

ARGOMENTO 1

L'abuso del diritto

Sommario: 1. L'istituto. - 2. La sentenza. - a. Cass. Sez. Un. 16 febbraio 2017, n. 4090. - 3. Il tema svolto.

1. L'istituto

In linea generale **chi esercita un proprio diritto non è tenuto a compensare** chicchessia degli eventuali **pregiudizi che da tale esercizio possano derivare** (*qui suo iure utitur neminem laedit*). Pur tuttavia il potere in cui si sostanzia il diritto soggettivo è attribuito in vista della realizzazione di un interesse del titolare, cui l'ordinamento accorda protezione eventualmente a scapito di interessi facenti capo ad altri soggetti.

Occorre dunque chiedersi **se il potere attribuito al titolare del diritto possa incontrare dei limiti** (c.d. "interni"), nel momento in cui non venga esercitato in vista della realizzazione dell'interesse in funzione del quale è stato attribuito, bensì per il perseguimento di un interesse affatto diverso.

La **sussistenza di limiti interni** all'esercizio del diritto soggettivo sembra desumibile da **diverse disposizioni codicistiche**, tra le quali in primo luogo rilevano **l'art. 833 c.c.** che vieta gli atti emulativi, nonché la clausola generale di **buona fede e correttezza** (1175 c.c.) che secondo l'opinione preferibile avrebbe tra l'altro la funzione di estendere o restringere una determinata subordinazione d'interesse, quando non paia conforme alla solidarietà (SANTORO-PASSARELLI).

Un **atto di esercizio del diritto posto in essere all'esclusivo scopo di nuocere o recare molestia** ad altri, ovvero non rispondente ai canoni di correttezza e buona fede si pone dunque al di fuori del potere attribuito dall'ordinamento con il riconoscimento del diritto soggettivo, in quanto tale potere è per così dire funzionalizzato alla cura di un interesse ben determinato. L'atto così compiuto dovrà dunque considerarsi illecito.

Le problematiche relative ai limiti interni all'esercizio dei diritti soggettivi sono state oggetto di un'approfondita analisi dottrinale sfociata nell'elaborazione delle discusse figure dell'abuso e dell'eccesso del diritto.

Per abuso si intende l'esercizio di un diritto (o potere privato) che, pur essendo apparentemente conforme al suo contenuto, sia in realtà funzionale al conseguimento di un'utilità inaccettabile secondo la comune coscienza sociale. Carattere di questo è "l'apparente conformità del comportamento del soggetto al contenuto del suo diritto, onde abusare del diritto dovrebbe significare coprire dell'apparenza del diritto un atto che si avrebbe il dovere di non compiere" (NATOLI).

Nell'eccesso, invece, l'illiceità dell'*agere* è più agevolmente percepibile, non registrandosi quell'apparenza di conformità che connota la contigua, sebbene distinta, figura dell'abuso; propriamente con la figura dell'eccesso viene stigmatizzata la forma dell'esercizio del diritto, la sua modalità esorbitante ed eccessiva rispetto all'interesse tutelato.

Il Codice del 1942 non prevede una disposizione generale relativamente all'abuso, sebbene un'ipotesi di tal fatta fosse stata prospettata nel progetto di Codice italo-francese sulle obbligazioni e nello stesso progetto del Codice attualmente in vigore. In particolare quest'ultimo all'art. 7 enfaticamente proclamava che "*nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto*".

I timori di un eccessivo spazio che la figura dell'abuso avrebbe garantito alla discrezionalità del magistrato pesarono a favore della scelta definitiva del legislatore del 1942.

Nondimeno non mancano nel Codice **riferimenti linguistici o concettuali evidenti all'istituto dell'abuso** che pertanto, sebbene privato del prestigio di un riconoscimento normativo generale, trova in molte disposizioni in qualche modo cittadinanza.

