



# Comparative Law Review

2024 - Special Issue

Incontro di Studi dei Giovani Comparatisti

*Le declinazioni della Giustizia*

Università La Sapienza  
Roma 2/3 febbraio 2023

**ISSN:2983 - 8993**

---



## COMPARATIVE LAW REVIEW

The Comparative Law Review is a biannual journal published by the  
I. A. C. L. under the auspices and the hosting of the University of Perugia Department of Law.

Office address and contact details:

Department of Law - University of Perugia  
Via Pascoli, 33 - 06123 Perugia (PG) - Telephone 075.5852437  
Email: [complawreview@gmail.com](mailto:complawreview@gmail.com)

### EDITORS

Giuseppe Franco Ferrari  
Tommaso Edoardo Frosini  
Pier Giuseppe Monateri  
Giovanni Marini  
Salvatore Sica  
Alessandro Somma  
Massimiliano Granieri

### EDITORIAL STAFF

Fausto Caggia  
Giacomo Capuzzo  
Cristina Costantini  
Virgilio D'Antonio  
Sonja Haberl  
Edmondo Mostacci  
Valentina Pera  
Giacomo Rojas Elgueta  
Tommaso Amico di Meane  
Lorenzo Serafinelli

### REFEREES

Salvatore Andò  
Elvira Autorino  
Ermanno Calzolaio  
Diego Corapi  
Giuseppe De Vergottini  
Tommaso Edoardo Frosini  
Fulco Lanchester  
Maria Rosaria Marella  
Antonello Miranda  
Elisabetta Palici di Suni  
Giovanni Pascuzzi  
Maria Donata Panforti  
Roberto Pardolesi  
Giulio Ponzanelli  
Andrea Zoppini  
Mauro Grondona

### SCIENTIFIC ADVISORY BOARD

Christian von Bar (Osnabrück)  
Thomas Duve (Frankfurt am Main)  
Erik Jayme (Heidelberg)  
Duncan Kennedy (Harvard)  
Christoph Paulus (Berlin)  
Carlos Petit (Huelva)  
Thomas Wilhelmsson (Helsinki)

COMPARATIVE  
LAW  
REVIEW

SPECIAL ISSUE VOL. 15/1

*Le declinazioni della Giustizia*

*Giustizia sociale*

7

JACOPO FORTUNA

L'abuso del diritto: alcune riflessioni tra Italia e Inghilterra

21

LAURA RESTUCCIA

Solidarietà e integrazione: una lettura rinnovata della giustizia sociale

*Giustizia climatica*

36

GIACOMO GIORGINI PIGNATIELLO

*Verso uno Ius Climaticum Europeum?*

Giustizia climatica ed uso dei precedenti stranieri da parte dei giudici costituzionali nei Paesi membri dell'Unione Europea

56

NICOLA MAFFEI

Un uso "teleologicamente orientato" della giurisdizione dei conflitti: quale lezione dalla Corte Suprema del Canada nella lotta al cambiamento climatico?

83

MARIO MANNA

Il caso *Milieudéfensie et al. contro Royal Dutch Shell plc* e la proposta di direttiva della Commissione europea sulla corporate sustainability due diligence, l'alba di una nuova giustizia climatica?

100

CRISTINA PICCOLO

Le clausole intergenerazionali: strumenti di realizzazione della giustizia ambientale?

*Giustizia predittiva*

117

KATIA DE BLASIO

Le applicazioni dei sistemi di intelligenza artificiale a supporto della decisione: spunti di riflessione in prospettiva comparatistica

129

MARCO EDGARDO FLORIO

Predictive Justice in Criminal Matters: “True Justice”?

144

EDIOLA TEROLLI

Personal Data’s protection in the Use of Predictive Justice Systems: EU vs. U.S.A.

