



CODICI **MAXi**

PER MAGISTRATURA E CONCORSI DI FASCIA ALTA

MASSIMILIANO DI PIRRO

Temi a svolgimento guidato

**CIVILE • PENALE
AMMINISTRATIVO**

**Concorso 2019
in
MAGISTRATURA**

III EDIZIONE

Copyright © 2019 Simone S.r.l.
Via F. Russo, 33/D
80123 Napoli
www.simone.it

TUTTI I DIRITTI RISERVATI

*È vietata la riproduzione anche parziale
e con qualsiasi mezzo senza l'autorizzazione scritta dell'editore.*

Direzione e coordinamento redazionale dott.ssa *Rossana Petrucci*

Hanno collaborato alla revisione del testo i dott.

Antonella Comite, Gabriela Gianturco, MariaFrancesca Mazzitelli, Rocco Pezzano

L'elaborazione del testo, anche se curata con scrupolosa attenzione,
non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze

Questo volume è stato stampato presso:

«MultiMedia»

V.le Ferrovie dello Stato Zona Asi - Giugliano (NA)

Terza edizione
aprile 2019

PREMESSA

Eh sì, anch'io non ho resistito alla moda primavera-estate 2019 e ho (ri) fatto il temario, genere ampiamente saccheggiato (ma quale non lo è?) che però ha ancora il suo *charme*. Si mette su tutto e occupa poco spazio.

Nel frattempo la famiglia si è allargata, perché qui in redazione ci diamo da fare: accanto al temario fanno bella mostra di sé il **Codice civile Maxi**, il **Codice penale Maxi** e il «**Trittico**» (civile, penale e amministrativo), **consultabili in sede di concorso** poiché contengono esclusivamente riferimenti normativi, sia pure con un **taglio fortemente innovativo** anche rispetto ai precedenti codici Simone.

Questi volumi fanno parte della **nuova collana "I Maxi"**, che ospiterà, con il tempo, altri volumi, tutti dedicati alla preparazione del concorso in magistratura e dell'esame di avvocato.

Questo temario è alla **terza edizione**. Vuol dire che le prime due sono andate bene o che la casa editrice aveva soldi da buttare.

“*Scrivo 33 temi*”, avevo pensato, ma mi hanno fregato l'idea. E poi trentatré è il numero atomico dell'arsenico e fa male alla salute. Invece questo temario deve essere salutare. “*Allora ne faccio 32*”, ma era come partire per secondo e l'idea non mi piaceva.

Così ho rinunciato a dare i numeri.

Ho visto che per gli indovini sono rimasti solo posti in piedi. Perciò i miei temi non faranno senz'altro centro (ma forse sì, chi può dirlo ...). Sono, più semplicemente, **temi di puro ragionamento** (visto l'andazzo degli ultimi concorsi), **temi agganciati alla giurisprudenza più rilevante degli ultimi anni** e **temi su argomenti fondamentali ma messi ai margini dai manuali**.

Alcuni temi sono **più estesi** di altri perché ho cercato di facilitarvi lo studio (o il ripasso), esaminando tutti gli aspetti principali dell'argomento. Sono, insomma, temi «riepilogativi», che costituiscono l'occasione per fare il punto su tutte le questioni più importanti relative a un determinato argomento.

Altri temi, invece, sono **più compatti e settoriali**, poiché colgono soltanto uno o più aspetti di un determinato argomento.

Per motivi di spazio alcuni temi sono rimasti fuori dalla porta. Niente paura: li **pubblicheremo on line sul sito Simone** (www.simone.it), nell'apposita sezione dedicata al temario.

Un'ultima avvertenza: il temario è stato scritto tra un discorso (con felpa) di Salvini, un congiuntivo (con papera incorporata) di Di Maio e un post (con zeppola) di Renzi. Perciò, se trovate qualche refuso, siate clementi.

Coraggio: sfogliate il temario e date sfogo all'ormone, al sogno, al desiderio!

Daje sempre.

