

I singoli contratti: bancari

RECESSO DAL CONTRATTO DI APERTURA DI CREDITO E ABUSO DEL DIRITTO

Cass. sez. I, 14 luglio 2000, n. 9321 - Pres. Altieri - Rel. Salmè - P.M. Maccarone (diff.) - Sieni c. Credit Suisse First Boston

Contratto – Banca – Apertura di credito – A tempo determinato – Recesso per giusta causa – Causa tipizzata dalle parti – Esercizio arbitrario – Buona fede – Legittimità – Esclusione

Nell'ambito di un contratto di apertura di credito a tempo determinato, la banca, pur in presenza di una giusta causa tipizzata dalle parti, non può recedere con modalità del tutto impreviste ed arbitrarie, tali da contrastare con la ragionevole aspettativa del cliente che, in base ai rapporti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista redditizia per il tempo previsto.

Svolgimento del processo

Con atto di citazione del 4 luglio 1995 Giuseppe Sieni ha convenuto in giudizio davanti al Tribunale di Milano il Credito svizzero sa (ora Credit Suisse First Boston), filiale di Milano, esponendo che: a) il 22 febbraio 1994 aveva stipulato un'apertura di credito fino ad un massimo di sei miliardi di lire, da restituire entro cinque anni, concedendo in garanzia ipoteca su un terreno di sua proprietà fino a concorrenza di dodici miliardi; b) a ulteriore garanzia delle obbligazioni restitutorie eventualmente derivanti dall'apertura di credito aveva sottoscritto un'assicurazione sulla vita a favore della banca per un capitale di sei miliardi e aveva dato in pegno dei titoli; c) aveva, infine, conferito alla banca il mandato a gestire il proprio patrimonio immobiliare. Sul conto corrente relativo alla gestione patrimoniale la banca aveva accreditato la somma di tre miliardi, proveniente dall'apertura di credito, che in tal modo si era ridotta all'importo di tre miliardi. Avendo il Sieni contestato l'andamento negativo della gestione patrimoniale, in relazione alla quale, in breve tempo, si erano formate rilevanti passività, e avendo conseguentemente revocato il mandato a gestire, la banca aveva chiesto e ottenuto dal cliente un'attestazione di avere bene operato e la riduzione dell'apertura di credito a tre miliardi, ma ciò non ostante, con lettera del 6 marzo 1995 aveva dichiarato risolto il contratto, sostenendo di avere scoperto che il Sieni aveva falsamente dichiarato di non far parte di società di persone, all'epoca della stipulazione dell'apertura di credito e nei ventiquattro mesi precedenti, mentre in

realtà era stato prima socio ed era attualmente liquidatore della Croce & Bugatti Sas di Giuseppe Sieni e c., in liquidazione. Tale motivazione, secondo l'attore, era pretestuosa perché la società, da tempo in liquidazione e della quale egli aveva ormai ceduto la sua quota di partecipazione, non aveva mai operato e aveva accumulato un modestissimo passivo, peraltro già sanato. In realtà, la banca non aveva mai avuto interesse alla sola apertura di credito e non aveva inteso far sopravvivere questo rapporto alla cessazione della gestione patrimoniale.

Tutto ciò premesso il Sieni ha chiesto l'accertamento dell'illegittimità e dell'inefficacia della risoluzione e la condanna della banca all'adempimento del contratto di apertura di credito; ha chiesto inoltre l'accertamento del vizio del consenso dal quale era affetta l'accettazione della riduzione dell'importo dell'apertura di credito da sei a tre miliardi, frutto della violenza morale operata dalla banca e, previo accertamento dell'inadempimento del contratto di gestione del patrimonio mobiliare, ha anche chiesto la condanna alla restituzione delle perdite di gestione. La banca ha chiesto il rigetto delle domande, sostenendo, per quanto ancora rileva in questa sede, che la risoluzione del contratto era giustificata dalla clausola risolutiva espressa e ha chiesto anche, in via riconvenzionale, la condanna dell'attore al pagamento della somma di 2 miliardi 680 milioni di lire.

Con ordinanza ex articolo 186 *quater* Codice di procedura civile del 5 aprile 1996 il giudice istruttore ha disposto il pagamento di detta somma in favore della banca. L'ordinanza, che ha acquistato efficacia di sentenza a seguito della rinuncia di cui all'ultimo comma della indicata disposizione, è stata confermata dalla Corte d'appello di Milano.

La Corte territoriale ha, innanzi tutto, osservato che la tesi del Sieni secondo cui la banca non poteva fare ricorso alla clausola risolutiva espressa, perché l'erronea dichiarazione resa circa la partecipazione a società di persone poteva costituire un vizio genetico del contratto, ma non un vizio funzionale che potesse giustificare la risoluzione, non introduceva un nuovo tema d'indagine, rispetto alla iniziale domanda di accertamento dell'illegittimità della risoluzione, rimanendo immutati i termini oggettivi della controversia. La Corte d'appello ha quindi affermato che, in realtà, al di là dei termini giuridici utilizzati, la banca non si era avvalsa di una clausola risolutiva espressa, ma del diritto di recesso e che l'esercizio di tale diritto era legittimo. Infatti, come le parti possono escludere che per il recesso dal

G

PARTE SECONDA

GIURISPRUDENZA

1111

I CONTRATTI
n. 12/2000

contratto di apertura di credito sia necessaria una giusta causa, così possono anche tipizzare la giusta causa di recesso. Ciò che in concreto era avvenuto, in quanto le parti avevano stabilito che le dichiarazioni rese dall'accreditato sarebbero state considerate giusta causa di recesso, nel senso che, ove si fossero rivelate sostanzialmente non veritiere o fuorvianti, avrebbero consentito alla banca di esercitare il diritto di recesso, rimanendo escluso che il giudice, sovrapponendo la sua valutazione a quella riservata all'autonomia dei contraenti, potesse apprezzare l'importanza del fatto posto a fondamento dell'esercizio del diritto di recesso in relazione all'assetto degli interessi stabilito dalle parti nel contratto. Inoltre, poiché la circostanza sottaciuta dal Sieni era rilevante come causa del recesso e non di risoluzione, il momento al quale deve essere riferito l'accertamento della veridicità delle dichiarazioni non sarebbe stato quello iniziale della stipulazione del contratto, ma quello successivo dell'esercizio del recesso. Ne deriverebbe l'irrelevanza della eventuale conoscenza di fatto della non veridicità delle dichiarazioni da parte della banca al momento della stipulazione del contratto. Né in senso contrario poteva essere invocato il disposto dell'articolo 1893 Codice civile, perché la norma non sarebbe applicabile nella specie per avere le parti autonomamente disciplinato il recesso, intendendo in tal modo tutelare l'interesse dell'accreditante a limitare il rischio nelle situazioni in cui il controllo della solvibilità dell'accreditato è più difficile, come quando questi debba rispondere illimitatamente delle obbligazioni derivanti dalla gestione di un'impresa collettiva.

D'altra parte l'esercizio del diritto di recesso, secondo la Corte territoriale, non potrebbe essere neppure ritenuto pretestuoso, perché il fatto che la banca, che, in ipotesi, avesse conosciuto la non veridicità delle dichiarazioni del Sieni al momento della stipulazione del contratto, si sarebbe limitata a tollerare una situazione che, in base al contratto, l'avrebbe legittimata a rifiutare il credito a un soggetto esposto a rischi che, contrattualmente, erano esclusi, ma non poteva obbligarla a continuare a far credito in una tale situazione. Rilevante sarebbe stato, invece, accertare se il Sieni era ancora socio di società di persone al momento del recesso, ma un tale accertamento era estraneo all'impostazione difensiva del Sieni stesso.

Quanto infine all'interpretazione dell'avverbio «sostanzialmente», la Corte territoriale ha affermato che nella clausola contrattuale il termine era riferito alla veridicità o non veridicità delle dichiarazioni dell'accreditato e non poteva essere inteso, invece, come diretto a consentire margini di valutazione giudiziale dell'interesse della banca, protetto dalla predetta clausola. In realtà la dichiarazione del Sieni di non essere socio di società personali e di non esserlo stato nei ventiquattro mesi precedenti, avrebbe potuto essere «sostanzialmente» veritiera e non fuorviante se egli fosse stato socio accomandante, con responsabilità limitata al conferimento, ma era «sostanzialmente» non veritiera tenendo conto che egli

era socio accomandataro, prima, e liquidatore, poi. Né sarebbero in senso contrario rilevanti le circostanze che la società fosse o non attiva o che avesse accumulato perdite rilevanti, perché tali circostanze sarebbero state apprezzabili solo ipotizzando un onere della banca di procedere ad un'analisi economica e patrimoniale della società stessa, mentre l'interesse protetto dalla clausola contrattuale di cui si discute escludeva che il Sieni potesse fare ricorso al credito per il solo fatto della sua partecipazione a una società di persone che comportasse una sua responsabilità illimitata.

Avverso la sentenza della Corte d'appello di Milano il Sieni ha proposto ricorso per cassazione affidato a due motivi. Resiste con controricorso il Credit Suisse First Boston. Entrambe le parti hanno presentato memorie.

Motivi della decisione

1.- Con il primo motivo il ricorrente deduce la violazione e falsa applicazione degli articoli 1362 e seguenti, 1427 e seguenti, 1324 e 1343, 1892 e 1893 Codice civile e di tutte le norme e principi fondamentali in tema di obbligazioni e contratti, nonché l'omesso esame di un punto decisivo e il vizio di contraddittorietà e illogicità della motivazione.

Il motivo si articola in una pluralità di censure.

A) Un primo errore dei giudici del merito sarebbe consistito nell'aver proceduto alla qualificazione del comportamento della banca alla stregua solo di alcune clausole contrattuali, omettendo di prenderne in considerazione altre. Infatti, la Corte territoriale sarebbe giunta alla conclusione che la banca si era avvalsa del diritto di recesso e non di una clausola risolutiva espressa, valutando, tra l'altro, da una parte la pattuizione in base alla quale la banca aveva facoltà di risolvere il contratto in caso di «inadempienze» (clausola 7.02) e quella che considerava «casi di inadempienza» del beneficiario l'aver reso dichiarazioni sostanzialmente non veritiere e fuorvianti (clausola 7.02.c) e, dall'altra, la dichiarazione del Sieni di non far parte di società di persone (clausola 7.01.3), mentre avrebbe ommesso di prendere in considerazione la clausola (7.01) secondo la quale «il beneficiario effettua le dichiarazioni e assume gli impegni in appresso indicati e dà atto alla finanziatrice che la veridicità e completezza di tali dichiarazioni ha costituito elemento determinante al fine della conclusione del presente contratto da parte della finanziatrice.».