Norme evocanti l'idea di abuso oltre a quelle sopra indicate relative agli atti d'emulazione (art. 833 c.c.) o alla clausola generale della buona fede e correttezza (artt. 1175, 1375 c.c.) sono ad es. **l'art. 1059, comma 2, c.c.**, il quale impone al comproprietario, che agendo individualmente abbia concesso una servitù, di non impedire l'esercizio della stessa, **l'art. 330 c.c.** in punto di abuso della responsabilità genitoriale, **l'art. 1015 c.c.** sull'abuso del diritto di usufrutto, **l'art. 2793 c.c.** riguardante l'abuso della cosa da parte del creditore pignoratizio.

La fortuna della formula dell'abuso del diritto si è manifestata anche attraverso **recenti interventi normativi** volti alla protezione di categorie ritenute deboli.

Ci si riferisce, *in primis*, alla **L. 192/1998** (Disciplina della subfornitura nelle attività produttive) che all'art. 9 stabilisce che: "*È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice*". Pur non potendo approfondire in questa sede l'esame della normativa, va sottolineato come l'abuso nel caso in questione venga ad essere sanzionato di per sé, indipendentemente dai riflessi concorrenziali.

Del resto, nella logica dell'abuso del diritto possono iscriversi **altri interventi normativi** in cui il legislatore, pur non facendo ricorso all'espressione *de qua*, chiaramente evoca una valutazione sostanziale della fattispecie concreta al fine di stigmatizzare squilibri non solo normativi, ma in certi casi anche economici. Si pensi al D.Lgs. 231/2002 relativo ai **ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali**.

Elemento comune agli interventi citati, che sottolinea la contiguità alla problematica dell'abuso del diritto, è un rinnovato ruolo riconosciuto al giudice tanto nel valutare l'abusività o l'iniquità di un dato elemento negoziale, quanto, soprattutto, nel sostituirsi alla volontà delle parti nel ricondurre, in un'ottica di conservazione, il negozio ad equità.

In conclusione, pur in difetto di una consacrazione normativa in una disposizione generale, deve ritenersi che la congerie di disposizioni sopra richiamate siano espressione di un principio più generale che vieta l'esercizio di un diritto in contrasto con lo scopo per il quale esso è riconosciuto.

In tal senso sembra orientata anche la giurisprudenza che ha fatto ricorso in diverse occasioni e con riferimento a fattispecie disparate alla categoria dell'abuso del diritto.

La figura dell'abuso del diritto è oggi espressamente prevista **in ambito tributario**: la riforma fiscale del 2015 (d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128) ha inserito nel corpo della Statuto dei diritti del contribuente l'art. 10-*bis*, che vieta l'abuso del diritto in materia fiscale.

2. La sentenza

a. Cass. Sez. Un. 16 febbraio 2017, n. 4090

Le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, anche se relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, possono essere proposte in separati processi. Se tuttavia i suddetti diritti di credito, oltre a far capo ad un medesimo rapporto di durata tra le stesse parti, sono anche, in proiezione, inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o comunque "fondati" sul medesimo fatto costitutivo – sì da non poter essere accertati separatamente se non a costo di una duplicazione di attività istruttoria e di una conseguente dispersione della conoscenza di una medesima vicenda sostanziale –, le relative domande possono essere proposte in separati giudizi solo se risulta in capo al creditore agente un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata. Ove la necessità di siffatto interesse (e la relativa mancanza) non siano state dedotte dal convenuto, il giudice che intenda farne oggetto di rilievo dovrà indicare la relativa questione ai sensi dell'art. 183 c.p.c. e, se del caso,

riservare la decisione assegnando alle parti termine per memorie ai sensi dell'art. 101 comma 2 c.p.c.

...omissis...

