legge.

per primo ha pronunciato ha riconosciuto la propria competenza, tale statuizione non può essere messa in discussione e la procedura così aperta rimane la procedura principale, con la sola possibilità di aprire negli altri Paesi procedure secondarie ad effetti limitati, in pratica a tutela dei soli creditori locali, soprattutto ipotecari e privilegiati.

Poiché la disciplina concorsuale è differenziata tra Stato e Stato dell'Unione sono sorti problemi di concorrenza tra ordinamenti e forum shopping. La Germania, pur avendo un sistema improntato secondo il modello americano<sup>66</sup>, allo scopo di assicurare il pronto ingresso dell'imprenditore in procedura, ha previsto la regola c.d. dei 21 giorni in forza della quale quando il debitore è una società o comunque una persona giuridica i cui soci sono soltanto altre persone giuridiche, i suoi amministratori sono tenuti a presentare la domanda di apertura della procedura al più tardi entro tre settimane dal momento in cui la società è divenuta insolvente. Questa regola è finalizzata ad imporre che la ristrutturazione avvenga sotto il controllo del giudice. Va sottolineato che la violazione dell'obbligo di presentare domanda di apertura della procedura nelle tre settimane comporta per gli amministratori di una società insolvente responsabilità per i danni derivanti dal ritardo nei confronti della società e dei creditori. Inoltre la condotta in esame costituisce reato, punito con pena detentiva fino a tre anni ovvero con una pena pecuniaria.

Tale rigidità della normativa non agevola le trattative tra il debitore ed i creditori con la conseguenza che in molti casi le società tedesche hanno

---

<sup>66</sup> L'apertura della procedura comporta la nomina di un amministratore da parte del giudice, amministratore che può anche essere scelto dai creditori. Tuttavia al debitore può essere lasciato il potere di gestire sotto il controllo dell'amministratore, secondo il meccanismo del *debtor in possession* tipico del *Chapter 11* americano. È anche possibile far luogo ad una sorta di *prepackaged bankruptcy*, quando il debitore insieme alla domanda di apertura della procedura presenta anche un piano di ristrutturazione.

La disciplina tedesca affida al giudice un ruolo abbastanza incisivo, sia perché impone al debitore, sotto la minaccia della responsabilità civile e penale, di chiedere l'apertura della procedura entro tre settimane dal momento in cui si è manifestata l'insolvenza ponendo l'impresa sotto il controllo del giudice, sia perché prevede che il piano di ristrutturazione debba essere sottoposto dapprima al giudice per una prima deliberazione e che la sua approvazione da parte dei creditori sia sottoposta a successiva omologazione da parte del giudice stesso, che controllerà la regolarità del voto e la presenza di conflitto d'interessi. Anche l'autorizzazione al debitore a proseguire la gestione dell'impresa è soggetta al controllo giudiziale, ancorché il provvedimento del giudice richieda la successiva ratifica dell'assemblea dei creditori.



trasferito, con vari artifici, il *COMI* in Inghilterra, per approfittare del più liberale sistema del Regno Unito dove non sono previsti termini rigidi per l'apertura della procedura, ed in particolare della *CVA*. Inoltre Londra risulta appetibile come luogo di apertura di una procedura concorsuale perché i *practitioners* inglesi sono particolarmente apprezzati per la loro competenza ed imparzialità, anche se i costi sono estremamente elevati. Altre volte il pendolo è oscillato verso Parigi perché anche le procedure francesi possono essere considerate appetibili e concorrenziali rispetto a quelle previste in altri Stati avendo dimostrato in molti casi di funzionare in modo adeguato. I costi inoltre sono minori di quelli inglesi.

Va aggiunto che la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha respinto tutti i tentativi di estendere la normativa del Regolamento CE n. 1346 del 2000 in via interpretativa ai gruppi di imprese, escludendo che il *COMI* della controllante possa essere considerato come il centro di direzione effettiva delle controllate ove tale situazione non sia verificabile dai creditori. Questa rigidità della Corte è stata sostanzialmente ignorata dalla giurisprudenza dei tribunali di commercio francesi, soprattutto dai tribunali di Parigi e dell'area parigina. Radicare la competenza a Parigi è stato quindi un modo per trovare una sede dove trattare in modo congiunto le insolvenze delle varie società di un gruppo, approfittando del fatto che una volta aperta la procedura principale in uno Stato membro non è più possibile, salvo invocare il limite dell'ordine pubblico, contestare la competenza del giudice di quello Stato.

I fenomeni di *forum shopping* hanno riguardato anche le insolvenze delle persone fisiche. Vi è stata una fuga dalla Germania a favore della Francia per approfittare del più favorevole termine previsto dal diritto francese per poter beneficiare dell'esdebitazione a fronte degli otto anni richiesti dalla legge tedesca, ora recentemente ridotti in termini più ragionevoli.

In dottrina vi sono state voci, più o meno interessate, a favore o contro il *forum shopping*. Nonostante il quarto Considerando del Regolamento 1346/2000 intenda prevenire il forum shopping, affermando che «è necessario per il corretto funzionamento del mercato interno evitare incentivi alle parti a trasferire gli *asset* o i procedimenti giudiziari da uno Stato membro all'altro nel tentativo di ottenere una posizione giuridica più favorevole», occorre riconoscere che si tratta di una realtà di fatto.

Si è voluto distinguere tra un forum shopping positivo, diretto a trovare tra i Paesi dell'Unione quello con la disciplina più favorevole al caso di specie, ed un forum shopping negativo, diretto a frodare le ragioni dei creditori. Vi è stato a questo proposito anche chi, argomentando dalla sentenza *Centros* della Corte di Giustizia<sup>67</sup>, che ha affermato in materia societaria il principio della libertà di stabilimento, ha sostenuto che tale principio dovesse valere anche con riferimento all'insolvenza. Vi sarebbe quindi un vero e proprio diritto della società insolvente di trasferire la propria sede all'estero, nel Paese membro dell'Unione europea in cui fosse in vigore la disciplina più favorevole per il raggiungimento di un accordo con i creditori.