Alla stregua di quest'ultima previsione, quindi, la non veridicità delle dichiarazioni del Sieni sarebbe stata dalle parti considerata come vizio del consenso e come tale avrebbe dovuto essere valutata in relazione alla conoscenza che, comunque, la banca avesse avuto della realtà, in quanto non potrebbero essere considerate come determinanti ai fini della formazione del consenso le circostanze che, se pure taciute da un contraente, sono conosciute dall'altro.

B) Un secondo errore della Corte d'appello sarebbe consistito nell'aver ignorato che, anche ad ammettere che nella specie il comportamento

della banca dovesse essere qualificato come esercizio del diritto di recesso, rimaneva il fatto che tale recesso era previsto in funzione di mezzo di impugnazione del contratto (e non come recesso così detto determinativo, che ha la funzione di porre termine a rapporti di durata che ne siano sprovvisti, o come mero potere di sciogliersi dal rapporto negoziale). E poiché, come anche la sentenza impugnata ha affermato, le parti non hanno il potere di introdurre ipotesi di invalidità del contratto non previste dalla legge, l'esercizio del recesso doveva essere valutato alla stregua della disciplina dell'annullamento dei contratti. In particolare, se la non veridicità avesse dovuto considerarsi conseguenza di un errore, avrebbe dovuto valutarsi se l'errore era conosciuto o riconoscibile dall'altro contraente e se avesse dovuto ritenersi effetto di dolo avrebbe dovuto accertarsi se gli eventuali raggiri erano tali che l'altra parte, senza di essi, non avrebbe concluso il contratto.

C) Un ulteriore errore sarebbe stato commesso dai giudici del merito nell'interpretare il termine «sostanzialmente». Usando tale avverbio le parti avrebbero inteso affermare che il potere di recesso della banca poteva essere esercitato solo se le dichiarazioni rese dal Sieni fossero state «sostanzialmente» non vere, mentre non avrebbero potuto giustificare l'esercizio di quel potere le dichiarazioni non vere inidonee a pregiudicare l'interesse della banca alla corretta valutazione del rischio di insolvenza, e, quindi, in primo luogo, le dichiarazioni inesatte, della cui inesattezza la banca ben fosse stata a conoscenza, perché in tal caso la banca stessa avrebbe potuto proteggere il proprio interesse semplicemente astenendosi dal concludere il contratto.

Riconoscendo alla banca il potere di recesso anche di fronte a dichiarazioni inesatte del tutto innocue o irrilevanti ai fini dell'equilibrio contrattuale e della protezione dell'interesse dei contraenti (i quali, infatti, non ostante ne conoscessero la non veridicità avevano egualmente stipulato il contratto), la Corte territoriale avrebbe finito per attribuire alla banca un potere di recesso del tutto svincolato dall'esistenza di una giusta causa, mentre le parti si erano limitate a tipizzare le circostanze costituenti giusta causa, ma non avevano voluto prescindere da tale presupposto. Peraltro, un recesso sostanzialmente libero sarebbe in contrasto con principi fondamentali del diritto dei contratti, come quello di buona fede, di solidarietà tra i contraenti, del divieto di abuso del diritto. Per tale ragione l'esercizio di un siffatto diritto di recesso costituirebbe un atto negoziale unilaterale con causa illecita.

Infine la sentenza, dopo aver riconosciuto che, attraverso la tipizzazione della giusta causa di recesso consistente nella non veridicità delle dichiarazioni rese dal cliente, le parti avevano sostanzialmente introdotto una disciplina analoga a quella dettata dagli articoli 1892 e 1893 Codice civile, ispirati alla medesima esigenza di protezione dell'interesse di una parte all'esatta valutazione del rischio, ha contraddittoriamente negato l'applicazione dei principi giurisprudenziali elaborati in tema di interpretazione delle due dispo-

sizioni richiamate, alla stregua dei quali è rilevante la conoscenza che l'assicuratore abbia avuto della non veridicità delle dichiarazioni rese dall'assicurato.

D) Ulteriori ragioni della decisività dell'accertamento da parte della banca della conoscenza dell'inesattezza delle dichiarazioni del Sieni al momento della stipulazione del contratto, secondo il ricorrente, consisterebbero: a) nel fatto che nel marzo 1995, con le lettere con le quali la banca aveva esercitato il recesso, la stessa aveva dichiarato di aver appreso solo in quel momento che il Sieni era socio di società di persone, mentre questa affermazione era falsa e da tale falsità deriva che il comportamento della banca costituiva inadempimento; b) la ragione per la quale l'inesattezza delle dichiarazioni giustificava il recesso consisteva in ciò che manifestavano insincerità e slealtà del Sieni; c) l'aver concluso il contratto nonostante la conoscenza dell'inesattezza delle dichiarazioni, dimostrava che tale inesattezza, di per sé, non costituiva lesione dell'interesse della banca a un'esatta valutazione del rischio assunto.

E) La corte territoriale avrebbe erroneamente escluso la rilevanza dell'accertamento della situazione economica della società di cui il Sieni era socio e liquidatore, in quanto se avesse svolto l'accertamento richiesto avrebbe appurato che fin dalla stipulazione del contratto il Sieni stesso aveva fornito tutti gli elementi per potere valutare la situazione economica della società e l'entità della sua partecipazione.

2.-Con il secondo motivo il ricorrente deduce la violazione dell'articolo 112 Codice di procedura civile e dell'articolo 1362 Codice civile, nonché difetto di motivazione censurando, sotto due diversi profili, la qualificazione del comportamento della banca come esercizio di diritto di recesso, invece che come dichiarazione di avvalersi di una clausola risolutiva espressa.

Un primo profilo è di natura processuale e con esso il ricorrente afferma che l'oggetto della controversia devoluta alla cognizione del Tribunale di Milano era l'accertamento della validità e dell'efficacia delle dichiarazioni del marzo 1995 con le quali la banca aveva inteso avvalersi della clausola risolutiva espressa prevista al punto 7.03 del contratto. Erroneamente la Corte territoriale avrebbe affermato che, per mero errore terminologico, sarebbe stata invocata la risoluzione, richiamando a conferma della sua tesi che la banca non aveva neppure richiesto il risarcimento dei danni, perché, al contrario, nelle conclusioni definitive la banca stessa aveva chiesto la condanna del Sieni al pagamento della somma di 2 miliardi 680 milioni di lire ...oltre ad interessi come per legge ed il risarcimento del maggior danno ex articolo 1224, secondo comma Codice civile».

In conseguenza dell'erronea qualificazione della domanda la Corte territoriale avrebbe omesso di pronunciare sulla domanda effettivamente proposta (di accertamento della avvenuta risoluzione in virtù della dichiarazione di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa) e avrebbe pronunciato in relazione a una domanda di accertamen-

G

PARTE SECONDA

GIURISPRUDENZA

1113

I CONTRATTI
n. 12/2000

to della legittimità dell'esercizio del diritto di recesso che non era stata proposta.

Dal punto di vista sostanziale, prima di procedere a una diversa qualificazione delle dichiarazioni della banca del marzo 1995, la Corte territoriale avrebbe dovuto valutare che non solo la banca stessa aveva manifestato la sua intenzione di risolvere il contratto, ma aveva esposto con precisione i presupposti richiesti dalla legge per richiedere la risoluzione e che avrebbero quindi dovuto essere esposte le ragioni per le quali sarebbero stati erronei i termini utilizzati. A tal fine non sarebbe stato sufficiente il richiamo alla circostanza che in giudizio non era stato chiesto il risarcimento dei danni, perché tale circostanza, come già rilevato, sarebbe erronea in punto di fatto.

3.- Il motivo, che in ordine logico, deve essere esaminato per primo è infondato.

Quanto al profilo che investe questioni di natura processuale, deve osservarsi che la questione da esaminare non è quella di vedere se, in astratto, la domanda di accertamento della legittimità del ricorso alla clausola risolutiva espressa sia diversa da quella in cui si chiede l'accertamento della legittimità dell'esercizio del diritto di recesso, ma di verificare se sia corretta l'affermazione della Corte territoriale secondo la quale i termini oggettivi della controversia non erano mai mutati. In proposito il giudice del merito ha accertato che con la domanda introduttiva del giudizio il Sieni ha affermato che gli atti con i quali la banca aveva posto fine al rapporto erano legittimi e che ha chiesto che il giudice accertasse tale illegittimità. Se tale accertamento è corretto, come lo stesso ricorrente non contesta, la questione se il comportamento della banca dovesse qualificarsi come utilizzazione della clausola risolutiva o esercizio del potere di recesso non è effettivamente tale da comportare imputazione dei fatti dedotti, ma attiene alla qualificazione giuridica dei fatti dedotti, la quale non può che essere riservata al giudice del merito, salvo il controllo della sufficienza e della correttezza della motivazione, sulla quale non vengono mosse, sostanzialmente, specifiche censure.

Quanto poi alla correttezza della qualificazione operata dalla Corte territoriale, dal punto di vista sostanziale, deve rilevarsi che la sentenza impugnata ha dato adeguata e corretta spiegazione delle ragioni che l'hanno indotta a ritenere che nella specie la banca avesse esercitato il potere di recesso previsto dal contratto.

In senso contrario non può richiamarsi la circostanza che nelle conclusioni definitive del giudizio di primo grado la banca ha chiesto la condanna del Sieni alla restituzione della somma di 2 miliardi 680 milioni di lire, con gli interessi e il risarcimento del maggior danno ex articolo 1224 Codice civile. Quest'ultima richiesta, infatti, è accessoria non all'accertamento dell'avvenuta risoluzione del contratto, ma alla condanna alla restituzione del finanziamento e alla mora nell'adempimento della relativa obbligazione pecuniaria.

4.- È invece fondato il primo motivo.