Con la sentenza n. 23726 del 2007 le Sezioni unite sono intervenute sulla questione e, mutando il precedente orientamento (sent. n. 108 del 2000), hanno affermato che non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di "un unico rapporto obbligatorio", frazionare il credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo. Tale scissione del contenuto della obbligazione, operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale aggravamento della posizione del debitore, si pone in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede sia con il principio costituzionale del giusto processo, in quanto la parcellizzazione della domanda diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria si traduce in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte, nei limiti di una corretta tutela del suo interesse sostanziale.

Più recentemente le Sezioni unite, con la sentenza n. 26961 del 2009 (pronunciata in tema di giurisdizione), riferendosi alle obbligazioni pecuniarie nascenti da un unico rapporto di lavoro, hanno ribadito quanto affermato dalla sentenza n. 23726 del 2007, sostenendo che costituisce principio generale la regola secondo la quale "la singola obbligazione" va adempiuta nella sua interezza ed in un'unica soluzione, dovendosi escludere che la stessa possa, anche nell'eventuale fase giudiziaria, essere frazionata dal debitore o dal creditore.

Come emerge con chiarezza dalla lettura delle sentenze suddette, quando le sezioni unite hanno discusso di (in) frazionabilità del credito si sono riferite sempre ad un singolo credito, non ad una pluralità di crediti facenti capo ad un unico rapporto complesso. Pertanto solo una interpretazione dell'espressione "unico rapporto obbligatorio", avulsa dal contesto nel quale essa è inserita, può indurre a ritenere che nella sentenza n. 23726 del 2007 il principio di infrazionabilità sia stato espressamente affermato non (soltanto) in relazione ad un singolo credito, bensì (anche) in relazione ad una pluralità di crediti riferibili ad un unico rapporto di durata.

Risulta inoltre evidente che l'infrazionabilità del singolo diritto di credito (decisamente condivisibile, nella considerazione che la parte può disporre della situazione sostanziale ma non dell'oggetto del processo, da relazionarsi al diritto soggettivo del quale si lamenta la lesione, in tutta l'estensione considerata dall'ordinamento) non comporta inevitabilmente (tanto meno implicitamente) la necessità di agire nel medesimo, unico processo per diritti di credito diversi, distinti ed autonomi, anche se riferibili ad un medesimo rapporto complesso tra le stesse parti.

I rilievi che precedono non esimono tuttavia le Sezioni unite dal dare risposta al quesito sopra prospettato (se il lavoratore, una volta cessato il rapporto di lavoro, debba avanzare in un unico processo tutte le pretese creditorie maturate nel corso del medesimo rapporto – quindi, più in generale, se debbano essere richiesti nello stesso processo tutti i crediti concernenti un unico rapporto di durata – e se la proposizione delle domande relative in giudizi diversi comporti l'improponibilità di quelle successive alla prima).

Tale risposta non può che essere negativa con riguardo ad entrambi i profili considerati.

Argomento 1. L'abuso del diritto

3. La tesi secondo la quale più crediti distinti, ma relativi ad un medesimo rapporto di durata, debbono essere necessariamente azionati tutti nello stesso processo non trova, infatti, conferma nella disciplina processuale, risultando piuttosto questa costruita intorno a una prospettiva affatto diversa.

Il sistema processuale risulta, invero, strutturato su di una ipotesi di proponibilità in tempi e processi diversi di domande intese al recupero di singoli crediti facenti capo ad un unico rapporto complesso esistente tra le parti, come autorizza a ritenere la disciplina di cui agli artt. 31, 40 e 104 c.p.c. in tema di domande accessorie, connessione, proponibilità nel medesimo processo di più domande nei confronti della stessa parte. Ulteriori argomenti in tal senso possono trarsi dalla contemplata possibilità di condanna generica ovvero dalla prevista necessità, ex art. 34 c.p.c., di esplicita domanda di parte perché l'accertamento su questione pregiudiziale abbia efficacia di giudicato. D'altro canto, l'elaborazione giurisprudenziale e dottrina in tema di estensione oggettiva del giudicato – in relazione alla preclusione per le questioni rilevabili o deducibili – perderebbe gran parte di significato se dovesse ritenersi improponibile qualunque azione per il recupero di un credito solo perché preceduta da altra, intesa al recupero di credito diverso e tuttavia riconducibile ad uno stesso rapporto di durata tra le medesime parti, a prescindere dal passaggio in giudicato della decisione sul primo credito o comunque dalla inscrivibilità della diversa pretesa creditoria successivamente azionata nel medesimo ambito oggettivo di un giudicato in fieri tra le stesse parti relativo al medesimo rapporto di durata.