Come si è detto, il Regolamento CE n. 1346 del 2000 prevede che sia competente il giudice del luogo in cui il debitore ha il suo *centre of main interests* (*COMI*). Per le società il Regolamento prevede una presunzione semplice che il *COMI* coincida con la sede legale. L'accertamento del luogo in cui il debitore ha il suo *COMI*, dipende in misura rilevante da circostanze di fatto, che si prestano ad interpretazioni differenti<sup>68</sup>. Il trasferimento della sede di una società, in qualche caso ricorrendo ad operazioni di ingegneria societaria come la fusione, non è particolarmente complesso, soprattutto quando non si tratta di società operative dotate di stabilimenti e dipendenti. L'esperienza comunque insegna che, una volta che la sede sia stata trasferita, soprattutto quando non vi sono contestazioni in proposito da parte dei creditori più rilevanti, sarà relativamente semplice aprire una procedura d'insolvenza nel Paese in cui è avvenuto il trasferimento senza che vengano sollevate eccezioni.

Le ragioni che possono spingere al trasferimento del *COMI* non sono uniformi e non sempre possono essere individuate con facilità. Anche le ragioni indicate dal debitore vanno valutate con cautela perché il trasferi-

---

<sup>67</sup> Le sentenze che hanno affermato il principio della libertà di stabilimento in materia societaria sono Corte giust. UE 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros*, Corte giust. UE 5 novembre 2002, C-208/00, *Überseering* e Corte giust. UE 30 settembre 2003, C-167/01, *Inspire Art*. Per la relazione tra questi casi, in materia di diritto societario, e la disciplina dell'insolvenza si veda M.L. LENNARTS, *The review of the EU Insolvency Regulation – Time to recognize the ties that bind company law and insolvency law?*, in *NACIL Reports 2011*, Amsterdam, 2012, 49-50 e W.G. RINGE, *Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation*, in *EBOR 2008/9*, 609-612.

<sup>68</sup> M.L. LENNARTS, *The review of the EU Insolvency*, cit. conclude che il *COMI* è necessariamente un concetto impreciso e che nessuna definizione sarà mai in grado di porvi rimedio.

mento sovente avvantaggia qualcuna delle parti coinvolte e ne danneggia qualche altra; raramente si tratta di un'operazione neutrale.

Un esempio negativo di *COMI migration* è stato il caso *BenQ*<sup>69</sup>. La società olandese *BenQ Mobile Holding B.V.* operava sia in Germania che in Olanda. Nel 2006 la società chiese l'apertura di una procedura d'insolvenza in Olanda. Le attività ammontavano all'epoca a 17 milioni di euro. Un azionista taiwanese vantava un credito di 70 milioni a fronte di un finanziamento concesso in qualità di socio. Secondo il diritto tedesco si trattava di un credito postergato. Secondo il diritto olandese all'epoca non vi erano né norme di legge né precedenti giurisprudenziali che provvedessero in tal senso. Per evitare che l'ammissione del credito danneggiasse gli altri creditori, i creditori tedeschi sostennero che si era di fronte ad un caso di *forum shopping* e che il *COMI* era in Germania. La Corte olandese ritenne che il possibile danno per i creditori non fosse da solo argomento sufficiente per ritenere che la procedura non dovesse essere aperta in Olanda. Nei fatti il curatore olandese riuscì a negoziare un accordo sul pagamento dei crediti infragruppo che rese possibile il pagamento al 100% degli altri creditori. In questo caso, a dire il vero si poteva sostenere che l'esistenza di un *forum shopping* fosse quantomeno incerta e che in realtà la questione se il *COMI* fosse in Olanda o in Germania era quantomeno controversa.

Tuttavia si può agevolmente sostenere che il trasferimento del *COMI* produce effetti negativi perché crea incertezza sulla disciplina legale e maggiori costi. Questi nascono dal fatto che una società deve essere liquidata secondo una disciplina che è diversa da quella che regola il suo assetto societario. Anche i creditori, che hanno stipulato i contratti da cui derivano i loro crediti nell'aspettativa che venisse applicata una certa normativa, si trovano di fronte alla spiacevole sorpresa che la liquidazione avviene secondo una legge diversa e non familiare.

A queste obiezioni i sostenitori della *COMI migration* obiettano che non sono le regole sulla responsabilità degli amministratori o il trattamento

---

<sup>69</sup> District Court Amsterdam, 24 Gennaio 2008, JOR 2008/17 (*BenQ*). Si veda in proposito T.M. BOS, *Forumshopping in een Europese insolventie*, in: B.E. REINHARTZ e.a. (eds.), *Derden in het privaatrecht*, Den Haag, 2008, 183-213. Al caso *BenQ* fanno riferimento R.J. DE VELS-M. BREEMAN, *Comi-migration: use or abuse of european insolvency law?*, in *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, No. 2013-38, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2013-07, 5 ss.

degli azionisti che spingono a trasferire il *COMI*, ma la possibilità di giovare di regole migliori in tema di riorganizzazione. Si fanno gli esempi dei casi *Schefenacker* e *Deutsche Nickel*<sup>70</sup>. In questi due casi il trasferimento del *COMI* dalla Germania a Londra, grazie a complicate operazioni societarie, ha consentito di proporre ai creditori una ristrutturazione fondata sulla trasformazione del debito in capitale di rischio che in Germania non sarebbe stata possibile perché gli azionisti potevano opporre un voto di blocco. I creditori furono ampiamente favorevoli. Va però aggiunto che lo spostamento del *COMI* fu possibile proprio per il consenso dei creditori, perché la verità era che la stragrande maggioranza delle attività e dei dipendenti erano in Germania. Nel caso *Schefenacker* i creditori interessati erano soltanto gli obbligazionisti, che ricevevano per effetto del trasferimento in Inghilterra un trattamento migliore. Gli altri creditori, in particolare i *secured creditors* non erano pregiudicati e, come si è visto, gli azionisti erano avvantaggiati. In altri simili casi, l'opposizione dei creditori provocò l'intervento del giudice inglese che ritenne che il *COMI* non fosse in Inghilterra, ma in Germania.

---

726

La vicenda *Brochier*, che ha dato luogo a diverse decisioni sia dei giudici inglesi che di quelli tedeschi, sotto questo profilo è eloquente. La *Hans Brochier Holdings Limited* era una delle imprese industriali più antiche della Germania, le cui radici risalivano al 1873. Aveva ad oggetto l'esecuzione di prestazioni edili di qualsiasi tipo a livello nazionale ed all'estero, specialmente la costruzione di impianti e di tubature. Da una revisione eseguita nel settembre 2005 da parte di revisori contabili indipendenti risultava che la società era pesantemente indebitata. I revisori consigliarono l'accesso ad una procedura d'insolvenza, ma tale consiglio non venne ascoltato.