*Giustizia alternativa*

160

RICCARDO ARIETTI

Global North, Legal Pluralism and Religion Adjudication: The Relationship between Muslim communities and the State in United Kingdom, Finland and the Netherlands

173

ORNELLA GIARDINI

La “polarità” politico-religiosa nell’Islam come strumento di cooperazione per la stabilità interna. Il caso del Gran Mufti di Egitto

184

ROSAMARIA TRISTANO

Le Corti di diritto ebraico in Inghilterra e la cooperazione tra autorità civili e religiose in materia di divorzio



# L'ABUSO DEL DIRITTO: ALCUNE RIFLESSIONI TRA ITALIA E INGHILTERRA\*

*Jacopo Fortuna\*\**

## SOMMARIO

I. INTRODUZIONE. - II. LE CARATTERISTICHE DEL DIVIETO DI ABUSO DEL DIRITTO NEL CONTINENTE EUROPEO E IN ITALIA. - III. IL DIVIETO DI *ABUSE OF RIGHTS* IN INGHILTERRA. - IV. LE NUOVE SPECIFICHE IPOTESI DI *ABUSE OF RIGHTS* NELL'ORDINAMENTO INGLESE. - V. BREVI RIFLESSIONI CONCLUSIVE SULLE FUTURE APPLICAZIONI DEL DIVIETO DI *ABUSE OF RIGHTS*.

*This article focuses on the abuse of rights in the comparative perspective between Italy and England and examines the possible future application of the English abuse of rights also in the light of the recent cases *Braganza v BP Shipping Ltd* and *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi*, which have identified two specific hypotheses potentially referable to forms of abuse of rights respectively in the matter of the exercise of unilateral contractual discretionary powers and damages clauses. Although in England, unlike in Italy, there is not traditionally a general doctrine of the abuse of rights, the specific hypotheses referred to above underline how a substantial prohibition of abuse of rights, inspired by a ratio of social solidarity, may perhaps in the future be applied to further and new specific situations, thus determining the increase also of the possible forms of judicial protection in the case of misuse of rights.*

**Keywords:** abuso del diritto, abuse of rights, Italia, Inghilterra, solidarietà sociale.

## I. INTRODUZIONE

Il presente contributo si concentra sul tema dell'abuso del diritto che assume specifico interesse nella prospettiva della comparazione tra l'ordinamento italiano e l'ordinamento inglese. Infatti, nella tradizione di *civil law* il divieto di esercitare abusivamente un proprio diritto ha assunto progressivamente i tratti di un principio generale ed astratto, mentre nell'esperienza giuridica inglese, tradizionalmente poco incline alla formulazione di categorie e istituti giuridici dalle caratteristiche non marcatamente delineate, non si è mai sviluppata una *general doctrine* del divieto di *abuse of rights*.

Tuttavia, è possibile registrare anche Oltremarica una tendenza sempre maggiore da parte della giurisprudenza a ricondurre alcune specifiche fattispecie concrete a fenomeni di *abuse of rights*.

In particolare, due importanti e recenti precedenti inglesi<sup>1</sup> individuano nuove ipotesi potenzialmente riconducibili a forme di abuso rispettivamente in materia

---

\* Il presente lavoro costituisce una rielaborazione dell'intervento dal titolo "Solidarietà e giustizia civile nella prospettiva comparatistica tra Italia e Inghilterra: abuso del diritto e *abuse of rights*" tenuto dall'autore nell'incontro di studi "Le declinazioni della giustizia", a cura dei Giovani Comparatisti dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato, che ha avuto luogo presso Sapienza Università di Roma in data 2 e 3 febbraio 2023.

di esercizio degli *unilateral contractual discretionary powers* e di *damages clauses*, al punto che alcuni autori si sono interrogati sull'eventuale possibile emersione, in Inghilterra, del principio del divieto di *abuse of rights*<sup>2</sup>. Di qui l'interesse per uno studio del tema. Si tratterà in particolare di delineare preliminarmente le caratteristiche del divieto di abuso del diritto e di *abuse of rights*, seguendo la loro evoluzione nei due ordinamenti giuridici, per poi proporre alcune brevi riflessioni conclusive sulle forme di abuso che stanno trovando progressivamente riconoscimento Oltremarica.