Il ricorrente, al di là di alcuni profili che toccano aspetti marginali della qualificazione giuridica del comportamento della banca in termini di esercizio del diritto di recesso, con il motivo in esame, sostanzialmente non contesta la correttezza di tale qualificazione, ma pone una questione fondamentale, e cioè se sia corretta l'affermazione della Corte territoriale secondo cui l'esercizio del diritto di recesso dal contratto di apertura di credito a tempo determinato, in presenza di una circostanza (inesattezza della dichiarazione del Sieni di non essere socio di società di persone) considerata dalle parti come ipotesi tipica di giusta causa, precluda ogni valutazione diversa da quella del semplice riscontro obiettivo della sussistenza o non della circostanza stessa.

Nella specie è pacifico che il contratto di cui si tratta era a tempo determinato e pertanto la Corte territoriale ha fatto corretta applicazione dei principi normativi ora indicati, quando ha affermato che, come le parti hanno facoltà di derogare alla necessità della giusta causa del recesso, così possono tipizzare le circostanze che legittimano l'esercizio del diritto potestativo di recesso da parte della banca.

Resta tuttavia da accertare se, non ostante l'esercizio dell'autonomia contrattuale, che, giova sottolinearlo, non ha derogato alla regola della necessità della giusta causa, ma si è limitata a prevederne alcune (ma non tutte) ipotesi tipiche, le modalità di esercizio del diritto di recesso sia o non sindacabile.

Ora, questa Corte (sentenza n. 4538/1997) ha già avuto modo di esprimersi in ordine ad analogo problema, affermando che, sia con riferimento a fattispecie di apertura di credito a tempo indeterminato, che con riferimento ad ipotesi di contratto a tempo determinato nel quale le parti abbiano previsto la deroga alla necessità della giusta causa, non può ritenersi che il modo di esercizio del diritto potestativo di recesso da parte della banca sia assolutamente insindacabile, perché deve pur sempre rispettarsi il fondamentale e inderogabile principio secondo il quale il contratto deve essere eseguito secondo buona fede (articolo 1375 Codice civile). Alla stregua di tale principio non può escludersi che, anche se parzialmente consentito in difetto di giusta causa, il recesso di una banca dal rapporto di apertura di credito sia da considerare illegittimo, ove in concreto esso assuma connotati del tutto impreveduti ed arbitrari; connotati tali, cioè, da contrastare con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai comportamenti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista creditizia per il tempo previsto e non potrebbe perciò pretendersi sia pronto in qualsiasi momento alla restituzione delle somme utilizzate, se non a patto di svuotare le ragioni stesse per le quali un'apertura di credito viene normalmente convenuta. La verifica, in concreto, dell'eventuale contrarietà a buona fede del recesso – non diversamente, d'altronde, da quella in ordine all'esistenza di una giusta causa, ove la legittimità del recesso sia da questa condizionata – è rimessa al giudice di merito, la cui va-

lutazione al riguardo, se sorretta da congrua e logica motivazione, si sottrae al sindacato della casazione. Tali principi non possono non valere, a maggior ragione, nell'ipotesi in cui le parti non abbiano derogato alla previsione della necessità della giusta causa, che, come è stato autorevolmente osservato, costituisce una sorta di antidoto all'abuso del diritto.

Alla stregua dei principi affermati da questa Corte, dai quali non v'è ragione di discostarsi, non è irrilevante l'indagine che il ricorrente ha sollecitato circa l'eventuale conoscenza, fin dal momento della stipulazione del contratto, da parte della banca, della sua partecipazione alla società Croce & Bugatti Sas di Giuseppe Sieni e c., in liquidazione e della reale situazione economica della società stessa. Del pari dovrà essere apprezzato il tempo trascorso dal conseguimento di tale conoscenza all'esercizio del recesso, nonché tutte le altre circostanze di fatto rilevanti ai fini dell'applicazione del principio di diritto che deve essere formulato nei seguenti termini: «Alla stregua del principio secondo cui il contratto deve es-

sere eseguito secondo buona fede (articolo 1375 Codice civile), il giudice deve accertare che il recesso di una banca dal rapporto di apertura di credito a tempo determinato, in presenza di una giusta causa tipizzata dalle parti del rapporto contrattuale, non sia esercitato con modalità del tutto impreviste ed arbitrarie, tali da contrastare con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai rapporti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista redditizia per il tempo previsto e che non può pretendersi essere pronto in qualsiasi momento alla restituzione delle somme utilizzate».

Il giudice del rinvio, che si designa in altra sezione della Corte d'appello di Milano, provvederà anche sulle spese di questo giudizio.

PQM

la Corte rigetta il secondo motivo e accoglie il primo, cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia, anche per le spese, ad altra sezione della Corte d'appello di Milano.

IL COMMENTO

di Francesco Di Ciommo

Il problema al vaglio della Suprema Corte

La sentenza in epigrafe affronta un tema – quello dell'abuso del diritto di recesso nel rapporto di apertura di credito – con il quale la dottrina e la giurisprudenza, non solo in Italia (1), hanno avuto negli ultimi anni più volte modo di confrontarsi (2).

Prima di verificare lo spessore delle censure che, accogliendo il ricorso, la Suprema Corte muove alla decisione impugnata, è opportuno ricordare come l'art. 1845 del Codice civile, nel disciplinare il recesso dal contratto di apertura di credito, distingue il rapporto a tempo indeterminato da quello a termine (3). In particolare, mentre in relazione al primo tipo è espressamente prevista la facoltà per ciascun contraente di recedere in ogni momento, con il solo obbligo di darne preavviso alla controparte (art. 1845 terzo comma); in riferimento al contratto a tempo determinato, la norma citata, al primo comma, vieta alla banca di recedere prima della scadenza in assenza di giusta causa, salvo patto contrario (4).

Nella fattispecie sottoposta al vaglio dei giudici capitolini, la

convenzione stipulata da banca e cliente, annessa ad un contratto a tempo determinato, prevedeva alcune circostanze che le parti anticipatamente qualificavano causa di risoluzione (5). Proprio facendo leva su tale previsione – e reclamando la sussistenza della circostanza consistente nella menzognera dichiarazione del cliente di non

Note:

(1) Cfr., per una ricognizione rapida ed aggiornata relativa all'esperienza francese, I. Bon-Garcin, *L'abus de droit dans les contrats de crédit*, in *Cahiers de droit de l'entreprise*, in suppl. n. 6 a *La semaine juridique* n. 3, 21 gennaio 1999, 4.

(2) La sentenza è pubblicata già in *Guida al dir.*, 2000, n. 29, 47, con commento di Bissi. La prima pronuncia italiana di cui si ha notizia, che *expressis verbis* valuta negativamente il comportamento di una banca per aver receduto bruscamente da un contratto di apertura del credito, è Trib. Roma, 28 dicembre 1983, in *Foro it.*, 1984, I, 1986.

(3) La disciplina legislativa si è esposta a critiche in quanto ritenuta contraddittoria: v. R. Teti, *La disciplina del recesso della banca dall'apertura di credito a tempo determinato nel codice del 1942: una storia di promesse legislative non mantenute, di modifiche dell'ultima ora e di «coordinamenti innovativi»* (nota a Cass., 7 aprile

1994, n. 3291), in *Banca, borsa e tit. credito*, 1995, II, 149. Per ulteriori approfondimenti si rinvia, tra gli altri, a R. Teti - P. Marano, *I contratti bancari - Apertura di credito. Anticipazione. Sconto*, Milano, 1999; C. Chessa, *Sul recesso dall'apertura di credito a tempo indeterminato* (nota ad App. Cagliari, 21 gennaio 1994), in *Banca, borsa e tit. credito*, 1995, II, 591; M. Porzio, voce *Apertura di credito*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, II; nonché A. Serra, *Apertura di credito bancario*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., I, Torino, 1987, 155.

(4) La clausola contenente tale patto contrario è stata, di recente, ritenuta in odore di vessatorietà da Trib. Roma, sez. II, 21 gennaio 2000, in questa *Rivista*, 2000, 561, con commento di Mariconda, e *Giur. comm.*, 2000, II, 211, con nota di Buonocore.

(5) La circostanza non è singolare, in quanto nei contratti di apertura di credito le banche molto spesso, oltre ad individuare preventivamente «giusta causa del recesso» o a prevedere cause di risoluzione, pattuiscono con il cliente addirittura il rinvio alle norme bancarie uniformi predisposte dall'ABI, le quali, all'art. 6, stabiliscono che l'Istituto di Credito in ogni caso possa recedere *ad nutum*. La clausola contrattuale risultante dall'applicazione della norma da ultimo citata è considerata legittima, in quanto esercizio dell'autonomia negoziale che il primo comma dell'art. 1845 (a riguardo considerato – da Cass. 7 aprile 1994, n. 3291, cit. – non affetto da dubbi di costituzionalità) sembra voler salvaguardare. In proposito cfr., da ultimo, tuttavia Trib. Roma, 21 gennaio 2000, cit.

essere socio, al momento della conclusione del contratto, di società di persone -, l'istituto di credito aveva receduto (seppure erroneamente esprimendosi in termini di risoluzione) dal contratto in parola.

Nei due gradi di merito, i giudici milanesi non accoglievano la domanda del cliente volta a contestare che fosse sufficiente la mera concretizzazione della circostanza convenzionalmente prevista per integrare la giusta causa richiesta dall'art. 1845.

La Cassazione, al contrario, partendo dal presupposto che le parti non avevano inteso escludere la necessità di una giusta causa, nell'odierna pronuncia afferma la necessità pratica di un più ampio sindacato sulla correttezza dell'esercizio del diritto di recesso. Secondo la Corte di legittimità, tale sindacato, piuttosto che limitarsi a verificare la concreta ricorrenza della circostanza pattiziamente prevista, deve avere ad oggetto il comportamento complessivo della banca, al fine di accertare che questa, nel recedere, si sia comportata con la buona fede che il codice impone alle parti nell'esecuzione del contratto e non abbia, dunque, abusato del suo diritto potestativo (6).

La conclusione riassunta è ineccepibile. Più complessa si sarebbe presentata la questione nel caso in cui il contratto fosse stato a tempo indeterminato, ovvero nel caso in cui le parti inequivocabilmente avessero manifestato la volontà di prescindere dalla sussistenza della giusta causa. Su queste due ipotesi - anche in virtù della considerazione per cui nella prassi è di gran lunga più utilizzata l'apertura di credito a tempo indeterminato -, conviene si concentri l'attenzione dell'interprete.