Tivoli, 16 aprile 2019

Max Di Pirro

Indice

Indicazioni per lo studio e per la redazione dei temi	Pag. 7
---	--------

Parte Prima Diritto civile

Tema 1 • Premessi riferimenti al nascituro come oggetto di tutela, si esamini il diritto a non nascere gravemente malato	» 19
Tema 2 • Diritto all'oblio, protezione dei dati personali e diritto di cronaca	» 27
Tema 3 • Dolo testamentario e <i>captatio benevolentiae</i> . Tutela della volontà del testatore	» 35
Tema 4 • Disposizioni testamentarie negative nella successione <i>ab intestato</i> e nella successione necessaria	» 39
Tema 5 • Donazione tipica e donazioni indirette, con particolare riferimento alla donazione eseguita mediante un'operazione bancaria di trasferimento titoli	» 49
Tema 6 • Donazione <i>a non domino</i> obbligatoria e dispositiva. Si esamini, inoltre, la legittimazione del coerede a disporre dei beni ereditari limitatamente alla propria quota di eredità	» 57
Tema 7 • Contratti prematrimoniali e accordi sui doveri coniugali: limiti, natura ed effetti. Si esamini, inoltre, l'ammissibilità del patto sulla procreazione	» 67
Tema 8 • Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore	» 81
Tema 9 • Premessi riferimenti al regime dell'accessione, si esamini la sorte della costruzione realizzata dal singolo comunista sul suolo comune, anche con riferimento ai rapporti tra il comproprietario costruttore e gli altri comproprietari	» 87
Tema 10 • Premessi riferimenti al rapporto tra abuso del diritto e buona fede, il candidato si soffermi sull'abuso del diritto nei rapporti contrattuali e societari, in ambito processuale e quale principio antielusivo, nonché sui rimedi esperibili in caso di condotta negoziale abusiva	» 97
Tema 11 • Accertamento negoziale e riconoscimento unilaterale dei diritti, anche con riferimento ai diritti reali	» 107
Tema 12 • Caducazione del contratto e pretese restitutorie, anche con riferimento al mutuo dissenso	» 113
Tema 13 • <i>Compensatio lucri cum damno</i> e benefici collaterali erogati in occasione dell'evento dannoso	» 123
Tema 14 • Il contatto sociale	» 131
Tema 15 • Gestione del rischio contrattuale e obbligo di rinegoziazione	» 137
Tema 16 • L'apparenza nei rapporti tra privati e la tutela dell'affidamento, anche con riferimento alla tutela del debitore in caso di pagamento al creditore apparente e al rappresentante apparente del creditore	» 147
Tema 17 • La forma dei contratti-quadro di investimento	» 153
Tema 18 • L'assunzione del debito altrui	» 157
Tema 19 • Le vicende circolatorie del possesso, anche con riferimento alla vendita di possesso	» 165
Tema 20 • Usi civici, demani civici e domini collettivi	» 171

Parte Seconda Diritto penale

Tema 1 • Il regime della prescrizione e la sua conformità con le fonti sovranazionali e con i principi costituzionali nell'interpretazione della Corte costituzionale, Corte Edu e della Corte di giustizia	» 183
Tema 2 • Irretroattività <i>in peius</i> e retroattività <i>in mitius</i> della norma penale e <i>tempus commissi delicti</i> . Si esamini, inoltre, la questione relativa alle modificazioni mediate della fattispecie	» 191

Tema 3 • <i>Tempus commissi delicti</i> e trattamento sanzionatorio. Si esamini, in particolare, la disciplina applicabile in caso di condotta realizzata sotto il vigore di una legge penale più favorevole e di evento intervenuto nella vigenza di una legge penale più sfavorevole.....	Pag. 199
Tema 4 • Concorso formale e concorso apparente di norme. Si esamini, inoltre, il concorso formale in relazione al reato di resistenza a pubblico ufficiale commesso nei confronti di più soggetti.....	» 205
Tema 5 • Obblighi di garanzia, poteri impeditivi e affidamento sulla condotta altrui. Le posizioni di garanzia nei luoghi di lavoro e la delega di funzioni.....	» 213
Tema 6 • Premessa l'analisi della natura giuridica e dei criteri di imputazione della responsabilità da reato degli enti collettivi, si analizzi la responsabilità dell'ente nelle ipotesi di applicazione della particolare tenuità del fatto nei confronti della persona fisica che ha agito nell'interesse o a vantaggio dell'ente.....	» 225
Tema 7 • I reati culturalmente orientati, con particolare riferimento alle condotte tenute per motivi religiosi.....	» 231
Tema 8 • Si esamini il rapporto tra la cessazione dell'esecuzione e degli effetti della sentenza irrevocabile di condanna, in caso di dichiarazione di incostituzionalità della norma in applicazione della quale è stata pronunciata la condanna, e le sanzioni amministrative qualificabili come penali ai sensi della Cedu....	» 237
Tema 9 • I delitti di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, anche con riferimento al problema dell'applicabilità della circostanza attenuante del concorso del fatto doloso della persona offesa...	» 243
Tema 10 • Si esamini il rapporto tra i reati di malversazione in danno dello Stato e di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche.....	» 251
Tema 11 • Premessi cenni sulla differenza tra il concorso di persone nel reato e la responsabilità per il reato associativo, nonché sulla qualifica di partecipe all'associazione per delinquere di stampo mafioso, si soffermi il candidato sulle forme di manifestazione del metodo mafioso e sui problemi applicativi del reato di cui all'art. 416bis c.p. nel caso delle mafie silenziose.....	» 257
Tema 12 • Premessi riferimenti ai reati di comune pericolo mediante violenza e mediante frode, esamini il candidato il delitto di epidemia colposa e la configurabilità dell'epidemia colposa omissiva, nonché i delitti di avvelenamento e di corrompimento di acque o di sostanze destinate all'alimentazione..	» 267
Tema 13 • Istigazione e aiuto al suicidio, diritto a morire e omicidio del consenziente.....	» 275
Tema 14 • I delitti di reclutamento di manodopera e di utilizzo della manodopera in condizioni di sfruttamento.....	» 283
Tema 15 • Produzione di materiale pornografico, pericolo di diffusione e pornografia domestica.....	» 293
Tema 16 • I concorso di persone nel delitto di violenza sessuale e la violenza sessuale di gruppo: tratti distintivi anche ai fini dell'applicazione delle circostanze specifiche dei reati.....	» 299
Tema 17 • Tortura comune e tortura di Stato: soggetti, elemento soggettivo, condotta e rapporti con altri reati.....	» 305
Tema 18 • Contratti di finanziamento, superamento del tasso-soglia nel corso dello svolgimento del rapporto e strumenti di tutela del beneficiario del finanziamento. Si dica, inoltre, se anche gli interessi convenzionali di mora eccedenti il tasso-soglia debbano essere qualificati come usurari.....	» 313
Tema 19 • I limiti alla punibilità dell'autoriciclaggio in caso di mera utilizzazione o di godimento personale dei beni ricavati dal delitto presupposto. Si esamini, inoltre, la condotta concorsuale del terzo, estraneo alla realizzazione del reato presupposto, nell'attività autoriciclatoria dell' <i>intraneus</i> responsabile della commissione del reato fonte.....	» 323
Tema 20 • Corruzione tra privati, istigazione alla corruzione tra privati e tentativo di corruzione tra privati...	» 333
Tema 21 • Lottizzazione abusiva, confisca urbanistica e garanzie convenzionali. Si esamini anche la confisca in presenza di un reato di lottizzazione abusiva dichiarato estinto per prescrizione.....	» 341
Tema 22 • La tutela del dipendente che segnala condotte illecite di cui è venuto a conoscenza nell'ambito del rapporto lavorativo. Il rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare.....	» 347