## II. LE CARATTERISTICHE DEL DIVIETO DI ABUSO DEL DIRITTO NEL CONTINENTE EUROPEO E IN ITALIA.

Nell'Europa continentale il divieto di esercitare abusivamente un diritto si declina, sostanzialmente, nel divieto di nuocere ad altri senza motivo e nel divieto di esercizio per un fine diverso da quello per cui il diritto è stato riconosciuto dall'ordinamento.

Nato in Francia dall'elaborazione della giurisprudenza<sup>3</sup> come reazione all'assoluta intangibilità dei diritti dell'individuo emersa a seguito della Rivoluzione francese<sup>4</sup> e basato concettualmente sulla *ratio* degli artt. 1382 ss. del *Code Civil*, dunque su un'ipotesi di responsabilità civile<sup>5</sup>, l'abuso del diritto è rinvenibile in vari ordinamenti continentali europei. Tra questi, a titolo di esempio, possono essere elencati: quello svizzero che all'art 2 del ZGB prevede: "Ognuno è tenuto ad agire secondo la buona fede così nell'esercizio dei propri diritti come nell'adempimento dei propri obblighi" e "Il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge"; quello spagnolo che all'art. 7, comma 2, del *Código Civil* prevede che la legge non protegge l'abuso dei diritti o

---

\*\* Ph.D. in Legal Sciences presso Università degli Studi di Macerata e assegnista di ricerca presso Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

<sup>1</sup> *Braganza v BP Shipping Ltd* [2015] UKSC 17 (SC) e *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi* [2015] UKSC 67.

<sup>2</sup> S. Rowan, *Abuse of Rights in English Contract Law: Hidden in Plain Sight?*, in 84 *Mod. L. Rev.*, 2021, p. 1067 ss.: «a broader principle preventing rights from being abused might be at work in English contract law».

<sup>3</sup> V., Cour App. Colmar 2/05/1855, in 2, *Recueil, Dalloz*, 9 (1856); Cour App. Amiens 12/11/1913, in *Recueil Dalloz*, 1913, p. 177 ss., Cour Cass. 3 agosto 1915, in *Recueil Dalloz*, 1917, p. 705 ss., Cour Cass. 29/05/1937 in <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006952664>.

<sup>4</sup> V. Bolgàr, *Abuse of rights in France, Germany, and Switzerland: A survey of a recent chapter in legal doctrine*, in 35 *Lou. L. Rev.*, 1975, p. 1015 ss., spec. p. 1016: «Perhaps it was not by chance that the controversy arose and reached its most violent forms in France, in the country where any restriction on individual freedom of action or on the intangibility of individual rights was considered a violation of the revolutionary mystique of liberty as embodied in the Declaration of the Rights of Man and the Code Napoleon».

<sup>5</sup> R. O'Sullivan, *Abuse of Rights*, in 8 *Current Legal Prob.*, 1955, p. 61 ss., spec. p. 61: «Abuse of rights [...] has given rise to a body of doctrine and of jurisprudence in France and elsewhere. The abuse of a right in considered a 'fault' within the meaning of Article 1382 of the French Civil Code, there being no other text upon which a decision to award damages can be based». V., altresì, V. Bolgàr, *Abuse of rights in France, Germany, and Switzerland: A survey of a recent chapter in legal doctrine*, cit., p. 1020: «The parallels in the development of the doctrines of the abuse of rights and civil liability are particularly evident in the jurisprudence of the courts; [...] The French courts have built the standing practice on the abuse of rights-in the absence of a general legislative rule-upon a few scattered provisions and their successive amendments under the guiding principle that the damages caused through the abusive exercise of rights, which they qualified as "fault", should be repaired by the party who abused his rights».

l'esercizio antisociale degli stessi e che qualsiasi azione o omissione che ecceda manifestamente i limiti normali dell'esercizio di un diritto, con danno per i terzi, darà luogo al relativo risarcimento e all'adozione di misure giudiziarie o amministrative per impedire la persistenza dell'abuso; quello portoghese che all'art. 334 del *Código Civil* qualifica come illegittimo l'esercizio del diritto qualora il titolare ecceda manifestamente i limiti imposti dalla buona fede, dal buon costume o dal fine sociale od economico del diritto; quello olandese, che all'art. 13, libro terzo, del NBW vieta il compimento di atti di esercizio del diritto che si traducono in abuso<sup>6</sup>.