Tra «giusta causa» di recesso e «buona fede» oggettiva

Nella sentenza n. 4538 del 21 maggio 1997 (7) - richiamata nell'odierna decisione -, la Cassazione aveva affermato, andando ben al di là del principio espresso con la pronuncia in rassegna, che, anche quando le

parti abbiano manifestato la volontà di escludere la necessità di una giusta causa, ovvero nel caso di contratto a tempo indeterminato, rispetto al quale - come detto - la giusta causa non è richiesta, l'esercizio del diritto di recesso da parte della banca non è insindacabile (8), giacché deve pur sempre rispettarsi il fondamentale ed inderogabile principio secondo il quale il contratto deve essere eseguito secondo buona fede, ai sensi dell'art. 1375 del Codice civile (9). Ciò in quanto - come rilevato da attenta dottrina - la buona fede interviene nell'esecuzione del rapporto contrattuale, limitando il contenuto del diritto validamente sorto (10); di modo che, qualora il recesso venga esercitato al di là di tale limite, e dunque in maniera abusiva (11), il cliente danneggiato può agire con la *exceptio doli* per negare la restituzione immediata del credito utilizzato, oltre che con l'azione di risarcimento dei danni (12).

In quest'ottica, la buona fede oggettiva (avente, per i più, lo stesso contenuto e la medesima funzione della clausola di correttezza) assurge a rango di fonte integrativa dei contenuti contrattuali, opzione - tra le diverse prospettate dalla dottrina che si è interrogata sul valore e l'efficacia delle c.d. clausole generali - che la Cassazione, negli ultimi anni, ha in più occasioni dimostrato di apprezzare e condividere (13), anche al fine di

Note:

(6) A. Lener, voce *Potere* (diritto privato), in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 640, osserva che «il diritto privato dell'età attuale avrebbe per contrassegno il graduale trapasso dalla figura del diritto soggettivo a quella della potestà intesa come una situazione di potere funzionale caratterizzata dalla presenza di limiti, vincoli, oneri, obblighi, ovvero una situazione di diritto-dovere».

(7) La sentenza può leggersi in *Foro it.*, 1997, I, 2479, con nota di Caputi, nonché in *Giust. civ.*, 1998, I, 509, con nota di Costanza.

(8) Già P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 250, aveva manifestato - seppure in relazione alla diversa problematica (poi superata dall'entrata in vigore dello statuto dei lavoratori) del recesso *ad nutum* del datore dal contratto di lavoro - dubbi

sulla compatibilità del meccanismo imperniato sul recesso ingiustificato con un sistema che tendeva a svolgersi verso la causalità degli atti unilaterali e la tipicità delle cause nell'esercizio dei diritti. Nello stesso senso, C. Salvi, voce *Abuso del diritto* (I. Diritto civile), in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988. Sul diritto di recesso come tipica situazione di potere privato sindacabile, v. L. Bigliazzi Geri, voce *Interesse legittimo* (Diritto privato), in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., IX, Torino, 1993, 550-551.

(9) La stessa affermazione di principio era stata formulata da Pret. Torino, 2 gennaio 1989, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1990, II, 805, con nota di Tardivo. *Contra Trib. Roma*, 4 dicembre 1989, *id.*, 1991, II, 672.

(10) Così, assai lucidamente, seppure in riferimento alla diversa ipotesi relativa agli abusi perpetrati dal beneficiario del contratto autonomo di garanzia, E. Navarretta, *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, in *Contratto e impr.*, 1991, 306.

(11) La giurisprudenza italiana in più di un'occasione ha collegato l'abuso di potere in materia contrattuale con la clausola di buona fede: v. , da ultimo, Cass., 2 maggio 2000, n. 5467, in *Corriere giur.*, 2000, 1029, con nota di Di Ciommo, e in questa *Rivista*, 2000, 793, con commento di Baldi e Venezia. Anche l'esperienza pretoria francese manifesta la stessa tendenza: tra le tante, cfr. Cass., Ass. plèn., 1° dicembre 1995, in *JCP*, 1996, II, 22565, con nota di Ghestin.

(12) Nel nostro sistema civile non esiste una disciplina espressa relativa all'*exceptio doli generalis*. A livello interpretativo, la dottrina più sensibile ha rintracciato proprio nella buona fede oggettiva l'appiglio sistematico per riconoscere l'operatività del rimedio processuale in parola (cfr. L. Bigliazzi Geri; voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., II, Torino, 1988, 173; G.B. Portale, *Impugnativa di bilancio ed exceptio doli*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 407; L. Nanni, *L'uso giurisprudenziale dell'exceptio doli generalis*, in *Contratto e impr.*, 1986, I, 210; *Id.*, *La buona fede contrattuale*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Padova, 1988, 523; D. Messinetti, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, 9). La giurisprudenza, anche di legittimità, ha mostrato di condividere la teoria ora prospettata: in proposito, v. Cass., 18 luglio 1989, n. 3362, in *Foro it.*, 1989, I, 2772, con note di Di Majo e Mariconda; nonché Cass., 18 marzo 1991, n. 2890, in *Dir. fallim.*, 1991, II, 236, con nota di Del Core.

(13) Sulla questione, per gli opportuni approfondimenti, sia consentito rinviare a F. Di Ciommo, *Clausole generali e responsabilità civile dell'intermediario mobiliare* (nota a Cass., 15 gennaio 2000, n. 426), in *Foro it.*, 2000, I, 1161. Cfr. altresì A. Marniacci, *Agenzia, procacciamento d'affari e buona fede contrattuale* (nota e Cass., 8 febbraio 1999, n. 1078), in questa *Rivista*, 1999, 1016.

garantirsi un più incisivo potere di sindacato sul comportamento tenuto dalle parti nell'ambito di un rapporto contrattuale o pre-contrattuale (14).

La pronuncia del 1997 segna l'apice di un'evoluzione giurisprudenziale che, anche in relazione ad altri settori dell'ordinamento e ad altre problematiche (15), si sta da tempo muovendo nel senso di scoraggiare e sanzionare l'abuso del diritto, facendo leva sulle clausole generali, ed in particolare sulla buona fede oggettiva (16). L'insegnamento dei giudici di legittimità è stato seguito dal Tribunale di Foggia in una sentenza del 9 aprile 1998 (17), che tuttavia nelle conclusioni tradisce l'impianto, garantista per il cliente, che caratterizza la motivazione (18).

L'orientamento in parola è stato altresì accolto con favore dalla migliore dottrina, la quale ha rilevato come, alla luce di tale risultato ermeneutico, la distinzione tra recesso per giusta causa e recesso *ad nutum* appaia, oramai, considerata la base fattuale unitaria delle due figure (19), soltanto di ordine «processuale», ed attenga esclusivamente alla distribuzione dell'onere della prova (20); salvo, d'altro canto, avvertire che la mancanza di giusta causa può produrre conseguenze che non sempre si verificano nel caso di contrarietà a buona fede, in quanto tale mancanza a volte ostacola l'efficacia stessa del recesso, oltre che figurare come presupposto per l'azione di risarcimento dei danni (21).

Pur nel rispetto della tesi ora riassunta, sembra utile segnalare un'ulteriore differenza, questa volta «sostanziale», tra la giusta causa che deve suffragare il recesso quando il contratto di apertura del credito sia a tempo determinato, e le parti non la abbiano pattiziamente esclusa, e la buona fede cui la banca deve attenersi nell'esercitare, tanto il diritto di recesso *ad nutum*, quanto (e da qui prende le mosse l'osservazione che si va ad esplicitare) il diritto di recesso motivato. L'obiettivo – dalle ricadute non solo teoriche (22) – è ribadire l'autonomia funzionale delle due clausole, metten-

do in guardia contro la facile tentazione di credere la giusta causa oramai assorbita nella buona fede (23).

Per avviare la riflessione, necessita evidenziare come possa accadere che la banca, pur avendo una valida causa di recesso, eserciti in modo «*brusque et inopiné*» (24) il proprio diritto potestativo, così danneggiando la controparte ingiustamente, *id est* con un atteggiamento contrario a buona fede (25). Anche potendo contare su una valida causa, infatti, l'istituto di credito, al fine di rispettare l'obbligo di comportarsi correttamente nell'esecuzione del contratto, deve agire in modo da salvaguardare, per quanto possibile, gli interessi del clien-

Note:

(14) La concezione che attribuisce alla buona fede oggettiva il significato di fonte di doveri integrativi – concezione che si va sempre più affermando in Italia, sia in dottrina che in giurisprudenza – viene derivata dall'esperienza tedesca, la quale, sulla base del § 242 BGB, tradizionalmente ricava dalla buona fede oggettiva obblighi accessori (*Nebenflichten*), distinti in doveri di protezione (*Schutzpflichten*) ed in doveri di omissione (*Unterlassungspflichten*). Sul punto, cfr. U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, XVI, t. 1, 12-17; v. anche U. Breccia, *Diligenza e buona fede nell'esecuzione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, *passim*. Per inciso, giova segnalare come il dibattito tra i sostenitori della buona fede integrativa e della buona fede *in executivis* sia vivace anche in seno alla dottrina nordamericana, in proposito, cfr. tra gli altri, E. T. Burton, *Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith*, in *94 Harv L. Rev* 369, 1980; a cui risponde criticamente R. S. Summers, *The General Duty of Good Faith. Its Recognition and Conceptualization*, in *76 Cornell L. Rev* 824, 1982; per poi subire la replica ancora di E. T. Burton, *More on Good Faith Performance of a Contract: a Reply to Professor Summers*, in *69 Iowa L. Rev* 497, 1984.

(15) Per una rassegna, oramai datata, ma ancora efficace, v. M.C. Traverso, *L'abuso del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, II, 297. Per approfondimenti di varia ispirazione, v. G. Furguele (a cura di), *L'abuso del diritto*, Padova, 1998. Per la giurisprudenza più recente, v. Cass. 8 febbraio 1999, n. 1078, in *questa Rivista*, 1999, 1016, con nota di Maniàci; 15 gennaio 2000, n. 426, in *Foro it.*, 2000, I, 1161, con nota di Di Ciommo; e 2 maggio 2000, n. 5467, cit.

(16) Per un rapido sunto di tale evoluzione, v. F. Galgano, *Abuso del diritto: arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contratto e impr.*, 1998, 18.