Parte Terza
Diritto amministrativo

Tema 1 • Nullità e annullabilità degli atti amministrativi. Gli effetti dell'invalidità e i poteri del giudice....	Pag. 357
Tema 2 • Annullamento dell'aggiudicazione e tutela dell'affidamento incolpevole.....	» 369
Tema 3 • Provvedimenti amministrativi di secondo grado ad esito eliminatorio e ad esito conservativo	» 375
Tema 4 • Illegittimità europea del provvedimento amministrativo e strumenti di tutela	» 385
Tema 5 • La motivazione postuma degli atti amministrativi	» 391
Tema 6 • Premessi riferimenti alle tipologie di abusivismo edilizio e alla repressione degli illeciti edilizi, si esamini: a) la natura e i destinatari del provvedimento di acquisizione gratuita delle opere abusive; b) il legittimo affidamento del privato in presenza di abusi risalenti nel tempo.....	» 397
Tema 7 • L'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio in sanatoria intervenuto a una distanza temporale considerevole dal provvedimento, anche in presenza di dichiarazioni non veritiere.....	» 409
Tema 8 • Il contributo di costruzione: determinazione e strumenti di tutela del privato	» 417
Tema 9 • Dopo aver illustrato i moduli consensuali nella pianificazione urbanistica, si esamini la perequazione urbanistica ristretta e generalizzata	» 423
Tema 10 • Premessi cenni sull'autotutela conservativa, si esamini il rimedio di cui all'art. 42bis D.P.R. 327/2001 in relazione al pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale subito dal privato, nonché la possibilità di adottare il provvedimento di acquisizione sanante nel giudizio di esecuzione	» 429
Tema 11 • Le procedure ad evidenza pubblica, con particolare riferimento: a) alla natura e all'impugnazione della «determina a contrarre» e del bando di gara; b) alla tutela del privato nei confronti del provvedimento che determina l'esclusione dalla procedura; c) al soccorso istruttorio	» 437
Tema 12 • L'impugnazione del bando di gara, con particolare riferimento ai soggetti legittimati e alle clausole non escludenti	» 445
Tema 13 • Premessi riferimenti alla funzione del giudizio di ottemperanza, il candidato si soffermi sul rapporto tra giudicato e sopravvenienze, sulle ottemperanze anomale e sull'ottemperanza della decisione resa su ricorso straordinario al Presidente della Repubblica	» 451
Tema 14 • Premessi riferimenti alla natura giuridica della penalità di mora, si esamini la sua modificabilità in sede di chiarimenti al giudice dell'ottemperanza	» 461
Tema 15 • Dovere di correttezza, procedure ad evidenza pubblica e responsabilità precontrattuale della P.A. ...	» 467
Tema 16 • Premessi riferimenti ai titoli delle obbligazioni dai quali sorgono rapporti giuridici, si esamini la questione della cumulabilità dell'indennità e del risarcimento in caso di malattia del dipendente pubblico per causa di servizio.....	» 473
Tema 17 • Il risarcimento del danno da perdita di <i>chance</i> in caso di lesione degli interessi legittimi, con particolare riferimento alle gare per affidamenti pubblici	» 479
Tema 18 • Incandidabilità, decadenza e sospensione dalle cariche elettive nelle amministrazioni regionali e locali.....	» 487
Tema 19 • I poteri amministrativi di respingimento e di espulsione degli stranieri: disciplina sostanziale e tutela processuale	» 495
Tema 20 • La tutela del terzo leso da una Scia edilizia illegittima.....	» 505

Tema 10

Premessi riferimenti al rapporto tra abuso del diritto e buona fede, il candidato si soffermi sull'abuso del diritto nei rapporti contrattuali e societari, in ambito processuale e quale principio antielusivo, nonché sui rimedi esperibili in caso di condotta negoziale abusiva

Diversi sistemi codicistici, tra i quali quello svizzero e quello tedesco, prevedono un'apposita norma che vieta alle parti di esercitare il proprio diritto in modo abusivo. Il nostro Codice civile, invece, per il timore del che una simile clausola potesse pregiudicare la certezza del diritto, non contiene una prescrizione generale che vieti l'abuso della propria posizione soggettiva, ma solo specifiche disposizioni in cui viene sanzionato l'abuso con riferimento all'esercizio di determinate posizioni soggettive.