La società preferì invece organizzare la *migration* in Inghilterra. A tal fine si ricorse ad un complesso *escamotage* già adottato con successo nel caso

---

<sup>70</sup> W.G. RINGE, *Forum Shopping*, cit., 585-587; G.F. SCHLAEFFER, *Forum Shopping under the Regime of the European Insolvency Regulation*, in *The International Insolvency Institute*, in *International Insolvency Studies*, 2010, reperibile sul sito dell'Istituto. Sui casi *Schefenacker*, *Deutsche Nickel* e *Brochier*, descritti nel testo, esiste una vastissima letteratura. Tutti e tre i casi, di cui soltanto *Brochier* portò a pronunce giurisprudenziali, risalgono al 2007 e sono quindi ormai risalenti. Essi però forniscono anche oggi utili indicazioni sulla questione del trasferimento del *COMI* e dell'abuso del diritto.

*Schefenacker* per trasferire il *COMI* in Inghilterra <sup>71</sup>. Il risultato finale fu l'estinzione della capogruppo tedesca e la sua sostituzione con una società di diritto inglese, con *registered office* a Londra. Si riteneva di aver in questo modo trasferito il *COMI* in Inghilterra. Tuttavia era sufficiente un controllo appena meno superficiale per accertare che: l'attività operativa veniva svolta (quasi) esclusivamente in Germania <sup>72</sup>. La società presentò dunque domanda per l'apertura di una procedura volontaria d'insolvenza in Inghilterra. Nell'istanza si affermò, in termini generici, che il *COMI* della società si trovava in Inghilterra. La procedura d'insolvenza fu pertanto aperta dalla *High Court* di Londra alle ore 12.34 dello stesso 4 agosto 2006. Gli amministratori furono nominati in conformità alla richiesta che era stata fatta dalla società. L'apertura consisteva in un provvedimento automatico, conseguente alla presentazione della domanda, cui non corrispondeva alcun esame dell'istanza e del suo fondamento da parte del giudice. Lo stesso giorno alle ore 12.30 sei lavoratori avevano presentato domanda per l'apertura di una procedura d'insolvenza avanti al Tribunale fallimentare di Norimberga. Il Tribunale <sup>73</sup> ritenne la propria competenza, concluse che il *COMI* si trovava in Germania e, ignorando l'esistenza della

---

<sup>71</sup> La società manteneva dal 1976 la denominazione sociale "Hans Brochier GmbH & Co. KG". Era cioè una società in accomandita in cui l'accomandatario era una società a responsabilità limitata. Nel 1999 le quote dell'accomandante erano state trasferite alla ABC mbH [s.r.l. di diritto tedesco] con sede in Essen, che era anche divenuta socio unico della società accomandataria. A seguito di complicate operazioni societarie ad un certo punto la società era controllata da un accomandatario, Brochier Verwaltungs GmbH, e da due accomandanti, la l'OS Limited, società di diritto inglese, e la Brochier Holdings Limited, già BCS Limited, anch'essa società di diritto inglese. Con l'accordo del 18 novembre 2005 l'accomandatario, la Brochier Verwaltungs GmbH [s.r.l. di diritto tedesco], e l'accomandante, l'OS Limited, uscirono dalla società. La società in accomandita, Hans Brochier GmbH & Co. KG., di conseguenza si estinse senza che si facesse luogo a liquidazione perché il patrimonio della società fu trasferito tramite accrescimento, in conformità con quanto previsto dal § 738, comma 1, del BGB [Codice Civile tedesco] al rimanente accomandante, la Brochier Holdings Limited, già BCS Limited.

<sup>72</sup> Oltre alla sede principale a Norimberga, esistevano sette altri stabilimenti in Germania; l'Hans Brochier Holdings Limited impiegava 728 lavoratori in Germania al momento della presentazione della domanda di apertura di una procedura concorsuale. Ed ancora tutti i conti che servivano per scopi operativi, si trovavano in Germania; il sito Internet dell'Hans Brochier Holdings Ltd. faceva unicamente riferimento alla sede centrale di Norimberga. La società non aveva un proprio ufficio a Londra. L'indirizzo della sede legale corrispondeva all'indirizzo di uno studio legale. In Gran Bretagna esisteva un unico conto corrente bancario, che non serviva per scopi operativi ed il cui saldo iniziale era stato costituito con il trasferimento della provvista da Norimberga.

<sup>73</sup> Brochier II, EWIR 2007, 81.

procedura aperta in Inghilterra, dispose la nomina di un curatore provvisorio. Questi ebbe contatti con gli amministratori nominati nella procedura inglese e assunse varie iniziative, dirette a garantire la prosecuzione dell'attività. Al contrario gli amministratori inglesi insistevano per la cessazione.

Una complessa questione riguardava il diritto dei lavoratori a percepire, in base alla disciplina comunitaria, il c.d. *Insolvenzgeld*, vale a dire le ultime tre mensilità di retribuzione a carico di un'agenzia federale tedesca. L'accoglimento della domanda avrebbe reso molto più difficile la ripresa dell'attività, per cui si batteva il curatore provvisorio nominato dal giudice tedesco.

Il curatore tedesco assunse due iniziative: da un lato propose una domanda davanti alla *High Court* di Londra in opposizione alla deliberazione di apertura della procedura inglese, motivata con la mancanza di un *COMI* in Inghilterra; dall'altro si oppose ai sensi dell'art. 26 del Regolamento CE n. 1346 del 2000 al riconoscimento della sentenza della *High Court* in Germania.

---

728

Gli stessi amministratori nominati nella procedura inglese di *administration* giunsero alla conclusione che il *COMI* non si trovava in Inghilterra, e che la presunzione semplice dettata dall'art. 3, comma 2, del Regolamento CE n. 1346 del 2000 in relazione al luogo della sede statutaria della società poteva essere superata. Chiesero essi stessi pertanto di chiudere la procedura principale d'insolvenza. La *Court of Justice*<sup>74</sup>, dopo aver sentito in qualità di testimone il curatore provvisorio nominato in Germania, deliberò il 15 agosto 2006 che il *COMI* dell'*Hans Brochier Holdings Ltd.* si era sempre trovato in Germania e si trovava ancora in Germania e che la nomina dei curatori fallimentari inglesi era nulla. Concluse che non vi era nessun motivo che giustificasse una procedura principale d'insolvenza in Inghilterra. La *Court of Justice* motivò espressamente richiamandosi alla decisione della Corte europea di Giustizia nel caso *Eurofood*<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> Brochier III, EWIR [1] 2007, 177; NZI [2] 2007, 187.