(17) La sentenza inedita è segnalata da P. Manes, *Diritto di recesso dal contratto di apertura di credito a tempo indeterminato e violazione della buona fede*, in *Contratto e impr.*, 1998, 920.

(18) Per certi versi, l'insegnamento in parola è stato ripreso anche da Cass., 23 luglio 1997, n. 6900, in *Giur. it.*, 1998, 889, con nota di Ronco.

(19) Per una veloce ricostruzione della «tesi che postula la base fattuale unitaria per le due ipotesi di recesso», v., come intervento più recente, anche per ulteriori rinvii, Manes, cit., 929.

(20) Così Galgano, cit., 25, secondo il quale, nel caso di recesso *ad nutum* spetta alla parte che subisce il contestato abuso l'onere di dimostrare l'arbitrarietà del recesso, mentre nel caso di recesso per giusta causa è il recedente a dover dimostrare la ragionevolezza dello stesso. Cfr. G. Santoro, *L'abuso del diritto di recesso ad nutum*, in *Contratto e impr.*, 1986, 766; e M. Franzoni, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. Codice civile diretto da Schlesinger*, II, (artt. 1374 - 1381), Milano, 1999, 292.

(21) Cfr. F. Galgano, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. Codice civile a cura di Scaloja e Branca*, libro IV, *Delle obbligazioni*, (artt. 1372-1405), Bologna-Roma, 1993, 63.

(22) Corollario della tesi che di seguito si propone è l'attenuazione degli effetti, altrimenti dirompenti rispetto al dettato positivo, dell'applicazione giurisprudenziale del concetto di abuso del diritto al recesso della banca nel contratto di apertura di credito. A chi scrive sembra, infatti, che – fuor dal gioco di parole – l'«abuso» nell'utilizzazione del concetto in parola sia, proprio nell'ottica di una definitiva e generalizzata affermazione dello stesso, paradossalmente più pericoloso del «non uso».

(23) Franzoni, cit., 291, sostiene che sarebbe semplicistico e riduttivo identificare i concetti di buona fede e giusta causa.

(24) La giurisprudenza francese (su cui anche *infra*) è da tempo consolidata nell'affermare la responsabilità della banca che receda senza tener conto dell'affidamento del cliente ovvero delle altre circostanze che rendono «ingiustamente» (v. nota successiva) gravosa per quest'ultimo l'inaspettata rottura del rapporto. Cfr. F. Galgano, *Civile e penale nella responsabilità del banchiere*, in *Contratto e impr.*, 1987, 1; nonché Santoro, cit., 766.

(25) Nell'ambito dei rapporti contrattuali l'ingiustizia del danno può dipendere – diversamente da quanto tradizionalmente ritenuto in ambito aquiliano – anche esclusivamente dalla contrarietà alla regola di buona fede del comportamento che lo ha determinato.

te; il che dimostra come le clausole in parola abbiano contenuti diversi: più ampio e sfumato quello della buona fede, più definito quello della giusta causa (26). Ancora non è chiaro, però, se tra le due possa esserci un rapporto di continenza.

Tale dubbio va sciolto rilevando che, alla stregua del principio di buona fede, la banca non è tenuta ad avere una valida ragione per recedere, bensì esclusivamente ad attivarsi per non ledere ingiustificatamente gli interessi della controparte (27). Ciò significa che, quando sia previsto il diritto di recedere *ad nutum*, l'eventuale sindacato del giudice non potrà fermarsi a constatare la mancanza di giusta causa per giudicare scorretto il comportamento della banca recedente, in quanto quest'ultimo andrà valutato nel suo complesso. L'istituto di credito che non dovesse riuscire a dimostrare di avere «validi» motivi per recedere (*id est* tali da poter essere considerati giusta causa) (28), e tuttavia provasse di aver agito con tutte le cautele necessarie per evitare danni ingenti al cliente, non potrebbe essere ritenuto responsabile per comportamento contrario all'art. 1375 (29). Tali cautele possono consistere, ad esempio, nella concessione di tempi più lunghi di quelli consueti per la restituzione delle somme utilizzate, ovvero nella comunicazione anticipata del preavviso di recesso che consenta al cliente di procurarsi per tempo aperture di credito da parte di altri operatori (30).

Con la conclusione prospettata non si vuole negare che, nell'economia della complessa valutazione del giudice, relativa al comportamento della parte recedente, un peso rilevante vada riconosciuto ai motivi che l'hanno indotta a rompere il rapporto. Infatti, quanto più questi motivi saranno evidenti e conoscibili, tanto meno la banca dovrà preoccuparsi di rendere il recesso indolore per il cliente, atteso che in tali circostanze quest'ultimo non potrà vantare un legittimo affidamento da preservare. E d'altro canto, qualora il cliente riesca a dimostrare, unitamente alla carenza di validi motivi, il preci-

puo intento della banca di arrecargli un danno, l'atteggiamento formalmente collaborativo da parte della stessa non sarebbe sufficiente ad escludere l'abusività del recesso.

Autonomia negoziale ed abuso del diritto

Soltanto attraverso la ricostruzione proposta sembra possibile conciliare le sempre più avvertite esigenze di socializzazione e moralizzazione del diritto con il principio di autonomia negoziale, in virtù del quale, a chi stipula un contratto di apertura di credito a termine, è dato attribuire alla banca il recesso *ad nutum* (31).

Ritenendo che, stante la necessità di contrastare l'eventuale abuso del diritto dell'istituto di credito, la differenza tra recesso per giusta causa e recesso *ad nutum* si riduca ad avere soltanto carattere processuale, si incorre nella facile obiezione di chi rilevi che attraverso lo strumento ermeneutico non si può superare il dettato positivo, il quale nella fattispecie distingue, con aspirazioni che sembrano andare al di là del mero rilievo probatorio, il contratto di apertura di credito a tempo indeterminato da quello a termine, nonché le due diverse modalità di recesso (32). In altre parole, alle parti di un rapporto quale quello in rassegna va, senza dubbio, riconosciuta – se non si vuole ignorare l'inequivocabile dato codicistico, che pure meriterebbe ben più di una censura (33) – la facoltà di pattuire che la banca possa recedere anche in assenza di giusta

Note:

(26) Parte della dottrina rifiuta di ritenere la giusta causa una clausola generale, considerandola piuttosto una norma completa. Cfr. A. Di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. privato*, 1984, 540; S. Rodotà, *Le clausole generali*, ne *I contratti in generale*, I, *Giur. sist. civ. e comm.*, fondata da Bigliani, Torino, 1991, 401; nonché Franzoni, cit., 263.

(27) Sul punto sia consentito rinviare a F. Di Ciommo, *L'abuso di potere del preponente nel rapporto di agenzia*

(nota a Cass., 2 maggio 2000, n. 5467), in *Corriere giur.*, 2000, 1029.

(28) Per una rapida rassegna dei motivi che possono essere considerati validi al fine di reputare giustificato il recesso della banca, v. Manes, cit.

(29) Nell'ordinamento francese, la banca ed il cliente possono recedere unilateralmente dal contratto di apertura di credito a tempo indeterminato, secondo le regole della disciplina generale delle obbligazioni; la banca viene (per lo più) condannata per abuso di diritto solo quando *interrompt brutalement* il rapporto, e non anche per la mera mancanza di una giusta causa di recesso. Cfr. Cass. com., 8 maggio 1978, in *RTD com.*, 1979, 134, con osservazioni di Cabrillac e Rives-Lange. Cfr. I. Bon-Garcin, cit., 7, la quale afferma che «l'abus réside donc bien dans les conditions de la résiliation et non dans les motifs», sebbene poi chiarisca che una valutazione dei motivi sia necessaria – in virtù dell'art. 60, secondo comma, della legge bancaria – quando la banca abbia receduto *brutalement* (v. nota successiva).

(30) Il codice civile italiano, all'art. 1845, terzo comma, in relazione all'apertura di credito a tempo indeterminato, prevede un obbligo di preavviso non espressamente richiesto per il recesso dal contratto a tempo determinato. In dottrina è stata sostenuta la possibilità per la banca di recedere da un rapporto di apertura di credito a tempo indeterminato senza preavviso quando essa agisca in virtù di una giusta causa (cfr. Teti - Marano, cit., 272). In Francia la legge bancaria, all'art. 60, primo comma, prevede che le parti si accordino preventivamente circa l'onere di preavviso gravante sulla banca. Dall'osservanza di tale onere l'istituto di credito è dispensato nel caso in cui il cliente abbia avuto un comportamento «*gravement répréhensible*», ovvero la situazione appaia «*irréremédiablement compromise*» (art. 60, secondo comma).

(31) Come bene evidenziato da Cassazione, 7 aprile 1994, n. 3291, cit., «la previsione del «patto contrario» rappresenta il coordinamento tra la tutela dell'accreditato ed i principi della libertà contrattuale e della specifica approvazione delle condizioni generali del contratto». Tale libertà, conviene ribadirlo, non può essere, nemmeno a livello ermeneutico, svuotata di contenuti.

(32) Parte della dottrina, al contrario, sostiene che l'incongruenza del dettato legislativo «dal punto di vista interpretativo ed applicativo apre alla possibilità di leggere le due disposizioni in modo non atomistico». Così Manes, cit., 925. Cfr., tra i contributi più recenti, G. Gabrielli - F. Padovini, voce *Recesso*, a) *Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 27; S. Sangiorgi, voce *Recesso*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991; G. De Nova, voce *Recesso*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVI, Torino, 1997, 315.

(33) V. nota n. 8.

causa; con l'avvertenza che tale previsione, pur consentendo alla recedente di rompere il rapporto contrattuale senza una valida motivazione, non permette alla stessa di esercitare il suo diritto senza tenere presente l'aspettativa, ragionevolmente maturata dalla controparte, alla prosecuzione del rapporto e senza attrezzarsi, ad esempio, perché il cliente possa per tempo ricorrere a strategie alternative, in modo da evitare danni economici rilevanti.