La principale di queste fattispecie è certamente quella del **divieto di atti emulativi di cui all'art. 833 c.c.**, che la dottrina, estendendo il dato meramente

letterale, riferisce non solo alla proprietà, ma anche a tutti i diritti reali di godimento. Pur se è la principale, quella dell'art. 833 c.c. non è l'unica ipotesi inquadrata nella categoria del divieto di abuso del diritto.

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

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

Ribadito, allora, che manca una generale previsione normativa di divieto di abuso del diritto, essendo disciplinate solo specifiche ipotesi di abuso, sorge il **problema di stabilire se da tali singole ipotesi possa enuclearsi una categoria generale che fondi il principio generale di divieto di esercizio del diritto in modo abusivo** e preveda

Lo svolgimento inciampa subito su un inconveniente: il Codice civile non contiene una previsione generale di divieto di abuso del diritto, ma solo specifiche disposizioni dalle quali è ricavabile il divieto di abuso con riferimento all'esercizio di determinate posizioni soggettive. Pertanto, occorre capire se da tali singole ipotesi possa enuclearsi un divieto generale di abuso del diritto. A tale quesito la dottrina offre risposta positiva

che il diritto soggettivo cessi di ricevere tutela, laddove sia esercitato per una finalità che ecceda i limiti stabiliti dalla legge.

A tale quesito la dottrina maggioritaria offre una risposta positiva. Nessun diritto, si argomenta, può considerarsi illimitato, ed occorre allora reprimere quei comportamenti che sono abusivi pur non rientrando in precisi schemi normativi esistenti. In particolare, di abuso può parlarsi in tutti quei casi in cui si verifichi un'**alterazione della funzione obiettiva dell'atto**, o perché si registra un'alterazione del fattore causale o perché si realizza una condotta contraria alla buona fede o, comunque, lesiva della buona fede altrui.

In sostanza, l'abuso del diritto è correlato o a un'alterazione, nel caso concreto, della funzione causale posta dall'ordinamento a presidio della fattispecie o alla violazione del dovere di buona fede.

Analogamente, la giurisprudenza, collegando la tematica dell'abuso a quella del dovere di agire secondo **buona fede oggettiva**, riconosce un principio generale di divieto di abuso del diritto, ritenendo che l'abuso del diritto sia ravvisabile quando il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con **modalità non necessarie e irrispettose del dovere di correttezza o buona fede**, cioè del dovere di reciproca lealtà di condotta, causando così uno **sproporzionato e ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale** al fine di conseguire **risultati diversi e ulteriori** rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà sono attribuiti (Cass. 15885/2018).

Si ritiene ormai che **buona fede e correttezza indichino la medesima regula iuris**. Si segnala, comunque, il pensiero di un autorevole studioso (BETTI), secondo il quale gli obblighi nascenti dalla correttezza avrebbero contenuto negativo, in quanto doveri di protezione della sfera giuridica altrui, mentre gli obblighi nascenti da buona fede avrebbero carattere positivo, in quanto doveri di cooperare nell'interesse altrui. Il principio di buona fede permea tutta la disciplina della materia contrattuale, tanto da essere definito in dottrina come un **principio supernormativo**, teso a rettificare rapporti interprivatistici caratterizzati da irragionevolezza.

La buona fede assume, in questo campo, il significato oggettivo di **correttezza e lealtà**, divergendo nettamente dallo stato soggettivo di buona fede in materia di possesso, di invalidità del contratto e di simulazione: qui si esprime il dovere di comportarsi secondo correttezza e lealtà, là si indica lo stato soggettivo di ignoranza di ledere l'altrui diritto (cfr. art. 1147 c.c.). La funzione della buona fede contrattuale, come d'altronde quella della correttezza dell'art. 1175 c.c. (che vale per tutte le obbligazioni e non solo per le obbligazioni da contratto), è allora quella di colmare le inevitabili lacune legislative che un sistema può avere e di funzionare, quindi, come **norma di chiusura** del sistema stesso. I principi di buona fede e correttezza sono, così, clausole generali che consentono di identificare, nel caso concreto, **nuovi divieti e nuovi obblighi** idonei a meglio connotare la situazione delle parti.

In tale ottica, una **specifica ipotesi di violazione dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto** viene considerata proprio l'abuso del diritto, individuato nel comportamento del contraente che esercita verso l'altro i diritti che gli derivano dal-

la legge o dal contratto per realizzare uno **scopo diverso da quello cui questi diritti sono preordinati**. L'abuso del diritto costituisce, quindi, un **criterio rivelatore della possibile violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva**.