La mancanza di una specifica norma che autorizzi a ritenere comminabile la grave sanzione della improponibilità della domanda per il creditore che abbia in precedenza agito per il recupero di diverso credito, sia pure riguardante lo stesso rapporto di durata, e, soprattutto, la presenza nell'ordinamento di numerose norme che autorizzano, invece, l'ipotesi contraria, rafforzano la fondatezza ermeneutica della soluzione.

Per altro verso, una generale previsione di improponibilità della domanda relativa ad un credito dopo la proposizione da parte dello stesso creditore di domanda riguardante altro e diverso credito, ancorché relativo ad un unico rapporto complesso, risulterebbe ingiustamente gravatoria della posizione del creditore, il quale sarebbe costretto ad avanzare tutte le pretese creditorie derivanti da un medesimo rapporto in uno stesso processo (quindi in uno stesso momento, dinanzi al medesimo giudice e secondo la medesima disciplina processuale); con conseguente indebita sottrazione alla autonoma disciplina prevista per i diversi crediti vantati e perdita, ad esempio, della possibilità di agire in via monitoria per i crediti muniti di prova scritta o di agire dinanzi al giudice competente per valore per ciascuno dei crediti – quindi di fruire del più semplice e spedito iter processuale eventualmente previsto dinanzi a quel giudice–, e con possibile esposizione alla necessità di “scegliere” di proporre (o meno) una tempestiva insinuazione al passivo fallimentare, col rischio di improponibilità di successive insinuazioni tardive per altri crediti.

Che la perdita della possibilità di fruire di riti più “snelli” per recuperare i propri crediti costituisca perdita di una importante “caratteristica” di tali crediti (i.e. la pronta “realizzabilità” sul piano processuale), nonché vanificazione della pre-valutazione del legislatore circa la possibilità, in determinate condizioni, di un rito diverso e più spedito, trova conferma in alcune recenti pronunce di questa Corte (v. Cass. nn. 22574 del 2016 e 10177 del 2015), nelle quali si è affermato che il creditore può,

finanche in relazione ad un singolo, unico credito, agire con ricorso monitorio per la somma provata documentalmente e con il procedimento sommario di cognizione per la parte residua senza incorrere in un abuso dello strumento processuale per frazionamento del credito.

In ogni caso, l'onere di agire contestualmente per crediti distinti, che potrebbero essere maturati in tempi diversi, avere diversa natura (ad esempio – come frequentemente accade in relazione ad un rapporto di lavoro – retributiva e risarcitoria), essere basati su presupposti in fatto e in diritto diversi e soggetti a diversi regimi in tema di prescrizione o di onere probatorio, oggettivamente complica e ritarda di molto la possibilità di soddisfazione del creditore, traducendosi quasi sempre non in un alleggerimento bensì – in un allungamento dei tempi del processo, dovendo l'istruttoria svilupparsi contemporaneamente in relazione a numerosi fatti, ontologicamente diversi ed eventualmente tra loro distanti nel tempo.

È verosimile che per questa via il processo (lungi dal costituire un agile strumento di realizzazione del credito) finisca per divenire un contenitore eterogeneo smarrendo ogni duttilità, in violazione del principio di economia processuale, inteso come principio di proporzionalità nell'uso della giurisdizione.