La conclusione cui si è giunti pare avvalorata anche da due ulteriori considerazioni. Se, come sostenuto da alcuni autori, per abuso del diritto bisogna intendere l'esercizio dello stesso contrario allo scopo per cui l'ordinamento lo ha attribuito (34), allora l'esercizio del diritto di recesso *ad nutum* in assenza di giusta causa non può essere considerato abusivo (35); mentre è abusivo l'atteggiamento del recedente che nel complesso si riveli non conciliabile con il principio di solidarietà che permea l'intero ordinamento giuridico (36). Ciò in quanto, posto che normalmente il contenuto dei diritti patrimoniali non si estende sino a coprire spazi in cui l'esercizio degli stessi è immotivatamente dannoso per altri, tale discorso non vale per il diritto di recesso *ad nutum* che, al contrario, per definizione consente al titolare, nei limiti del rispetto del principio di buona fede, di incidere la sfera giuridica altrui (37).

Il convincimento prospettato non muta anche a voler accedere ad una diversa nozione di abuso del diritto, a tenore della quale ciò che «unicamente rileva, ai fini di una corretta impostazione del problema entro i canoni ermeneutici del principio di buona fede, è l'esistenza di un qualsivoglia pregiudizio per il debitore, non giustificato da un corrispondente vantaggio – meritevole di tutela – per il creditore» (38). Non sembra infatti possibile, in quest'ottica, ignorare il vantaggio economico procurato alla banca dalla consapevolezza di poter esercitare *ad nutum* il recesso nei confronti dei suoi clienti. Che poi il recesso, nel singolo caso

di specie, non trovi adeguate e specifiche motivazioni, risulta irrilevante se solo si considera che l'esercizio di tale diritto potestativo altro non è che l'estrinsecazione della posizione contrattuale di favore che il cliente ha convenzionalmente riconosciuto alla banca (39). Una volta ammesso che l'acquisizione di tale posizione non sia economicamente indifferente per la banca, in quanto le procura vantaggi, non si vede come l'utilizzazione della stessa possa esserlo, con ciò integrando un abuso del diritto.

L'abuso del diritto nell'ordinamento italiano

La Corte dichiara di utilizzare la giusta causa come «antidoto all'abuso del diritto», parafrasando e seguendo la migliore dottrina che si è cimentata nell'approfondimento di tale complessa e discussa figura.

Nel nostro ordinamento notoriamente manca una norma che in termini generali sanzioni espressamente, o semplicemente preveda e definisca, l'abuso del diritto. Tale scelta del legislatore del 1942 – suggerita dai più autorevoli studiosi dell'epoca – non va, tuttavia, caricata di significati. Ciò in quanto la commissione parlamentare che si occupava del progetto del codice civile, dopo aver deciso di non formulare una norma di tal fatta (40), nondimeno suggeriva il rinvio a singoli istituti, quasi nel tentativo di recuperare per altra strada il generale divieto di abuso del diritto (41). La problematica non era, dunque, estranea alla sensibilità dei giuristi italiani di inizio secolo (42).

Più recentemente, parte della dottrina ha evidenziato come l'esercizio dell'autonomia ne-

Note:

(34) Cfr., da ultimo, U. Breccia, *L'abuso del diritto*, in *L'abuso del diritto*, a cura di Furguele, cit., 28; S. Patti, *Abuso del diritto*, voce del *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino, 1987; Salvi, cit.; A. Gambaro, voce *Abuso del diritto* (II. Diritto comparato straniero), in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988; G. Levi, *L'abuso del diritto*, Milano, 1993.

(35) Cfr., per una recente riflessione di teoria generale del diritto, R. Marty, *Théorie de l'abus de droit (ou l'éternelle querelle de la finalité de droits subjectifs)*, in *Rev. franç. de comptabilité*, aprile 1998, 73.

(36) S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 90, collega solidarietà e correttezza, richiamando in proposito la Relazione ministeriale al codice (n. 588). In tema di solidarietà tra privati, v. le riflessioni recenti di G. Alpa, *Solidarietà*, in *Nuova giur. civ.*, 1994, II, 365; S. Galeotti, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. e società*, 1996, 1; N. Lipari, *Spirito di liberalità e spirito di solidarietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, 3; e N. Irti, *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 185. V. anche la nota n. 43.

(37) Per recesso ordinario, o recesso *ad nutum*, deve intendersi – secondo Sangiorgi, cit., 3 – il recesso «dipendente dalla libera scelta della parte alla quale è attribuito», quello cioè fondato non su motivi oggettivamente apprezzabili, bensì «esclusivamente sulla unilaterale volontà di una parte».

(38) Così Cass., 23 luglio 1997, n. 6900, cit. Cfr. Franzoni, cit., 290, a detta del quale l'esercizio del diritto non può prescindere dal bilanciamento degli interessi delle parti.

(39) Si badi bene: il § 226 del codice tedesco (BGB) – seguito nella sua *ratio* dall'art. 833 del nostro codice civile (ma sul punto, per una sintesi dell'evoluzione che a livello ermeneutico tale norma ha subito, v. D. Barbero, *Il sistema del diritto privato*, 2° ed. rielaborata da Liserre e Floridia, Torino, 1993, 485-486) – vieta l'esercizio del diritto quando «possa avere solo lo scopo di arrecare danno ad altri».

(40) Val qui la pena ricordare che l'art. 7 del progetto ministeriale definitivo del codice civile vigente recitava: «Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto». Sul punto, v. V. Giorgianni, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963, 5. Allo stesso modo, il progetto di codice italo-francese delle obbligazioni del 1927, e quello del libro IV del codice civile italiano, all'art. 74, prevedeva che «È ugualmente tenuto al risarcimento colui che ha cagionato danno ad altri eccedendo nell'esercizio del proprio diritto i limiti posti dalla buona fede e dallo scopo per il quale il diritto gli fu riconosciuto». Per i relativi approfondimenti, v. D. Brugi, *L'abuso del diritto nel progetto di codice civile delle obbligazioni e dei contratti*, in *Studi in onore di Ascoli*, Messina, 1936, 79.

(41) Sulla questione, cfr. M. D'Amelio, voce *Abuso del diritto*, in *Nov. dig. it.*, Torino, 1957, I, 95.

(42) Molto efficacemente, in proposito, U. Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 18.

goziale, sancito e garantito a livello codicistico dall'art. 1322, non possa sottrarsi ad una valutazione in termini di socialità (43). In altre parole, i privati sono liberi di riempire dei contenuti che preferiscono il negozio che pongono in essere, ma devono farlo nel rispetto dei «limiti imposti dalla legge». Ove, anche indipendentemente da una previsione espressa, l'interprete rilevi, negli interstizi del dettato normativo, ovvero più in generale nella valutazione di un istituto o di un intero sistema di regole, l'esistenza di detti limiti, il contenuto del contratto sottoposto al sindacato del giudice deve essere integrato, ovvero manipolato (44), in modo da rendere compatibile l'esercizio dell'autonomia dei privati con i limiti in parola (45). Ciò, vieppiù, quando questi ultimi trovano affermazione a livello costituzionale; fenomeno che è proprio, sia del principio di solidarietà tra privati, sia di quello di socialità del diritto, ricavabili dagli artt. 2, 3, 41 e 42 della carta fondamentale (46).

Alla luce dei valori che permeano il moderno diritto civile italiano, appare, dunque, intrinsecamente falso il brocardo *qui suo iure utitur neminem laedit*, in quanto chi abusa del suo diritto facendone un uso non conforme alla legge, o perseguendo fini proibiti, ovvero futili, e inutilmente nocivi per gli altri consociati (47), deve risarcire il danno che ha provocato e subisce gli altri rimedi che l'ordinamento rende, di volta in volta, esperibili (48).

L'abuso tra responsabilità contrattuale ed aquiliana

È di tutta evidenza l'ampio risalto dato al concetto di abuso del diritto nei diversi settori dell'ordinamento italiano investiti dalla ricca legislazione comunitaria degli ultimi anni in tema di tutela dei consumatori, del mercato ed in generale di tutti i soggetti in posizione di debolezza contrattuale. Evitando di ripetere elencazioni note, pare il caso di far riferimento in questa sede esclusivamente all'ultimo di tali provvedimenti.

La direttiva 2000/35/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, datata 29 giugno 2000, «relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali», ponendosi nel solco della tradizione sopra accennata, al considerando n. 19, si propone di «proibire l'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore» e poi individua alcune ipotesi in cui si paleterebbe tale abuso.

In verità, una certa attenzione nei confronti del concetto in parola traspare, direttamente o indirettamente, da quasi tutte le normative nazionali europee (49).

Note:

(43) R. Sacco, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *L'abuso del diritto*, a cura di Furgiuele, cit., 232, rileva come «la socialità pervade consapevolmente tutto il diritto e non lascia fuori dal proprio quadro il contratto». Del resto, già F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, 1966, 77, delimitava il contenuto del diritto soggettivo sulla base del principio di solidarietà e parlava di «eccesso dal diritto». In giurisprudenza, v., tra le altre, Cassazione 9 marzo 1991, n. 2503, in *Foro it.*, 1991, I, 2077, con nota di Bellantuono, e *Corriere giur.*, 1991, 789, con nota di Di Majo, nella quale si afferma che «la buona fede si attinge come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, sono idonei a preservare gli interessi dell'altra parte».

(44) Per recenti considerazioni in proposito, seppure afferenti alla diversa problematica dell'intervento giudiziale sulla clausola penale concordata dalle parti al fine di ricondurla ad equità, v. A. Riccio, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contatto e impr.*, 1999, 21.

(45) Sulla complessa questione, v., da ultimo, anche per ulteriori rinvii, A. D'Angelo, *Discrezionalità del giudice e valori di riferimento nella risoluzione delle controversie contrattuali*, in *Contatto e impr.*, 2000, 340, in cui l'A. mette in evidenza il contrasto che spesso il giudice si trova a stemperare tra «valori del contratto», «valori dell'ordinamento» e «valori ulteriori». Cfr., tra gli altri, G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, nuova ed., Torino, 1992, *passim*; M. Barcellona, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, 398; nonché E. Navarretta, *Bilanciamento di regole costituzionali e regole civilistiche*, in *Riv. critica dir. privato*, 1998, 625.

(46) Sui rapporti tra autonomia privata e principi costituzionali, v. da ultimo, anche per la ulteriore dottrina ivi segnalata, G. Grisi, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, *passim* ed in particolare 149.

(47) C. Salvi, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Ludica e Zatti, Milano, 1998, 63, afferma che «per stabilire se l'atto sia da considerare [...] esercizio (e non abuso) di un diritto», necessita «una valutazione comparativa con l'interesse lesa». Per un approccio di analisi economica del diritto alla questione della comparazione di interessi, v. F. Caggia, *Profili di relazionalità della colpa. Contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1996, *passim*.