In ambito contrattuale l'abuso del diritto non è ravvisabile nel solo fatto che una parte del contratto abbia tenuto una condotta non idonea a salvaguardare gli interessi dell'altra, quando tale condotta persegua un risultato lecito attraverso mezzi legittimi, essendo, invece, configurabile quando, come sopra evidenziato, il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con **modalità non necessarie e irrispettose del dovere di correttezza e buona fede**, causando uno **sproporzionato e ingiustificato sacrificio della controparte** e al fine di conseguire risultati diversi e ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà sono attribuiti (Cass. 15885/2018).

L'abuso del diritto nei contratti e in materia societaria è stato analizzato con riferimento a singole fattispecie (lavoro pubblico contrattualizzato, clausola risolutiva espressa, delibere assembleari etc.), di cui occorre dare conto

In particolare, la giurisprudenza ha avuto modo di occuparsi dell'abuso del diritto con riferimento a fattispecie particolari, come quelle in tema di **lavoro pubblico contrattualizzato**. In particolare, laddove sussista una fattispecie di abuso del ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato da parte di una pubblica amministrazione, il dipendente che abbia subito l'illegittima precarizzazione del rapporto di impiego ha diritto, fermo restando il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato posto dall'art. 36, co. 5, D.Lgs. 165/2001, al risarcimento del danno previsto dalla medesima disposizione con esonero dall'onere probatorio nella misura pari a un'indennità onnicomprensiva tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, *ex art. 28, co. 2, D.Lgs. 81/2015* (Cass. 1680/2017). Anche in presenza di una **clausola risolutiva espressa** i contraenti sono tenuti a rispettare il divieto di abuso del diritto, preservando l'uno gli interessi dell'altro. Conseguentemente, in presenza di una clausola risolutiva espressa, per il contraente non inadempiente vige il precetto generale *ex art. 1375 c.c.*, il quale gli impone di valutare la condotta della controparte, per cui sarà il giudice a valutare le condotte tenute in concreto da entrambe le parti del rapporto, al fine di statuire l'esistenza di un possibile abuso nel ricorso a detta clausola (Cass. 2553/2007).

Nell'ambito, poi, dei **rapporti bancari** è stato più volte riconosciuto che, in ossequio al principio per cui il contratto deve essere eseguito secondo buona fede, non può escludersi che il recesso di una banca dal rapporto di apertura di credito, benché pattizialmente consentito anche in difetto di giusta causa, sia da considerarsi illegittimo laddove in concreto assuma connotati del tutto imprevisti e arbitrari (Cass. 2642/2003). Con riferimento al **contratto di conto corrente** è stato, infatti, ritenuto che, in presenza di una clausola negoziale che, nel regolare tali rapporti, consenta all'istituto di credito di operare la compensazione tra i saldi attivi e passivi dei diversi conti intrattenuti dal medesimo correntista, in qualsiasi momento, senza obbligo di preavviso, la contestazione sollevata dal cliente che, a fronte della intervenuta operazione di

compensazione, lamenti di non esserne stato prontamente informato e di essere andato incontro, per tale motivo, a conseguenze pregiudizievoli, impone al giudice di valutare il comportamento della banca alla stregua del fondamentale principio della buona fede nella esecuzione del contratto. Con la conseguenza, in caso contrario, del riconoscimento a carico della banca, di una responsabilità per risarcimento dei danni arrecati (Cass. 18947/2005).

Secondo la giurisprudenza integra l'abuso del diritto anche il **contratto di cessione d'azienda** a una società di nuova costituzione avente una compagine sociale identica, con la contestuale messa in liquidazione della società cedente e la prosecuzione dell'attività da parte della società cessionaria, nel corso di un giudizio conclusosi con la condanna della stessa cedente al pagamento di ingenti somme a favore del creditore, trattandosi di un'operazione oggettivamente e sostanzialmente volta a rendere concretamente inesigibile il credito eludendo le ragioni creditorie (Trib. Reggio Emilia 16-6-2015). Vi è poi l'interessante questione secondo cui non c'è ragione per la quale la funzione di generale garanzia per il creditore, assolta dall'intero patrimonio del debitore, non debba incontrare il limite dell'abuso del diritto. In questa prospettiva, il **creditore che iscriva un'ipoteca sui beni del debitore il cui valore sia eccedente la cautela**, discostandosi dai parametri normativi mediante l'iscrizione per un valore che superi di 1/3, accresciuto dagli accessori, l'importo dei crediti iscritti, pone in essere un comportamento di abuso dello strumento della cautela rispetto al fine per cui gli è stato conferito, utilizzandolo oltre lo scopo previsto dal legislatore per assicurarsi la maggiore garanzia possibile, determinando un effetto deviato in danno del debitore (Cass. 6533/2016).

In materia societaria l'**abuso della regola della maggioranza** è causa di annullamento delle delibere assembleari quando la delibera non trovi alcuna giustificazione nell'interesse della società — per essere il voto ispirato al perseguimento, da parte dei soci di maggioranza, di un interesse personale antitetico a quello sociale — oppure sia il risultato di un'intenzionale attività fraudolenta dei medesimi soci diretta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza *uti singuli* (Cass. 2334/2012). Sempre in ambito societario si è affermato che l'abuso della maggioranza dei soci non può ravvisarsi nel mero fatto che l'azione sociale di responsabilità sia stata proposta nei confronti di alcuni soltanto dei vari amministratori succedutisi alla guida della società, dal momento che l'art. 2393 c.c. non impone che l'azione in parola venga sempre proposta contro tutti gli amministratori in blocco, appartenendo alla discrezionalità dell'assemblea decidere nei confronti di quali soggetti proporla.