<sup>75</sup> Corte giust. UE (Grande Chambre), 2 maggio 2006, C-341/04, Racc. 2006, I-03813, *Eurofood IFSC Ltd.*, in *Fallimento*, 2006, 1249 con nota di P. CATALLOZZI, *Il regolamento europeo e il criterio del Comi (Centre of main interests): la parola alla corte (commento a Corte di Giustizia CE 2 maggio 2006, n. C-341/04)*; in *Quotidiano giuridico*, Milano, 3 maggio 2006, con nota di R. CONTI,

Intanto il Tribunale di Norimberga <sup>76</sup> era autonomamente giunto alla conclusione di non poter riconoscere la prima decisione della *High Court* di apertura della procedura d'insolvenza in Inghilterra, argomentando dall'art. 26 del Regolamento CE n. 1346 del 2000 che consente di non riconoscere una procedura d'insolvenza quando vi ostino ragioni fondate sull'ordine pubblico. Occorre ricordare che l'art. 26 recita: «Uno Stato membro può rifiutarsi di riconoscere una procedura di insolvenza aperta in un altro Stato membro o di eseguire una decisione presa nell'ambito di detta procedura, qualora il riconoscimento o l'esecuzione possano produrre effetti palesemente contrari all'ordine pubblico, in particolare ai principi fondamentali o ai diritti e alle libertà personali sanciti dalla Costituzione».

Va sottolineato che le conclusioni cui era pervenuto il giudice tedesco rappresentavano, come nel caso *Eurofood*, una vera e propria ribellione al principio stabilito dal Regolamento CE n. 1346 del 2000 per cui la procedura aperta per prima come procedura principale produce direttamente effetti in tutti gli Stati membri <sup>77</sup>. La *High Court* di Londra con decisione

---

*Fallimento della controllata irlandese di una holding italiana pronunciato da autorità straniera*; 18 maggio 2006, con nota di L. PANZANI, *Conflitti di competenza nell'insolvenza transfrontaliera*.

<sup>76</sup> Brochier IV, EWIR 2007, 177; ZIP [1] 2007, 81; NZI 2007, 185.

<sup>77</sup> In particolare secondo il Tribunale tedesco ostavano al riconoscimento della procedura inglese queste circostanze:

- a) il giudice inglese non aveva verificato la propria competenza autonomamente, ma aveva deliberato l'apertura della procedura d'insolvenza unicamente sulla base delle affermazioni prive di riscontro oggettivo del proponente l'istanza;
- b) la decisione era basata su indicazioni contrarie al vero del proponente dell'istanza;
- c) la decisione non era stata motivata;
- d) il curatore fallimentare (cioè gli administrators della CVA) non erano indipendenti, perché erano stati nominati su domanda della debitrice in stato d'insolvenza ed avevano ricevuto consulenza da parte degli avvocati di fiducia della debitrice e dai soci di quest'ultima. Alcuni degli argomenti utilizzati erano in netto contrasto con i principi affermati dal Regolamento comunitario. In particolare il Regolamento [art. 2, lett. d)] qualifica come "giudice" «l'organo giudiziario o qualsiasi altra competente Autorità di uno Stato membro legittimata ad aprire una procedura di insolvenza o a prendere decisioni nel corso di questa». Non prevede che la decisione debba essere motivata. Non impone che l'organo gestore della procedura debba essere indipendente dal debitore.

Si vedano in senso contrario alle conclusioni cui è pervenuto il giudice tedesco i rilievi di H. VALLENDER, NZI 2007 129; Kebekus, ZIP 2007, 84; Duursma-Kepplinger, EWIR 2007, 81, citati da C. MACK CASTELLETTI, *Il trasferimento del COMI alla vigilia di una procedura fallimentare tedesca - Esperienze con il regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza nel caso Brochier - "the migration that left comi behind"*, Relazione tenuta alla *Seventh Annual International Conference dell' International Insolvency Institute*, 11-12 Giugno, 2007, New York City.

del 30 agosto 2006 aprì, su istanza dei *directors* della società inglese *Brochier* una procedura secondaria d'insolvenza. Anche questo tentativo peraltro non andò a buon fine, perché con successiva pronuncia la *Court of Justice*<sup>78</sup> di Londra accertò che non ricorrevano i presupposti per l'apertura di una procedura secondaria perché in Inghilterra la *Hans Brochier* non aveva mai avuto una dipendenza ai sensi del combinato disposto degli artt. 3, comma 2, e 1, lett. *h*), del Regolamento CE n. 1346 del 2000. Infine, rimosso ogni ostacolo, il Tribunale di Norimberga poté aprire la procedura principale d'insolvenza nei confronti della società *Brochier* in Germania con decisione del 1 ottobre 2006.

La vicenda dimostrerebbe, secondo una parte dei commentatori, che non è possibile la *migration* quando al trasferimento della sede sociale non corrisponda un effettivo mutamento del *COMI*, che rimane nello Stato di partenza<sup>79</sup>. In realtà, come si è detto, se si confronta questo caso con il caso *Schefenacker*, occorre sottolineare che il successo o l'insuccesso è soprattutto legato al consenso dei creditori alla *migration*. Nel caso *Schefenacker* i creditori interessati erano soltanto gli obbligazionisti, che ricevevano per effetto del trasferimento in Inghilterra un trattamento migliore. Nel caso *Brochier* il trasferimento in Inghilterra danneggiava gli interessi dei lavoratori che preferivano la prosecuzione dell'attività d'impresa. Un altro profilo interessante di questo caso è costituito dalla reazione del giudice tedesco contro l'apertura della procedura principale in Inghilterra, probabilmente errata alla luce della disciplina comunitaria. Invece di attendere la pronuncia della *High Court* sull'opposizione al procedimento aperto a Londra, il giudice di Norimberga ha ritenuto di non riconoscere la decisione inglese ai sensi dell'art. 26 del Regolamento CE n. 1346 del 2000, per ragioni di ordine pubblico.

In effetti è indubbio che il giudice tedesco ha toccato un punto assai delicato perché il procedimento di *CVA* non richiede un controllo diretto del giudice sulla sussistenza delle condizioni di ammissione alla procedura. All'epoca dei fatti l'apertura del procedimento seguiva direttamente

---

<sup>78</sup> Court of Justice, NZI 2007, 187.

<sup>79</sup> Così C. MACK CASTELLETTI, *Il trasferimento del COMI alla vigilia di una procedura fallimentare tedesca*, cit.



alla presentazione della domanda, redatta su un apposito modulo, senza che venisse compiuta alcuna istruttoria. Vero è peraltro che, come l'esperienza concreta ha dimostrato, è possibile proporre opposizione allo stesso giudice che ha emanato la decisione di apertura del procedimento, dimostrando che non sussistono le condizioni per l'apertura di una procedura principale o secondaria.