(48) Per l'utilizzazione della clausola di buona fede oggettiva come limite al contenuto dei diritti, e dunque come strumento per sindacare il corretto esercizio del diritto stesso, da cui ricavare, ora la risoluzione del contratto per inadempimento, ora l'annullamento dell'atto abusivo, v., tra le altre citate, Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, 1296, con nota di Barone, *Giust. civ.*, 1994, I, 2159, con nota di Morelli, *Corriere giur.*, 1994, 566, con nota di Carbone, anche commentata in *Contratto e impr.*, 1994, 475, da Nanni; e 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giust. civ.*, 1996, I, 381, con nota di Schermi, *Società*, 1996, 295, con nota di Batti, *Giur. comm.*, 1996, 2, 329, con note di Jaeger, Angelici, Gambi, anche commentata in *Contratto e impr.*, 1996, 1, da Galgano. Cfr. G. Cattaneo, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 613.

(49) Nel BGB, il § 226 reca la regola per cui «l'esercizio del diritto è inammissibile se può avere il solo scopo di provocare danno ad altri». Tale paragrafo viene dalla giurisprudenza integrato con i § 826 e 242. Sempre nell'ordinamento tedesco, merita attenzione la figura della *Verwirkung*.

L'art. 2 del codice civile svizzero sancisce una regola particolarmente felice perché collega direttamente il concetto di abuso del diritto alla violazione del principio di buona fede; così anche l'art. 281 del codice greco (il quale, all'art. 288, contiene anche una disposizione analoga all'art. 1175 del codice italiano ed al § 242 BGB) e l'art. 2 di quello turco.

Anche nel nuovo codice civile olandese del 1990 vi è più di un indizio dell'intenzione del legislatore di scoraggiare l'abuso del diritto. Ciò in quanto vengono positivamente contemplati come contrari al diritto: l'intenzione esclusiva di nuocere, nonché l'esercizio del potere finalizzato ad uno scopo diverso da quello per cui il potere è attribuito ovvero posto in essere in circostanze caratterizzate dalla sproporzione degli interessi in conflitto (libro III, art. 13, comma secondo). In più, tra le fonti di responsabilità, oltre alla lesione di un diritto o

(segue)

Fermandosi alle esperienze che appaiono, ai nostri fini, di maggior interesse, può rilevarsi come nell'ordinamento francese (ad inizio secolo furono proprio gli studiosi d'oltralpe a teorizzare in termini moderni il divieto di abuso del diritto) manchi una norma che, alla stregua delle disposizioni sin qui richiamate, disciplini in termini generali l'abuso. Tuttavia, e paradossalmente, al concetto di abuso del diritto ricorre espressamente molto più spesso la giurisprudenza transalpina – rifacendosi all'art. 1134 del *code civil*, il quale impone alle parti del contratto di agire in buona fede (50) – che non quella degli ordinamenti che hanno codificato il divieto (51). Un fenomeno altrettanto singolare è stato osservato in Germania, dove la figura dell'abuso del diritto (*Rechtssmissbrauch*) da tempo non viene più messa in relazione con il suo referente normativo naturale (§ 226 BGB), bensì – dopo un periodo, nel quale aveva assunto una certa importanza il ruolo del «buon costume» (§ 826 BGB) – con la clausola di buona fede oggettiva (§ 242 BGB) (52).

Alla luce di tali circostanze, vien fatto di pensare che l'affermazione positiva del divieto di abuso del diritto – al di là del significato ideologico di cui può caricarsi – non sia idonea ad incidere significativamente sul sistema civile, e dunque sia tutt'altro che necessaria, anche perché in materia contrattuale, laddove *ope codicis*, non solo nel nostro ordinamento, esplica i suoi effetti la clausola di buona fede oggettiva, non si scorgono possibili spazi operativi per il divieto in parola, in quanto l'aria coperta dallo stesso sembra affatto compresa in quella sottoposta alla regola di correttezza (53).

La questione deve essere posta in termini parzialmente diversi laddove si discute della operatività del divieto di abuso del diritto in ambito extracontrattuale (54). Nel nostro ordinamento, infatti – sebbene il principio di atipicità dell'illecito aquiliano renda necessario, quando vi siano disposizioni precise applicabili, il ricorso a formule genera-

li capaci di sopperire al momentaneo vuoto normativo –, tradizionalmente manca l'affermazione positiva della regola di correttezza o del divieto di atti emulativi; cosicché l'eventuale affermazione in chiave ermeneutica del divieto in parola appare tutt'altro che sterile. Ciò in quanto – come è stato autorevolmente evidenziato, pur senza scalfire il presupposto della relazionalità –, di fronte ad ipotesi sempre più complesse di danno extracontrattuale, non immediatamente decifrabile sotto il profilo dell'ingiustizia, il giudice, proprio in virtù dell'applicazione del principio in rassegna (possibile indipendentemente da qualsiasi formulazione positiva), non può più trincerarsi dietro il «logoro ed elusivo brocardo» *qui iure suo utitur neminem laedit*, ma deve affrontare una delicata opera di bilanciamento di interessi contrapposti al fine di verificare se il comportamento, formalmente

Note:

(segue nota 49)

alla violazione di un obbligo, viene contemplata «la trasgressione di regole non scritte concernenti la correttezza nei comportamenti sociali».

Il *Titulo Preliminar* del *código civil* spagnolo – così come modificato dal decreto n. 1836 del 31 maggio 1974, che allo stesso *Titulo* ha dato anche forza di legge – all'art. 7 dispone che i diritti devono essere esercitati in buona fede e che la legge non consente «el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo».

(50) Così P. Ancel, *Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle*, in *Cahiers de droit de l'entreprise*, cit., 34, il quale però appare critico sull'identificazione dell'obbligo di buona fede con il divieto di abuso del diritto.

(51) Cfr., da ultimo, L. Cadet, *Abus de droit*, in *Enc. Dalloz*, I, 1992; Aa.Vv., *L'abus de droit dans le contracts*, in *Cahiers de droit de l'entreprise*, cit.; G. Blanc, *L'abus de droit en droit des affaires*, in *L'abus de droit en droit comparé franco-suisse*, Genève, 1999; P. Ancel - C. Didry, *L'abus de droit: origine et développement en droit français*, *ibid.*; P. Stoefel-Munck, *L'abus dans le contract, essai d'une théorie*, Aix-Marseille, 1999.

(52) L'esperienza tedesca è così riassunta in Breccia, *L'abuso del diritto*, cit., 30. Cfr. K. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, München, 1989, 43 e 232, a cui anche lo stesso A. rinvia.

(53) Così Di Ciommo, *L'abuso di potere del preponente nel contratto d'agenzia*, cit., 1036-1037. Nello stesso senso, tra gli altri, Breccia, *L'abuso del dir.*, cit., 49. Cfr. A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995, 481; Salvi, *Abuso del diritto*, cit., 5, secondo il quale, più radicalmente, sotto il profilo operativo la formula del divieto di abuso del diritto appare, soprattutto nel campo dei diritti soggettivi in senso stretto, una sovrastruttura aggiuntiva rispetto alla disciplina positiva; Bigliazzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 186, a detta della quale si può riconoscere autonomia al concetto di abuso del diritto solo «in quanto si eviti di attribuire alla clausola generale di buona fede il valore di limite interno rispetto ad un diritto»; nonché F.D. Busnelli - E. Navarretta, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Abuso del diritto*, a cura di Furguele, cit., in particolare 184 e 211.

Anche gli studiosi di *common law* che si sono occupati di *abuse of rights* hanno rilevato come il concetto in parola tendenzialmente si sovrapponga alla *good faith* codificata nello *Uniform Commercial Code* (v. § 1-20 e, per *merchants in goods*, § 2-103) e definita nella § 205 del *Second Restatement of Contracts* cfr. R. Farnsworth, *Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code*, in *30 U Chi L. Rev* 666, 1963; nonché, più di recente, J. White - R. S. Summers, *Uniform Commercial Code*, 4th ed., St. Paul, 1995.

(54) Cfr. Busnelli - Navarretta, cit., 184, secondo i quali, il divieto di abuso del diritto, principio-ponte tra i valori costituzionali e le regole codicistiche di non emulatività e correttezza, è suscettibile di incidere in modo particolarmente significativo sulla disciplina della responsabilità civile. Anche parte della dottrina nordamericana ha evidenziato come proprio fuori dalla *contractual relationship* il divieto in parola possa coprire spazi inesplorati; cfr. J.M. Perillo, *Abuse of Rights: A Persuasive Legal Concept*, 27 *Pac L Rev* 37, 44-47 (1995).

Per la rilevanza sempre maggiore che le regole di correttezza e buona fede vanno acquisendo nel campo della responsabilità civile, v. G. Alpa, *Le frontiere attuali della responsabilità da illecito nel diritto comparato*, in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di Vacca, Torino, 1995, 317; e F.D. Busnelli, *Frontiere europee della responsabilità civile*, da ultimo in *Responsabilità e danno*, a cura di Busnelli e Patti, Torino, 1997, 167. Cfr. C. Castronovo, da ultimo in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2° ed., 1997; il quale, sulla base dell'applicazione generalizzata della regola della correttezza, sostiene l'estensione delle regole che presidiano la responsabilità contrattuale al danno prodotto ad un soggetto nell'ambito di una relazione non contrattuale caratterizzata da affidamento (*Vertrauensverhältnis*).

iure, del danneggiante sia sostanzialmente «*non iure*, oltre che *contra ius*, e quindi fonte di danno ingiusto» (55).

Attraverso l'ampia utilizzazione del concetto di abuso del diritto nel campo della responsabilità aquiliana, in altri termini, sembra possibile completare e legittimare definitivamente la parabola evolutiva di tale settore del nostro ordinamento (56); nel quale, all'idea di ingiustizia del danno in termini di lesività di diritti assoluti, col tempo si è andata sostituendo, prima, la consapevolezza dell'importanza che al riguardo va riconosciuta anche alla lesione dei diritti di credito (57), quindi, la convinzione che ogni situazione meritevole di tutela, se lesa in virtù di un atteggiamento scorretto, ha da essere risarcita (58).