Nell'ordinamento tedesco il BGB al § 226 positivizza il divieto dell'abuso del diritto, disponendo che l'esercizio di una situazione giuridica soggettiva attiva è inammissibile se può avere solo lo scopo di provocare danni ad altri. Tale principio, in Germania, deriva dal § 242 del BGB che stabilisce il dovere dell'obbligato di adempiere in conformità al principio di buona fede ed ha assunto il ruolo di norma di riferimento per il generale divieto di esercizio scorretto o potenzialmente dannoso del diritto, anche al di fuori della materia delle obbligazioni<sup>7</sup>.

Nel nostro ordinamento, come avvenuto nel contesto francese, il principio non è stato positivizzato ma è dotato di una solida matrice giurisprudenziale e dottrinale<sup>8</sup>. Esso preclude al titolare di una situazione giuridica soggettiva attiva di esercitarla con una modalità tale da infliggere alla sfera giuridica altrui un pregiudizio ingiustificatamente sproporzionato rispetto all'interesse perseguito con l'esercizio del diritto medesimo (c.d. abuso modale) o per finalità diverse da quelle per cui l'ordinamento l'ha riconosciuta (c.d. abuso funzionale).

L'esistenza del divieto di abuso del diritto come principio generale è, in Italia, desumibile anche dalle norme in materia di proprietà, di rapporto obbligatorio

---

<sup>6</sup> Cfr. L. PANZANI, *Abuso del diritto. Profili di diritto comparato con particolare riferimento alla disciplina dell'insolvenza transfrontaliera*, in *Giustizia Civile*, 2014, p. 701 ss.

<sup>7</sup> Cfr. V. Bolgàr, *Abuse of rights in France, Germany, and Switzerland: A survey of a recent chapter in legal doctrine*, cit., p. 1024: «the German drafters inserted into the Code an article on the abuse of rights, which provides for the unequivocal refusal to recognize any exercise of rights that was carried out for the only purpose to cause harm [vedi nota n. 49 dell'Autore: "BGB art. 226"]. In addition to this explicit, positive provision, two further articles of the code indirectly affect the doctrine of the abuse of rights: article 242, that lays down the general provision on good faith-Treu und Glauben-in the execution of obligations, and article 826 that provides for the restitution of damages caused by actions that are contra bonos mores». Sul punto, v. § 826 BGB: «Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung. Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet».

<sup>8</sup> Sul tema, senza pretesa di esaustività, si vedano: R. Sacco, *Abuso del diritto*, in VII *Dig. disc. priv. sez. civ. Agg.*, Torino, 2012; Id., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in G. Alpa, M. Graziadei, U. Mattei, R. Sacco (a cura di), *Il diritto soggettivo, Trattato di diritto civile*, Torino, 2001, p. 373; D. Messinetti, voce *Abuso del diritto*, in I *Enc. dir.*, Milano, 1998, p. 1 ss.; A. Gambaro, *Abuso del diritto, II) Diritto comparato e straniero*, in I *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988; C. Salvi, voce *Abuso del diritto*, in I *Enc. giur. Treccani*, Roma 1988, p. 1 ss.; S. Patti, *Abuso del diritto*, in I *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Torino, 1987, p. 1 ss.; F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1978, p. 76 ss.; P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 205 ss.; V. Giorgianni, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963; S. Romano, *Abuso del diritto*, in I *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 166 ss.; U. Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 18 ss.

e di autonomia contrattuale, che consentono di sindacare gli atti di esercizio del diritto in base a criteri non formali di valutazione<sup>9</sup>.