Non è dunque tanto questione di contrasto con principi irrinunciabili di ordine pubblico, quanto piuttosto di un differente disciplina in ordine alle condizioni di apertura della procedura nei paesi di *common law* e di *civil law* e di differente valutazione del ruolo del giudice che nell'esperienza tedesca ha maggiori funzioni di controllo, come del resto avviene nella maggior parte dei Paesi dell'Europa continentale, rispetto a quanto avviene nell'esperienza inglese, ove interviene soltanto quando sorga un conflitto.

Come si è accennato, non è agevole per i creditori opporsi al trasferimento del *COMI* in un altro Stato membro, perché ciò implica agire in sede di appello davanti al giudice straniero, con i costi e le difficoltà che ne conseguono. L'eccezione al carattere vincolante in tutta l'Unione Europea della decisione che ha aperto la procedura principale d'insolvenza è rappresentata soltanto dal principio di ordine pubblico, che si può ritenere violato soltanto quanto sono in gioco i diritti fondamentali, ad esempio il diritto ad un giusto processo, come è stato ritenuto dalla Corte di Giustizia nel caso *Eurofood*. Tuttavia in dottrina è stato suggerito che l'indebito trasferimento del *COMI* possa essere considerato un'ipotesi di abuso del diritto. La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha ritenuto che sussista l'abuso del diritto quando sono presenti un elemento oggettivo, rappresentato dal fatto che, nonostante il formale rispetto delle norme comunitarie, non viene raggiunto lo scopo per cui queste norme sono state emanate, ed un elemento soggettivo, costituito dall'intenzione di trarre vantaggio dalla disciplina dell'Unione creando artificialmente le condizioni per la loro applicazione <sup>80</sup>. Nella sentenza *Kofoed* la Corte ha fatto

---

<sup>80</sup> I casi principali che hanno dato luogo alla costruzione del principio del divieto di abuso del diritto in sede comunitaria sono: Corte giust. UE 14 dicembre 2000, C-110/99, *Emsland-Stärke GmbH v Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, in cui era questione di beni che venivano esportati per venir poi reimportati, senza che gli imballaggi venissero neppure aperti, al solo

espressamente riferimento al divieto di abuso del diritto come ad un principio generale del diritto dell'Unione, sì che si può affermare che tale principio valga anche con riguardo alla materia disciplinata dal Regolamento CE n. 1346 del 2000. Tuttavia va detto che non vi sono casi in cui la Corte di Giustizia abbia fatto effettiva applicazione del principio in materia d'insolvenza<sup>81</sup>. Poiché, come si è detto, la decisione del giudice nazionale di apertura di una procedura principale è vincolante per tutti gli Stati membri, può dubitarsi che l'abuso del diritto possa essere fatto valere di fronte ad una diversa giurisdizione, salvo ritenere che esso possa venir ricompreso nell'ambito della violazione dei principi di ordine pubblico, che sola legittima il giudice di un altro Stato membro a non riconoscere la decisione di apertura della procedura principale<sup>82</sup>.

Una volta riconosciuto che il divieto dell'abuso del diritto si applica anche nel campo dell'insolvenza<sup>83</sup>, occorre ancora stabilire in quali ipotesi di

---

fine di trarre vantaggio dalla disciplina fiscale in materia di IVA; Corte giust. UE 21 febbraio 2006, C-255/02, *Halifax plc v. Commissioners of Customs & Excise*, caso in cui la società aveva evitato di pagare l'IVA sui lavori di costruzione di immobili moltiplicando le società controllate che gestivano formalmente le operazioni; Corte giust. UE 12 settembre 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, caso in cui era questione della legalità di una disciplina che imponeva tasse sulla capogruppo inglese sui profitti realizzati da controllate aventi sede in Irlanda; Corte giust. UE 5 luglio 2007, C-321/05, *Kofoed v. Skatteministeriet*, caso relativo all'applicazione di una clausola antiabuso inserita nell'art. 11 (1)(a) della Direttiva Merger. Per una rassegna cfr. A. LENAERTS, *The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A critical position on its role in a codified European Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 2010, 6, 1121-1154.

<sup>81</sup> In dottrina si sono espressi nel senso dell'applicabilità del divieto di abuso del diritto: H. EIDENMÜLLER, *Abuse of Law in the context of European Insolvency Law*, in *ECFR* 2009, 1, 9; J. ISRAËL, *Shopping voor een schone lei*, in *NTBR* 2012, 19; R.J. DE VELJS-M. BREEMAN, *Comi-migration*, cit., 12. Ritieni applicabile il principio anche J. ARMOUR, *Abuse of European Insolvency Law? A Discussion*, in R. DE LA FERIA-S. VOGENAUER (a cura di), *Prohibition of Abuse of Law*, Oxford, 2011, 161 ss., che però conclude per la non utilizzabilità in concreto del principio.

<sup>82</sup> In senso contrario R. J. DE VELJS-M. BREEMAN, *Comi-migration*, cit., 13.

<sup>83</sup> Anche in Italia si è sovente ritenuto che si possa configurare l'abuso del diritto in materia d'insolvenza. In tal senso si sono espressi sovente i giudici di merito, ad esempio con riferimento al concordato ed alla formazione delle classi. In proposito cfr. App. Milano, 21 febbraio 2013, in *www.ilcaso.it*, n. 8814, pubbl. il 22 aprile 2013, secondo il quale la presentazione di un ricorso di concordato dopo aver già presentato una domanda di concordato può in astratto configurare un utilizzo abusivo delle facoltà riconosciute dalla normativa (nel caso di specie il giudice ha escluso l'abuso perché il creditore precedente per la dichiarazione di fallimento non aveva riportato danno). Similmente cfr. Trib. Messina, 1 febbraio 2013, *ivi*, n. 8962, pubbl. il 20 maggio 2013; Trib. Perugia, 19 luglio 2013, *ivi*, n. 9368, pubbl. il 5 agosto 2013; App. Venezia, 29 maggio 2014, *ivi*, n. 10751, pubbl. il 7 luglio 2014; Trib. Forlì, 12 marzo 2013, *ivi*, n. 10036, pubbl. il 13 febbraio 2014; Trib. Nocera Inferiore, 21 novembre 2013, *ivi*, n. 9773, pubbl. il 4 dicembre 2013; Trib. Cuneo, 22 dicembre 2013, *ivi*, n. 9931, pubbl. il 23

trasferimento del *COMI* vi può essere abuso. In assenza di pronunce della

---

gennaio 2014; Trib. Terni, 26 febbraio 2013, *ivi*, n. 8603, pubbl. il 4 marzo 2013. Si tratta di casi in cui era questione di una domanda di concordato presentata in pendenza di istanza di fallimento e nei quali i giudici hanno generalmente ravvisato l'abuso del diritto nella circostanza che la domanda di concordato non fosse accompagnata dai documenti richiesti o che comunque emergesse la prova di frodi o di comportamenti illeciti.