La materia dell'abuso del diritto è stata esaminata anche con riferimento alla qualità di socio. In tale ottica, la giurisprudenza ha rilevato che il **diritto di controllo del socio** va esercitato nel rispetto dei canoni generali di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., dovendosi ravvisare gli estremi dell'abuso del diritto laddove le richieste siano continue, risolvendosi in condotte ostruzionistiche, e non potendo certamente accordarsi al socio di minoranza la facoltà di esercitare il proprio diritto di consultazione facendo accesso ai locali dell'azienda in qualsiasi momento,

imponendosi invece un contemperamento con le esigenze di ordinata e serena gestione dell'attività (Trib. Palermo 9-8-2016).

Il divieto di abuso del diritto è anche **divieto di abuso del processo**. Si è elaborata, infatti, la figura dell'abuso del processo quale esercizio improprio del potere discrezionale della parte di scegliere le strategie di difesa più convenienti.

Esso, dunque, ricorre quando il giudizio, in violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede, nonché dei principi di lealtà processuale e del giusto processo, viene utilizzato a fini dilatori o per ottenere un beneficio connesso alla sua pendenza, in assenza di intenti reali diversi dall'uso strumentale ed opportunistico del medesimo, ovvero quando venga esercitato il proprio diritto in forme eccedenti o devianti rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale (Cass. 23950/2018).

Il divieto di abuso del diritto, in quanto espressione di un principio generale che si riallaccia al canone costituzionale di solidarietà, si applica anche in ambito processuale, con la conseguenza che non si può esercitare un'azione con modalità tali da implicare un aggravio a carico della controparte

Il trapianto della teoria dell'abuso del diritto in ambito processuale persegue la finalità di **contenimento di azioni giudiziarie pretestuose o palesemente malevoli**, intraprese cioè all'esclusivo fine di recare pregiudizio ad altri o contro ogni legittima e incolpevole aspettativa altrui. Ad esempio, si sono considerate sindacabili, ai fini dell'esclusione o della riduzione del danno *ex art. 1227, co. 2 c.c.*, le **condotte processuali opportunistiche** che, in violazione del *duty to mitigate* che grava sul creditore, abbiano prodotto o dilatato un danno che, molto probabilmente, sarebbe stato evitato in caso di tempestiva impugnazione del provvedimento dannoso o di esperimento degli altri strumenti di tutela previsti.

In quest'ottica, costituisce abuso del diritto di impugnazione, integrante colpa grave, un **ricorso per cassazione basato su motivi manifestamente infondati**, in ordine a ragioni già formulate nell'atto di appello, espresse attraverso motivi inammissibili, poiché pone in evidenza il mancato impiego della doverosa diligenza ed accuratezza nel reiterare il gravame (Cass. 29462/2018).

Nel 2007, inoltre, le Sezioni Unite (Cass. 23726/2007) hanno affermato l'innovativo principio secondo cui il **frazionamento giudiziale di un credito unitario** integra una condotta contraria alla regola generale di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., e si risolve in abuso del processo ostativo all'esame della domanda.

La violazione del divieto di infrazionabilità è sanzionata con l'improponibilità che colpisce le domande proposte successivamente alla prima. Tuttavia, il concetto di «unico rapporto obbligatorio» è stato affermato soltanto in relazione a un singolo credito e non in relazione a una **pluralità di crediti riferibili a un unico rapporto di durata**. Ad esempio, una volta cessato il rapporto di lavoro, il lavoratore non è tenuto ad avanzare in un unico contesto giudiziale tutte le pretese creditorie maturate nel corso del rapporto e il loro frazionamento in giudizi diversi non costituisce abuso sanzionabile con l'improponibilità della domanda (Cass. S.U. 4090/2017).

Sono discusse le **conseguenze riconducibili alla parcellizzazione del credito**.

Secondo la giurisprudenza maggioritaria, tutte le domande giudiziali aventi ad oggetto una frazione di un unico credito sono da dichiararsi **improponibili**. Per un'altra tesi, l'improponibilità è relativa solo alle domande successive alla prima (Cass. 28286/2011). Alcune pronunce parlano di **inammissibilità** (Trib. Napoli 1-4-2008). Il legislatore si riferisce invece all'**improcedibilità** (art. 20, co. 7-9, D.L. 112/2008, conv. in L. 133/2008). Altre pronunce parlano infine di **mera incidenza sulle spese di lite** (Trib. Varese 16-6-2010).