È infine il caso di evidenziare che l'affermazione di un principio generale di necessaria azione congiunta per tutti i diversi crediti nascenti da un medesimo rapporto di durata, a pena di improponibilità delle domande proposte successivamente alla prima, sarebbe suscettibile di arrecare pregiudizievoli conseguenze per l'economia.

Se, infatti, si ha riguardo in prospettiva non solo ai crediti derivanti dai rapporti di lavoro, ma a tutti i crediti riferibili a rapporti di durata, anche tra imprese (consulenza, assicurazione, locazione, finanziamento, leasing), l'idea che essi debbano ineluttabilmente essere tutti veicolati – pena la perdita della possibilità di farli valere in giudizio – in un unico processo monstre (meno “spedito” dei processi adeguati per i singoli, differenti crediti) risulta incompatibile con un sistema inteso a garantire l'agile soddisfazione del credito, quindi a favorire la circolazione del danaro e ad incentivare gli scambi e gli investimenti.

4. Le considerazioni che precedono non esauriscono l'analisi della problematica in esame.

La disciplina codicistica – relativa, tra l'altro, a connessione, domande accessorie, preclusione da giudicato –, sopra richiamata perché idonea a testimoniare di un sistema che “contempla” – e perciò autorizza – l'ipotesi di diverse domande proposte in tempi e processi differenti con riguardo a crediti (diversi e tuttavia) riferibili ad un medesimo rapporto di durata, si presta in realtà ad una significativa lettura speculare.

Se è vero, infatti, che la citata disciplina ipotizza la proponibilità delle pretese creditorie suddette in processi (e tempi) diversi, è anche vero che essa è univocamente intesa a consentire, ove possibile, la trattazione unitaria dei suddetti processi e comunque ad attenuare o elidere gli inconvenienti della proposizione e trattazione separata dei medesimi.

L'ordinamento guarda con particolare attenzione alle domande connesse che, pur legittimamente, siano state proposte separatamente, e, con riguardo alle domande inscrivibili nel medesimo “ambito” oggettivo di un ipotizzabile giudicato, pur non escludendone la separata proponibilità, prevede, tuttavia, un meccanismo di “preclusione” dopo il passaggio in cosa giudicata della sentenza che chiude uno

Argomento 1. L'abuso del diritto

dei giudizi, e comunque uno specifico rimedio impugnatorio per la sentenza contraria a precedente giudicato tra le stesse parti, con una disciplina dettata dall'esigenza di evitare, ove possibile, la "duplicazione" di attività istruttoria e decisoria, il rischio di giudicati contrastanti, la dispersione dinanzi a giudici diversi della conoscenza di una medesima vicenda sostanziale. Di tale esigenza si è espressamente fatta carico la giurisprudenza di queste Sezioni unite (v. in particolare, tra le altre, S.u. n. 12310 del 2015 in materia di modificabilità della domanda ex art. 183 c.p.c. e S.u. n. 26242 del 2014 in materia di patologia negoziale), nella consapevolezza che la trattazione dinanzi a giudici diversi, in contrasto con il principio di economia processuale, di una medesima vicenda "esistenziale", sia pure connotata da aspetti in parte dissimili, incide negativamente sulla "giustizia" sostanziale della decisione (che può essere meglio assicurata veicolando nello stesso processo tutti i diversi aspetti e le possibili ricadute della stessa vicenda, evitando di fornire al giudice la conoscenza parziale di una realtà artificialmente frammentata), sulla durata ragionevole dei processi (in relazione alla possibile duplicazione di attività istruttoria e decisionale) nonché, infine, sulla stabilità dei rapporti (in relazione al rischio di giudicati contrastanti).

Si tratta di una giurisprudenza che afferma la necessità di favorire, ove possibile, una decisione intesa al definitivo consolidamento della situazione sostanziale direttamente o indirettamente dedotta in giudizio, "evitando di trasformare il processo in un meccanismo potenzialmente destinato ad attivarsi all'infinito".