App. Torino, 21 maggio 2013, *ivi*, n. 9023, pubbl. il 1 luglio 2013, ha affermato che perché sussista abuso del diritto occorre che «l'uso strumentale della procedura concordataria da parte del debitore assuma rilevanza causale genetica tale da determinare la nullità del contratto ex articolo 1418 c.c.» Nella specie si discuteva se sussistesse il potere del giudice di censurare la mancata formazione delle classi e la Corte ha ritenuto che tale facoltà sussistesse soltanto nell'ipotesi di abuso nei termini ora detti.

Nella giurisprudenza della Cassazione va ricordata Cass. 29 ottobre 2013, n. 24359, che ha affermato che nel concordato fallimentare nel giudizio di omologazione il controllo del tribunale è limitato alla verifica della regolarità formale della procedura e dell'esito della votazione – salvo che non sia prevista la suddivisione dei creditori in classi ed alcune di esse risultino dissenzienti – restando escluso ogni controllo sul merito, ad eccezione dell'indagine sull'eventuale abuso dell'istituto. Con riguardo ai limiti del controllo del giudice sulla fattibilità del concordato, con riferimento al concordato preventivo, Cass. 23 giugno 2011, n. 13817, in *Dir. fall.*, 2012, II, 348, nell'escludere tale possibilità, ha affermato in parte motiva che «C'è tuttavia un limite implicito che è quello, più volte e anche di recente, richiamato dalla giurisprudenza di legittimità (sez. I, sent. n. 3274 del 2010 ed altre *ivi* citate), dell'abuso del diritto che nella specie si declina nell'abuso dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede laddove emerga la prova che determinati comportamenti depauperativi del patrimonio siano stati posti in essere con la prospettiva e la finalità di avvalersi dello strumento del concordato, ponendo i creditori di fronte ad una situazione di pregiudicate o insussistenti garanzie patrimoniali in modo da indurli ad accettare una proposta comunque migliore della prospettiva liquidatoria. È indubbio che in presenza di una tale condotta (del cui accertamento, nella fattispecie, non vi è sicura traccia) il concordato non sia ammissibile in quanto rappresenterebbe il risultato utile della preordinata attività contraria al richiamato principio immanente nell'ordinamento». Cass. 15 settembre 2011, n. 18864, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 119, ha affermato che «In tema di omologazione del concordato preventivo, sebbene, nel regime conseguente all'entrata in vigore del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, al giudice sia precluso il giudizio sulla convenienza economica della proposta, non per questo gli è affidata una mera funzione di controllo della regolarità formale della procedura, dovendo, invece, egli intervenire, anche d'ufficio ed in difetto di opposizione *ex art. 180 l. fall.*, sollevando le eccezioni di merito, quale quella di nullità, *ex art. 1421 c.c.*; in particolare, se è vero che l'apprezzamento della realizzabilità della proposta, come mera prognosi di adempimento, compete ai soli creditori, ove sussista, invece, un vero e proprio vizio genetico della causa, accertabile in via preventiva in ragione della totale ed evidente inadeguatezza del piano, non rilevata nella relazione del professionista attestatore, il giudice deve procedere ad un controllo di legittimità sostanziale, trattandosi di vizio non sanabile dal consenso dei creditori e così svolgendo il predetto giudice una funzione di tutela dell'interesse pubblico, evitando forme di abuso del diritto nella utilizzazione impropria della procedura». Va sottolineato che le due decisioni hanno determinato un contrasto sul sindacato sulla fattibilità del piano che è stato composto da Cass., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 149 con nota di M. FABIANI; in *Società*, 2013, 442 con nota di F. DE SANTIS; in *Giur. comm.*, 2013, II, 333, con nota di P.F. CENSONI; in *Giur. it.*, 2013, 2538, con nota di G. FAUCEGLIA; in *Riv. dir. comm.*, 2013, II, 189, con nota di G. TERRANOVA; in *Corr. giur.*, 2013, 633 con nota di I. PAGNI.

In dottrina hanno espresso perplessità sul ricorso alla teoria dell'abuso P.F. CENSONI, *Sul-*

Corte di giustizia, la dottrina<sup>84</sup> ha suggerito alcuni criteri. Si è osservato, facendo riferimento ai casi più noti di trasferimento del *COMI* verso il Regno Unito (in genere il trasferimento mira ad avvalersi della disciplina inglese dell'insolvenza, considerata più favorevole per la sua maggior elasticità e libertà), che in genere lo spostamento del *COMI* è stato utilizzato in quattro ipotesi: *a*) per poter varare più facilmente piani di ristrutturazione; *b*) per poter ottenere il consenso dei creditori su forme di ristrutturazione secondo il modello della *pre-packaged bankruptcy*; *c*) per avvalersi di un diverso regime delle revocatorie; *d*) per evitare che i finanziamenti concessi dai soci siano postergati. Le prime due ipotesi sono compatibili con quello che è certamente lo scopo principale della disciplina comunitaria transfrontaliera dell'insolvenza: procedere alla ristrutturazione in modo tale da assicurare la massimizzazione delle attività nell'interesse dei creditori. Le altre ipotesi, che favoriscono taluni creditori a spese di altri, rientrano invece o possono rientrare nell'ambito dell'abuso del diritto.

##### 5. - L'abuso del diritto nel trasferimento del *COMI*. Casi pratici.

Sulla base dell'esperienza è dunque possibile individuare le ragioni più frequenti che hanno determinato il *forum shopping* e valutarne la compatibilità con il divieto di abuso del diritto con riferimento alla disciplina comunitaria dell'insolvenza.