Il diritto per clausole generali

Sulla base delle considerazioni svolte, non appare convincente la posizione di chi, riflettendo attorno ad un futuro, ipotetico, codice europeo, suggerisce di introdurre una disposizione generale sull'esercizio del diritto che contempli anche il divieto di abuso (59). Rendere più copioso il numero delle clausole generali, seppure sotto l'egida costituzionale, non serve certo a rispondere compiutamente alle esigenze puntuali e sofisticate del diritto del terzo millennio (60). Di fronte ai nuovi scenari, tecnologici, ambientali, commerciali e sociali in genere, che si sono rapidamente imposti all'attenzione dei legislatori nazionali, la risposta dell'ordinamento giuridico, sia in termini di certezza del diritto, che di efficienza economica dell'intero sistema civile, deve orientarsi in tutt'altra direzione. In un'epoca in cui la complessità del reale impone al giurista il massimo rigore scientifico, il legislatore è chiamato a sceverare fior da fiore con competenza e puntualità, per cui, oggi men che mai, può delegare la modernizzazione del diritto a valori e clausole generali (61); valori ai quali esso, pur tuttavia,

si deve ispirare, compiendo le opportune scelte politiche e formulando regole, per quanto possibile, di sicura applicabilità.

La produzione legislativa comunitaria, cui si faceva riferimento all'inizio del precedente paragrafo, merita di essere apprezzata proprio in quanto ha tradotto, seppure spesso difettando di organicità, il vago e generalissimo divieto di abuso del diritto in norme, il più delle volte, precise e dettagliate. A questo proposito, e concludendo, appare utile spostare l'obiettivo dell'indagine oltreoceano, dove le clausole generali da decenni vengono estrinsecate (62), soprattutto in alcuni settori ritenuti particolarmente sensibili o delicati, in normative tecniche assai particolareggiate (63).

Relativamente all'esperienza nordamericana, e rimanendo in tema di abuso del diritto, va rilevato come assai diffusa, tra gli studiosi europei, sia l'idea che di tale argomento non si occupino gli operatori di *common law*. Questa percezione negli scorsi decenni è stata, con tutta probabilità, facilitata dall'osservazione, in se' incontestabile, per cui il diritto di matrice anglosassone ripudia ogni concettualizzazione. Tuttavia, anche solo sfogliando i manuali statunitensi più recenti dedicati alla *Law of Contracts* – nei quali i paragrafi dedicati all'*abuse of rights* dimostrano una sensibilità ed una consapevolezza dai più inaspet-

Note:

(55) Così ancora Busnelli - Navarretta, cit., 212.

(56) Per una attenta ricostruzione storica, v. F.D. Busnelli, *La parabola della responsabilità civile*, da ultimo in *Responsabilità e danno*, cit., 127.

(57) Sulla questione non si può omettere un rinvio a F.D. Busnelli, *La lesione del credito da parte dei terzi*, Milano, 1964; nonché Id., *La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio*, in *Riv. critica dir. privato*, 1987, 87. Critica sul punto appare, invece, G. Visintini, *La tutela aquiliana delle posizioni contrattuali*, in *Contratto e impr.*, 1985, 651.

(58) In tal modo – come sembra evidenziare D. Messinetti, *Danno giuridi-*

co, voce dell'*Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 485 – «il criterio dell'ingiustizia acquisisce quell'autonomia che viene nascosta dal riferimento a forme soggettive precostituite» e viene così «reinterpretato in modo da svelare e mettere in evidenza la capacità di selezionare interessi rilevanti in funzione di competenze privilegiate». Cfr. C. Scognamiglio, voce *Ingiustizia del danno*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1996; nonché le voci più autorevoli che hanno partecipato al dibattito sollevato in Italia dalla sentenza n. 500/99, con cui la Cassazione ha affermato il principio della risarcibilità della lesione di interessi legittimi. Ancora più estreme sembrano le conseguenze cui giungono H.L.J. Mazeaud - F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations*, 9° ed., Paris, 1998, § n° 458, i quali sostengono che «il y a abus de droit s'il a faute (même de simple imprudence ou de négligence) dans l'exercice du droit».

(59) Cfr. G.T. Daskarolis, *In tema di contenuti e di struttura del futuro codice europeo*, in *Jus*, 1993, 121.

(60) L'avvertimento sembra trasparire già in A. Gambaro - R. Pardolesi, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto civile*, A. *Relazione di base*, in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cura di Pizzorusso e Varano, Tomo I, Milano, 1985, 5.

(61) Gambaro - Pardolesi, cit., 7, sembrano indicare questa strada laddove affermano che l'influenza dei valori costituzionali potrebbe rappresentare solo «un rafforzativo, non sempre essenziale, di una disciplina che comunque ha bisogno di articolarsi su tutti i livelli della gerarchia delle fonti».

(62) La *doctrine of good faith* – sino ai primi del novecento sacrificata ai principi della libertà contrattuale e della signoria della volontà privata – solo nel XX secolo si è imposta negli Stati Uniti attraverso le dottrine del *promissory estoppel*, della *unconscionability* e le moderne teorie che ruotano attorno alla discussa figura del *quasi-contract*. Cfr., anche per la dottrina ivi seguente A. Barenghi (.), *Determinabilità e determinazione unilaterale del diritto dei contratti: appunti sul sistema nordamericano*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, in corso di pubblicazione, a cui adde J. Adler - L. Mann, *Good Faith: A New Look at an Old Doctrine*, 28 Akron L Rev 31 (1994); R. Farnsworth, *Good Faith and Fault in Contract Law*, (Beatson & Friedman eds. 1995); e F. Claybrook, *Good Faith in the Termination and Formation of Federal Contracts*, 56 Md L Rev 555 (1997). V. altresì le precedenti note n. 14 e n. 54.

(63) Per l'evoluzione che l'utilizzazione delle clausole generali ha avuto nella materia dell'intermediazione finanziaria, prima negli USA e poi anche in Italia, sia consentito rinviare ancora, anche per ulteriori segnalazioni, a Di Ciommo, *Clausole generali e responsabilità civile dell'intermediario mobiliare*, cit.

tata –, il civilista è oggi indotto a domandarsi se non sia il caso di rivedere le proprie convinzioni (64).

Vero è, infatti, che il principio generale in parola, in *common law*, non è mai formulato a chiare lettere a livello positivo; ma ciò in quanto si è preferita, all'affermazione di principio, quella di dettaglio, che infatti sta, più o meno implicitamente, alla base di molte figure tipiche del diritto anglo-americano. Tra i vari esempi possibili, si pensi al *tort of interference*, che si fonda proprio sull'idea che il privato non possa abusare della sua libertà negoziale per ledere interessi economici altrui derivanti da un contratto (65), ovvero ad alcuni istituti tipici dell'*antitrust law* (dove cambia lievemente il termine evocativo, *misuse*, ma non la sostanza) e del *corporate governance* (66).

Tutto ciò rafforza il convincimento relativo all'utilità di un'indagine aggiornata sulla portata attuale del divieto di abuso del diritto e tuttavia, allo stesso tempo, suggerisce di rifiutare soluzioni che risultano comode per un legislatore svogliato, ma alla lunga sterili in quanto «insincere» (67).

Note:

(64) V., tra i manuali più aggiornati, J.D. Calamari - J.M. Perillo, *The Law of Contracts*, 4th ed., St. Paul, 1998, § 11.39. Piuttosto deficitaria appare invece la voce *Abuse del Corpus Juris Secundum* – 1 CJS 319 *Abuse* (1985) – che tuttavia compare fin dal 1985.

(65) Per uno studio italiano di diritto comparato, v. G. Ponzanelli, *Il «tort of interference» nei rapporti contrattuali: le esperienze nordamericana e italiana a confronto*, in *Quadrimestre*, 1989, 69. Tra gli ultimi contributi nordamericani in proposito, v., *ex ceteris*, L.C. Schwartz, *Negligent interference*

with contracts: the efficiency and justice of section 766C of the Restatement (Second) of torts, 27 Am Bus LJ 275 (1989); W.J. Woodward, Jr., *Contractarians, Community, and the Tort of Interference with Contract*, 80 Minn L Rev 1103 (1996); M.P. Gergen, *Tortious Interference: How It Is Engulfing Commercial Law, Why This Is Not Entirely Bad, and a Prudential Response*, Aez LR 4:1175 (1997).

(66) La giurisprudenza nordamericana ha affrontato direttamente il tema dell'illegittimo esercizio del diritto per *malicious motive, defect of legitimate interest*, ovvero *illegitimate purpose*, da ultimo nei casi Clark v. Glidden Coatings & Resins, in F Supp 868 (ED La 1997); Pacific First Bank v. New Morgan Park Corp., 876 P2d 761 (1994); Dobyns v. South Carolina Dept. of Parks, 480 SE2d 81 (1997).

(67) G. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Mass., 1982, 8, osserva come in nordamerica le operazioni ermeneutiche di modernizzazione del diritto, condotte attraverso l'argomento costituzionale e le clausole generali, abbiano prodotto risultati infelici perché insincere.

NOVITÀ

I CONTRATTI ON-LINE

Sul sito www.ipsoa.it è disponibile **I Contratti on - line** che fornisce un aggiornamento completo e tempestivo sulle novità in materia contrattuale

I Contratti on - line offre all'utente i seguenti servizi:

- **News:** ultime novità legislative, giurisprudenziali e interpretative costituite da una sintesi e dalla documentazione connessa
- **Documentazione:** documentazione legislativa, primaria e secondaria, circolari ministeriali, atti parlamentari, comunicazioni e note indipendenti, sentenze di legittimità per esteso
- **Archivio:** tutta la documentazione pubblicata sul sito e ordinata per criteri analitici e cronologici
- **Preleva la Rivista:** il servizio consentirà di consultare in anticipo l'intero numero della Rivista (in formato pdf) prima ancora che questa sia stampata
- **Novità editoriali:** presentazione dei nuovi prodotti Ipsoa (possibilità di visualizzare il sommario dei libri)
- **Corsi e convegni:** le iniziative di Ipsoa per la formazione e l'aggiornamento professionali
- **Indice annate:** raccolta degli indici generali delle annate della Rivista
- **Links utili:** siti di particolare interesse per i professionisti
- **Scriveteci:** se volete contattarci con idee, suggerimenti ed opinioni

I Contratti on - line è visibile, per gli abbonati della Rivista, sul sito internet IPSOA all'indirizzo www.ipsoa.it/controline/