Nel solco dell'indirizzo tracciato dalle citate decisioni deve ritenersi che, se sono proponibili separatamente le domande relative a singoli crediti distinti, pur riferibili al medesimo rapporto di durata, le questioni relative a tali crediti che risultino inscrivibili nel medesimo ambito di altro processo precedentemente instaurato, così da potersi ritenere già in esso deducibili o rilevabili – nonché, in ogni caso, le pretese creditorie fondate sul medesimo fatto costitutivo – possono anch'esse ritenersi proponibili separatamente, ma solo se l'attore risulti in ciò "assistito" da un oggettivo interesse al frazionamento.

Quest'ultima affermazione impone un chiarimento.

Nella giurisprudenza di legittimità (a partire da Cass. n. 1540 del 2007, riferita al principio di non contestazione) risulta chiara la consapevolezza che il "giusto" processo regolato dalla legge resta affidato non solo alle norme che lo regolano, bensì anche agli stessi protagonisti del processo (giudice e parti), responsabilizzati, ciascuno per quanto di "competenza", a dare concreta e corretta attuazione alla relativa normativa.

Tali concetti, affermati dalla giurisprudenza di legittimità soprattutto con riguardo al principio di non contestazione (di origine giurisprudenziale e successivamente recepito dal legislatore nel novellato art. 115 c.p.c.), quindi con riguardo, in particolare, alla posizione del convenuto, non possono che ritenersi riferiti anche all'attore, il quale deve farsi carico di un esercizio consapevole e responsabile del diritto di azione che la Costituzione gli garantisce.

Pertanto, se l'interesse ad agire esprime il rapporto di utilità tra la lesione lamentata e la specifica tutela richiesta, è da ritenersi, nell'ottica di un esercizio responsabile del diritto di azione, che tale rapporto abbia ad oggetto anche le caratteristiche della suddetta tutela (ivi comprese la relativa "estensione" e le connesse modalità di intervento rispetto ad una più ampia vicenda sostanziale), con la conseguenza che l'interesse di cui all'art. 100 c.p.c. investe non solo la domanda ma anche, ove rilevante, la scelta delle relative "modalità" di proposizione.

Non si tratta quindi di valutare “caso per caso” (in relazione al bilanciamento degli interessi di ricorrente e resistente) l’azionabilità separata dei diversi crediti, né tanto meno si tratta di accertare eventuali intenti emulativi o di indagare i comportamenti processuali del creditore agente sul versante psico–soggettivistico.

Quel che rileva è che il creditore abbia un interesse oggettivamente valutabile alla proposizione separata di azioni relative a crediti riferibili al medesimo rapporto di durata ed inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un ipotizzabile giudicato, ovvero fondati sul medesimo fatto costitutivo.

Da ultimo, sul piano della dialettica processuale, è indubbio che al creditore procedente debba essere consentito di provare ed argomentare ogni qual volta il convenuto evidenzi la necessità di siffatto interesse e ne denunci la mancanza. Ove il convenuto nulla abbia allegato o dedotto in proposito, il giudice che rilevi ex actis la necessità di un interesse oggettivamente valutabile al “frazionamento” e ne metta in dubbio l’esistenza, dovrà indicare la questione ex art. 183 cod. proc. civ. e, se del caso, riservare la decisione ed assegnare alle parti termine per memorie ex art. 101 cod. proc. civ..

5. Sulla base delle considerazioni che precedono, va affermato il seguente principio di diritto:

“Le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, anche se relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, possono essere proposte in separati processi. Se tuttavia i suddetti diritti di credito, oltre a far capo ad un medesimo rapporto di durata tra le stesse parti, sono anche, in proiezione, inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o comunque “fondati” sul medesimo fatto costitutivo – sì da non poter essere accertati separatamente se non a costo di una duplicazione di attività istruttoria e di una conseguente dispersione della conoscenza di una medesima vicenda sostanziale –, le relative domande possono essere proposte in separati giudizi solo se risulta in capo al creditore agente un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata. Ove la necessità di siffatto interesse (e la relativa mancanza) non siano state dedotte dal convenuto, il giudice che intenda farne oggetto di rilievo dovrà indicare la relativa questione ai sensi dell’art. 183 c.p.c. e, se del caso, riservare la decisione assegnando alle parti termine per memorie ai sensi dell’art. 101 comma 2 c.p.c.”.