Per quanto riguarda i piani di riorganizzazione dell'impresa, la disciplina varia considerevolmente tra i vari Stati membri dell'Unione Europea<sup>85</sup>. Le maggioranze richieste per l'approvazione del piano sono diverse. La Ger-

---

*L'ammissibilità di un concordato preventivo non conveniente*, in *Fall.*, 2010, 993; M. COSTANZA, *Perché ricorrere alle clausole generali quando è sufficiente l'applicazione della norma positiva?*, in *Fall.*, 2009, 465. Da ultimo M. FABIANI, *Per un superamento delle reciproche diffidenze fra giudice e parti nel concordato preventivo*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), osserva che «di condotta abusiva si potrà discutere tutte le volte in cui si dimostri (e la prova non sarà, certo, agevole) che l'imprenditore ha compiuto determinati atti non solo per avvantaggiare sé o altri, ma già con la consapevolezza di alterare scientemente le condizioni dell'impresa in modo da rappresentare ai creditori il concordato come soluzione obbligata per regolare la crisi».

<sup>84</sup> H. EIDENMÜLLER, *Abuse of Law in the context of European Insolvency Law*, cit., 14 ss.; R.J. DE VELJS-M. BREEMAN, *Comi-migration*, cit., 14.

<sup>85</sup> Per un'analisi comparativa si veda V. FINCH, *Corporate Insolvency Law*, Cambridge, 2009, 291-292.

mania e l'Olanda richiedono una maggioranza pari al 50% dei creditori chirografari sia per numero che per somma<sup>86</sup> (la Germania richiede anche l'approvazione di tutte le classi di creditori), con il temperamento rappresentato dal *cram down* in virtù del quale il giudice, quando la maggioranza richiesta non sia stata raggiunta, può imporre ugualmente il piano ai creditori dissenzienti quando dalla liquidazione essi non possano ottenere di meglio. Il Regno Unito prevede invece per la *CVA* una maggioranza molto più elevata, pari al 75% per valore dei creditori, presenti di persona o per delega<sup>87</sup>. A fronte di tale elevata maggioranza però il sistema inglese stabilisce che gli azionisti possano essere vincolati dal piano. Gli azionisti hanno diritto di votare in una assemblea separata, ma il loro voto può essere superato dal voto dei creditori, salva la possibilità di contestare il risultato davanti al giudice. Lo *scheme of arrangement*, un diverso tipo di procedura, presenta le stesse maggioranze e può essere vincolante anche per i creditori privilegiati dissenzienti<sup>88</sup>.

La possibilità di paralizzare il voto contrario degli *stakeholders* e tra questi degli azionisti, è il motivo che in molti casi ha spinto a trasferire il *COMI* in Inghilterra. Proprio per questo motivo nel 2012 la Germania ha modificato la sua legislazione<sup>89</sup> prevedendo che gli azionisti possano votare il piano, ma che in caso di voto contrario la Corte possa superare tale voto negativo in base al principio della *Obstruktionverbot*, cioè del *cram down*, salvo che essi possano dimostrare che con il piano essi riceverebbero un trattamento meno favorevole che in caso di liquidazione. Un tratto peculiare della nuova disciplina tedesca è che i creditori persone fisiche non possono essere obbligati ad accettare la conversione del debito in capitale di rischio. Questi creditori hanno così un potere di ostruzione che può portare alla necessità di pagarli, derogando al principio della parità di trattamento. In conclusione, lo spostamento del *COMI* può essere visto in questi casi

---

<sup>86</sup> Si veda per la Germania prima delle modifiche introdotte nel 2012 su cui infra, l'art. 244 della *Insolvenzordnung* (InsO). Per l'Olanda si consultino gli artt. 145 e 268 della legge sull'insolvenza (*Faillissementswet*). Sul diritto olandese si veda A.D.W. SOEDIRA, *Het Akkoord*, Deventer, 2011, 141-142.

<sup>87</sup> *Insolvency Rules* 1986 1.19(2). Si veda A. KEAY-P. WALTON, *Insolvency Law*, Bristol, 2008, 148.

<sup>88</sup> R. BORK, *Rescuing companies in England and Germany*, in *Oxford University Press*, 2012, 216.

<sup>89</sup> Si tratta della *Esug*, *Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen*, cioè della legge per facilitare il risanamento dell'impresa.

come uno strumento diretto a favorire la ristrutturazione e quindi in linea con gli scopi della disciplina comunitaria dell'insolvenza transfrontaliera, senza quindi che si possano porre problemi di abuso del diritto.

Un altro motivo per preferire la disciplina inglese è rappresentato dalla possibilità di avvalersi della *pre-packaged bankruptcy*, vale a dire di organizzare la vendita dell'azienda in funzionamento prima dell'apertura della procedura, evitando quindi i costi in prededuzione che si accumulano durante la prosecuzione dell'attività dell'impresa prima della vendita. A dire il vero la *pre-packaged bankruptcy* non è vista con favore <sup>90</sup> perché sovente i creditori chirografari non ricevono nulla, specialmente quando la vendita avviene a favore di parti correlate, quali i precedenti azionisti o i manager. La disciplina inglese prevede a tal fine dei correttivi rappresentati da obblighi di informazione a carico del gestore della procedura <sup>91</sup>. Se lo spostamento del *COMI* in Inghilterra è fatto per massimizzare il valore dell'impresa nell'interesse dei creditori e non per favorire le parti correlate, non vi sono motivi dal punto di vista del diritto comunitario per escludere tale soluzione ed essa non può essere necessariamente considerata un caso di abuso del diritto <sup>92</sup>.

Vi è un terzo motivo per andare in Inghilterra e riguarda il regime dell'azione revocatoria nel caso in cui vengano concesse nuove garanzie a fronte di nuovi finanziamenti, che possono anche coprire in parte precedenti erogazioni di credito. Per diritto tedesco la concessione della nuova garanzia è valida per la sola parte relativa alla nuova concessione di credito, mentre è soggetta all'azione revocatoria per la parte relativa al credito anteriore <sup>93</sup>. Se poi non è possibile distinguere quale parte della garanzia si riferisca a tale ultimo credito, l'intero negozio può essere revocato. Per diritto olandese <sup>94</sup> si guarda al fatto che la concessione di nuovo credito a fronte della garanzia danneggia gli altri creditori e che se con il denaro così

---

<sup>90</sup> Si vedano in proposito i rilievi di R.J. DE VELLS-M. BREEMAN, *Comi-migration*, cit., 21 ed ivi ulteriori riferimenti.

<sup>91</sup> Si tratta dello *Statement of Insolvency Practice (Sip)* 16. Per un'analisi del Sip 16 J. ARMOUR, *The rise of the "pre-pack"; corporate Restructuring in the UK and proposals for reform*, cit., 43-78.

<sup>92</sup> Questa è l'opinione espressa da R.J. DE VELLS-M. BREEMAN, *Comi-migration*, cit., 21.