Incentrata sul divieto dell'abuso del diritto è anche la previsione dell'**art. 96, co. 3, c.p.c.**, la quale evidenzia una finalità squisitamente sanzionatoria.; ciò emerge dalla premessa (*«in ogni caso»*) valutata unitamente al potere riconosciuto al giudice di condannare la parte soccombente al pagamento di una somma equitativamente determinata in favore della parte vincitrice anche in assenza di sua specifica domanda. Essa si colloca nell'ambito di quegli interventi a vocazione deflattiva, volti a ridurre l'attuale insostenibile contenzioso civile. Una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 96, co. 3, c.p.c. scoraggia le iniziative o le resistenze giudiziali che non hanno ragione di essere e può fungere quale presidio di tutela del principio di ragionevole durata del processo sancito dall'art. 111 Cost. Non può omettersi di considerare, tuttavia, che la norma conserva, in parte e necessariamente, anche una finalità riparatoria, altrimenti non sarebbe giustificabile che il giudice condannasse, anche d'ufficio, il soccombente al pagamento di una somma in favore della controparte, invece che dello Stato. Sembra, pertanto, che il legislatore, con l'introduzione della disposizione in esame, abbia voluto **tipizzare una fattispecie di danno non patrimoniale punitivo da abuso del processo**, ulteriore rispetto ai danni patrimoniali e non patrimoniali risarcibili ai sensi dei commi 1 e 2, secondo gli ordinari criteri della responsabilità aquiliana; senza mancare di considerare che i costi che la parte deve sostenere non corrispondono mai esattamente e integralmente a quanto forma oggetto della condanna del soccombente; se la tutela contro tali effetti collaterali del processo, nel bilanciamento degli opposti interessi, è recessiva al cospetto dell'esercizio del diritto fondamentale di difesa *ex art. 24 Cost.* da parte del soccombente incolpevole o che agisca anche con colpa lieve, essa assume invece rilevanza *ex se*, anche a fini risarcitori di fronte alle iniziative o alle resistenze processuali abusive coltivate con mala fede o colpa grave, che per questo non rappresentano esercizio del diritto di difesa ma mere attività ostruzionistiche, dilatorie o poste in essere con sviamento delle prerogative difensive (Trib. Macerata 6-3-2018).

Una particolare applicazione del divieto di abuso del diritto è individuabile in ambito tributario, dove la giurisprudenza riconosce l'esistenza di un **generale principio anti-**

L'abuso del diritto può assumere rilevanza in chiave antielusiva?

telusivo 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 a ottenere un'agevolazione o un risparmio di imposta, in difetto di ragioni economiche apprezzabili che giustificano l'operazione

ne, diverse alla mera aspettativa di quei benefici. Ne consegue che il carattere abusivo di un'operazione va escluso quando sia individuabile una compresenza, non marginale, di ragioni extrafiscali, che non si identificano necessariamente in una redditività immediata dell'operazione medesima ma possono rispondere ad esigenze di natura organizzativa e consistere in un miglioramento strutturale e funzionale dell'azienda. I principi di capacità contributiva (art. 53, co. 1, Cost.) e di progressività dell'imposizione (art. 53, co. 2, Cost.) costituiscono il fondamento sia delle norme impositive in senso stretto, sia di quelle che attribuiscono al contribuente vantaggi o benefici di qualsiasi genere, con la conseguenza che non può non ritenersi insito nell'ordinamento, come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui **il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei a ottenere un risparmio fiscale**, in mancanza di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale.

La questione deve essere valutata alla luce della disciplina dell'abuso del diritto formulata dall'**art. 10bis dello Statuto del contribuente di cui alla L. 212/2000**.

La norma stabilisce che configurano abuso del diritto *«una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti»*.

Si considerano *«operazioni prive di sostanza economica»* i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali. Invece, sono *«vantaggi fiscali indebiti»* i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario.

Sono indici di mancanza di sostanza economica la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato.

Non si considerano, invece, abusive le operazioni giustificate da **valide ragioni extrafiscali**, non marginali, che rispondano a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente.

L'intento elusivo presuppone il **perseguimento di un fine illecito** attraverso l'utilizzo lecito di strumenti giuridici, i quali, però, devono essere noti al soggetto agente, altrimenti viene meno la prefigurazione stessa di ottenere un vantaggio fiscale, inesistente al momento in cui vengono realizzati quei fatti che, successivamente, sulla base della nuova normativa, perdono di rilevanza fiscale.

L'elemento psicologico è desumibile dall'art. 10bis cit., secondo cui gli atti, i fatti e i negozi, anche tra loro collegati, devono essere diretti, ossia preordinati *ex ante*, a realizzare essenzialmente vantaggi fiscali indebiti.

Secondo la giurisprudenza configura abuso del diritto l'operazione che abbia, quale suo elemento predominante e assorbente, lo scopo di eludere il fisco, ossia quella che **non abbia una giustificazione economica apprezzabile differente dall'intento di conseguire un risparmio di imposta** (Cass. 869/2019).

La prova del disegno elusivo e delle modalità di manipolazione e di alterazione degli schemi negoziali classici, considerati come irragionevoli in una normale logica di mercato e perseguiti solo per pervenire a quel risultato fiscale, incombe sull'Amministrazione finanziaria, mentre grava sul contribuente l'onere di allegare l'esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti che giustifichino operazioni in quel modo strutturate (Comm. trib. prov. Milano 4-6-2018, n. 2520).