...omissis...

3. Il tema svolto

Premessi cenni sull’abuso del diritto, tratti il candidato della frazionabilità dell’azione giudiziaria, relativa a un medesimo rapporto.

L’attribuzione di un diritto rappresenta una scelta dell’ordinamento giuridico tra interessi contrapposti. Il titolare può esercitare il diritto che gli è stato riconosciuto nel modo che ritiene più conveniente, ma entro i limiti fissati dall’ordinamento stesso. Il divieto di “abuso del diritto” indica un limite esterno all’esercizio, potenzialmente pieno e assoluto, del diritto soggettivo.

Il diritto, in astratto, spetta effettivamente a chi lo esercita, ma, in concreto, il suo esercizio è abusivo.

A) È abusivo perché il diritto viene esercitato per una funzione diversa rispetto a quella per quale il diritto stesso è attribuito dall'ordinamento (abuso funzionale del diritto). Si percepisce, in questa forma di abuso, il fondamento del divieto nell'art. 41 Cost., che impone l'esercizio del diritto nella prospettiva della realizzazione di un fine prestabilito dall'ordinamento, conforme all'utilità sociale. Il divieto è la reazione dell'ordinamento alla recisione del rapporto di corrispondenza tra il potere di autonomia conferito al soggetto e l'atto di esercizio di quel potere: il diritto richiede di essere positivamente esercitato in funzione della cura di un interesse determinato. L'art. 833 c.c. costituisce un'ipotesi tipica e paradigmatica di abuso funzionale, che si configura quando il diritto di proprietà è esercitato al solo fine di nuocere o recare molestia ad altri (c.d. atto emulativo).

B) È abusivo l'esercizio del diritto che avviene con modalità che provocano un sacrificio non proporzionato alla sfera giuridica altrui e non giustificato da un apprezzabile interesse proprio del soggetto che esercita il diritto (abuso "modale" del diritto). In tale prospettiva, ogni diritto deve essere esercitato attraverso il contemperamento delle esigenze imposte dall'appartenenza a un contesto sociale. Si percepisce, in questa forma di abuso, il fondamento del divieto nell'art. 2 Cost. e nella clausola di buona fede e correttezza, che impone la reciprocità nei rapporti tra privati.

Le condizioni in presenza delle quali si configura un abuso del diritto sono: a) la titolarità di un diritto; b) la pluralità delle funzioni o delle modalità del suo esercizio; c) un esercizio concreto conforme alla legge dal punto di vista formale, ma comunque censurabile alla luce di un criterio di valutazione funzionale o comparativo; d) un pregiudizio recato a terzi a causa della difformità di funzione o della natura censurabile della modalità di esercizio.

Nel codice civile **non esiste una definizione di abuso del diritto**, non c'è un riferimento normativo espresso. Eppure tale figura era prevista nel progetto definitivo in ossequio all'idea per cui l'ordinamento attribuisce un diritto per un determinato scopo (ottica dirigistica del legislatore), sicché quel diritto non può essere usato per uno scopo diverso, altrimenti si versa nell'ipotesi di abuso del diritto. In questi termini va inteso quale **abuso funzionale del diritto, ovvero come esercizio del diritto per una funzione diversa**.

Questa formulazione non è stata poi definitivamente recepita dal codice. La dottrina ha sostenuto che tale espunzione indica la volontà del legislatore di non riconoscere quella figura.

La teoria maggioritaria, tuttavia, ritenendo sussistente un principio generale di divieto di abuso, si è interrogata circa il fondamento normativo di questa figura.