<sup>93</sup> Così R.J. DE VELLS-M. BREEMAN, *Comi-migration*, cit., 24 ed ivi ulteriori riferimenti. In generale si veda il par. 133 della InsO.

<sup>94</sup> Cfr. ancora da R.J. DE VELLS-M. BREEMAN, *Comi-migration*, cit., ivi.

erogato il debitore paga una parte dei creditori anteriori, il danno si riferisce agli altri creditori non soddisfatti. Di conseguenza il negozio è soggetto all'azione revocatoria. La disciplina inglese invece, non guarda al danno per i creditori, ma all'ingiusto vantaggio ottenuto dalla controparte<sup>95</sup>, che nel caso in esame non sussiste, posto che la garanzia è a fronte del finanziamento. Il negozio ricade nella disciplina della revocatoria soltanto per la parte relativa al credito anteriore.

Più in generale la disciplina inglese della revocatoria è meno rigorosa di quella tedesca o di altri Paesi, perché l'art. 239 dell'*Insolvency Act* lega la revocatoria all'intenzione del debitore. La revoca è ammessa soltanto se il debitore è stato influenzato dal desiderio di preferire, situazione questa che, al di fuori delle operazioni con parti correlate ove vige una presunzione semplice, è di difficile prova. Inoltre l'atto deve essere stato compiuto nei sei mesi anteriori al manifestarsi dell'insolvenza ed occorre che il debitore fosse già insolvente o lo sia divenuto per effetto dell'atto compiuto. In conclusione, la disciplina inglese, fortemente criticata anche in sede domestica, sembra più favorevole di quella di altri Paesi alla concessione di garanzie a favore di nuove erogazioni di credito. Si è quindi detto che a priori il trasferimento del *COMI* per profittare di questo più favorevole regime non è necessariamente un atto di abuso del diritto, anche se il punto debole di questo ragionamento è che il trasferimento avviene per beneficiare della legge fallimentare di uno Stato che è particolarmente debole per quanto riguarda l'azione revocatoria.

Un'ulteriore ragione per trasferire il *COMI* nel Regno Unito è rappresentata dall'intenzione di mutare il grado di privilegio di un credito, in particolare, per beneficiare del fatto che per diritto inglese il finanziamento erogato da un socio non è postergato, diversamente da quanto avviene per diritto tedesco quando non si tratti di finanza nuova. Si è detto che in quest'ipotesi il trasferimento del *COMI* non rientra nelle finalità per cui è stata emanata la disciplina comunitaria dell'insolvenza transfrontaliera e tale conclusione può essere accettata perché il fine non è quello di rendere più efficiente la ristrutturazione, ma quello di favorire un creditore a danno degli altri. Vi è quindi sia la divergenza oggettiva dell'atto dallo

---

<sup>95</sup> Cfr. ancora da R.J. DE VELJS-M. BREEMAN, *Comi-migration*, cit., 23.

scopo per cui è stata emanata la norma comunitaria, sia la finalità soggettiva di avvantaggiare un determinato soggetto. È stato peraltro sostenuto che il giudice inglese dovrebbe tener fermo il grado di preferenza previsto dalla disciplina dello Stato membro in cui si trovava in precedenza la sede della società, applicando l'art. 239 (6) dell'*Insolvency Act* in materia di revocatoria <sup>96</sup>.

#### 6. - La revisione del Regolamento CE n. 1346 del 2000.

La proposta di modifica del Regolamento n. 1346, presentata dalla Commissione europea il 12 dicembre 2012 <sup>97</sup>, non ha introdotto modifiche sostanziali riguardo al *forum shopping*, sì che il dibattito sulla legittimità del trasferimento del *COMI* rimane aperto.

La proposta ha invece esteso la disciplina del regolamento ai gruppi di imprese. Ha preso però atto delle difficoltà, registrate anche in ambito extraeuropeo, per dettare una disciplina cogente dell'insolvenza dei gruppi. È difficile stabilire in modo univoco quale sia la società *holding*, la cui procedura determina la competenza dei giudici dello Stato in cui essa ha sede. Vi sono inoltre casi in cui in Europa vi è soltanto una *sub-holding* o neppure quella ed il controllo è al di fuori dell'Unione europea. Molti Stati membri, soprattutto i Paesi dell'Est europeo, sono restii ad accettare una regolamentazione che comporti il trasferimento della competenza sulle procedure d'insolvenza delle società che hanno sede nei loro territori, ad un giudice di un Paese dell'Europa occidentale nel timore di uno svuotamento sostanziale delle attività nell'interesse del gruppo. È prevalsa per-

---

<sup>96</sup> R.J. DE VEJLS-M.BREEMAN, *Comi-migration*, cit., 27 ss.

<sup>97</sup> La proposta della Commissione è stata oggetto della Risoluzione del 5 febbraio 2014 del Parlamento Europeo che ha indicato modifiche rilevanti al testo della Commissione. Il Considerando 13-*bis* prevede, con riferimento al COMI, che «Si presume che il "centro degli interessi principali" di una società o altra persona giuridica si trovi nel luogo della sua sede statutaria. Tale presunzione deve poter essere superata se l'amministrazione centrale della società è situata in uno Stato membro diverso da quello della sede statutaria e una valutazione globale di tutti gli elementi rilevanti consente di stabilire che, in maniera riconoscibile dai terzi, il centro effettivo di direzione e di controllo della società stessa, nonché della gestione dei suoi interessi, è situato in tale altro Stato membro. Per converso, non deve essere possibile superare tale presunzione laddove gli organi direttivi e di controllo di una società si trovino presso la sua sede statutaria e le decisioni di gestione di tale società siano assunte, in maniera riconoscibile dai terzi, in detto luogo». L'ultimo periodo del Considerando è stato soppresso dal Parlamento Europeo.



tanto, nella proposta di modifica del Regolamento da parte della Commissione, una soluzione che auspica una gestione coordinata delle procedure d'insolvenza delle varie società del gruppo, rimettendo però tale coordinamento ad un obbligo di collaborazione tra i giudici dei vari Paesi interessati, che possono anche avere contatti diretti o per il tramite dei titolari degli organi gestori delle rispettive procedure. È pure favorita la prassi, affermata a livello internazionale negli ultimi anni, della redazione di protocolli d'intesa, vale a dire di accordi tra procedure per lo scambio di informazioni o per lo svolgimento coordinato di talune attività, ad esempio la vendita di *asset* che venduti separatamente scontino una diminuzione di valore.