Qualora il diritto sia esercitato abusivamente nell'ambito di un rapporto negoziale, assume rilievo — nell'individuazione degli strumenti di tutela — il **rapporto inter-**

Delineati i tratti caratterizzanti l'abuso del diritto nei vari ambiti, occorre individuare i rimedi esperibili da parte di chi subisce l'esercizio abusivo del diritto. L'indagine riguarda l'abuso che si consuma all'interno di un rapporto negoziale, poiché negli altri casi il rimedio è quello risarcitorio ex art. 2043 c.c.

corrente tra il divieto dell'abuso del diritto e il principio di buona fede, già esaminato.

In sede di esame dei rimedi esperibili dalla vittima della condotta abusiva preme rilevare che l'assimilazione del divieto dell'abuso del diritto alla buona fede comporta che **la tutela del soggetto nei cui confronti il diritto è esercitato abusivamente è soltanto risarcitoria**. L'opinione dottrinale prevalente, avallata dalle Sezioni Unite (n. 26724/2007), ritiene infatti che ci sia una distinzione tra **regole di validità**, la cui violazione può determinare la nullità del contratto, e **regole di comportamento**, la cui violazione può comportare responsabilità con obbligo di risarcimento dei danni. Il principio di buona fede è il «prototipo» delle regole di comportamento e la sua violazione determina, quindi, una forma di responsabilità contrattuale ed, eventualmente, la risoluzione del contratto.

Accanto alla tutela risarcitoria è ipotizzabile anche una **tutela reale** a favore del soggetto nei cui confronti il diritto viene esercitato abusivamente, al fine di ripristinare, nei confronti della vittima dell'abuso, la situazione antecedente alla condotta abusiva. La tutela reale può realizzarsi attraverso mezzi di tutela volti a impedire in via preventiva l'esercizio abusivo del diritto o a reagire in maniera specifica ad esso.

In ordine ai **mezzi di tutela azionabili in via preventiva**, parte della dottrina ha richiamato l'esperienza francese, dove il giudice può rifiutarsi di applicare una clausola del contratto poco chiara e precisa, qualora sussistano gli estremi «*d'un abus de nature à la priver d'effet*».

Relativamente alla tutela successiva (diversa da quella risarcitoria), uno strumento con cui è possibile realizzare una tutela reale è l'**exceptio doli generalis** (eccezione di dolo generale), che attribuisce al titolare la possibilità di opporsi a un'altrui pretesa o eccezione astrattamente fondata ma che, in realtà, costituisce espressione di uno scorretto esercizio di un diritto, volto al soddisfacimento di interessi non meritevoli di tutela per l'ordinamento giuridico.

L'avvenuta proposizione di una tale eccezione può risultare, pur in mancanza della sua formale enunciazione, anche dal complesso delle difese dispiegate in causa dalla parte interessata e l'accoglimento di tale eccezione comporta il puro e semplice rigetto della domanda contro cui l'eccezione stessa è stata sollevata, e non anche la modifica della situazione giuridica su cui la domanda così rigettata si fonda.

L'*exceptio* può essere proposta anche in caso di **condotte sleali non fraudolente**; non deve, cioè, necessariamente ricorrere, in capo al titolare del diritto abusivamente esercitato, una finalità fraudolenta o dolosa, ma è sufficiente la mera conoscenza o della conoscibilità della contrarietà alla correttezza del comportamento posto in essere. Nell'ambito dei rimedi successivi si richiama, inoltre, l'**art. 1438 c.c.**, che prevede la minaccia di far valere un diritto come causa di annullamento del contratto, qualora sia volta a conseguire vantaggi ingiusti.

Parte della dottrina ha evidenziato che la violazione del dovere di buona fede può determinare anche la **risoluzione del contratto per inadempimento** qualora la violazione della buona fede sia grave.

Secondo la dottrina che più si è occupata del problema (RESTIVO), **il rimedio esperibile in caso di abuso del diritto è diverso in relazione alla situazione giuridica lesa**. In particolare, in materia di proprietà, in caso di comportamenti emulativi è attribuita una **tutela inibitoria e risarcitoria** ex art. 949, co. 2, c.c.

Invece, l'usufrutto, l'uso e l'abitazione possono **cessare**, ai sensi dell'art. 1015 c.c., per l'abuso del diritto da parte dell'usufruttuario.

L'art. 1438 c.c. prevede, poi, la minaccia di far valere un diritto come causa di **annullamento** del contratto qualora sia volta a conseguire vantaggi ingiusti.

Anche l'art. 1394 c.c. prevede l'**annullabilità** del contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi con il rappresentato, qualora il conflitto fosse conosciuto o conoscibile dal terzo.

L'art. 1359 c.c. prevede la **finzione di avveramento della condizione del contratto** nell'ipotesi in cui questa sia mancata per causa imputabile alla parte avente interesse contrario al suo avveramento.

Infine, nel caso della **simulazione**, considerata un abuso della libertà negoziale, il legislatore non sanziona l'abuso in sé ma accorda tutela agli interessi che potrebbero essere pregiudicati dall'accordo simulatorio.

Si tratta, com'è evidente, di ipotesi eterogenee, operanti in ambiti diversi, espressamente disciplinate dal legislatore con la previsione di uno specifico rimedio per la lesione di una situazione giuridicamente rilevante.