Tale figura è un'applicazione dei principi di buona fede e correttezza, derivanti dal principio costituzionale di solidarietà sociale cui si fa riferimento nell'art. 2 Cost.

Il divieto di abuso del diritto come principio generale nell'ordinamento giuridico italiano è stato definitivamente riconosciuto a seguito di due pronunce della Corte di cassazione, nelle quali sono stati delineati i tratti costitutivi di tale istituto.

La prima risale al 1994 ed è conosciuta come "sentenza Fiuggi"<sup>10</sup>; nel provvedimento la Corte censura la condotta del contraente che aveva impedito l'aumento del canone dovuto alla controparte, soggetto pubblico, conseguendo un lucro sproporzionato sulle vendite ai consumatori finali dell'acqua minerale imbottigliata.

Nella seconda, nota come "caso Renault" e risalente al 2009<sup>11</sup>, la Corte rileva l'abuso del potere di recesso *ad nutum* del contratto di cessione di vendita da parte della società nei confronti di una pluralità di concessionari italiani, per essere stato esercitato subito dopo aver chiesto loro sostanziosi finanziamenti, ledendo così il legittimo affidamento sulla prosecuzione del rapporto contrattuale.

Emerge come la giurisprudenza abbia chiaramente individuato gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto: nella titolarità di un diritto soggettivo, in una

---

<sup>9</sup> Dal momento che non esiste, in Italia, una norma che espliciti il divieto di abuso del diritto, si ritiene che si tratti di un c.d. principio inespresso. Infatti, nel codice civile vi sono diversi articoli ispirati alla *ratio* di tale divieto, come, ad esempio, l'art. 833 cc. sul divieto di atti emulativi, l'art. 330 cc. in tema di abuso della responsabilità genitoriale, l'art. 1059, co. 2 cc. sulla servitù concessa ad uno dei comproprietari e l'art. 2793 cc. in materia di abuso della cosa da parte del creditore pignoratizio. Esistono, inoltre, alcune fattispecie di abuso situate in alcuni settori specifici come, ad esempio, l'art. 9 della L. 18/06/1998, n. 192, che vieta in tema di subfornitura l'abuso di dipendenza economica, e l'art. 10-bis della L. 27/07/2000, n. 212, che individua come ipotesi di abuso del diritto le operazioni che, pur nel rispetto formale delle disposizioni di legge, mirano a realizzare vantaggi fiscali indebiti. Vedi L. Pennazzi Catalani, *La configurabilità dell'abuso del diritto nell'esercizio del recesso ad nutum*, in G. Grisi (a cura di), *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, Roma, 2019, p. 23 ss.

<sup>10</sup> Cass. Civ., sez. I, 20/04/1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, p. 1296: «La clausola, inserita nei contratti per la condizione e l'esercizio delle concessioni delle sorgenti di acqua minerale e per la locazione degli stabilimenti termali conclusi dal comune di Fiuggi con un privato, che, attribuendogli la piena libertà di determinare il prezzo in fabbrica delle bottiglie, consente al medesimo privato di bloccare tale prezzo nonostante la svalutazione monetaria, impedendo allo stesso comune di conseguire anche l'adeguamento del canone correlato al ripetuto prezzo, è contraria al principio di buona fede che, per il suo valore cogente, concorre a formare la *regula iuris* del caso concreto, determinando, integrativamente, il contenuto e gli effetti dei contratti e orientandone, ad un tempo, l'interpretazione e l'esecuzione».

<sup>11</sup> Cass. Civ., sez. III, 18/09/2009, n. 20106, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 577 *Nota (s.m.) (nota di: Giorgini)*: «L'atto di autonomia privata, anche nel caso in cui consista in un recesso *ad nutum*, è sempre soggetto al controllo giurisdizionale. Il giudice, nel controllare e interpretare l'atto di autonomia privata, deve operare e interpretare l'atto anche in funzione del contemperamento degli opposti interessi delle parti contrattuali attraverso un giudizio, di natura giuridica e non politica, di ragionevolezza in ambito contrattuale. Il giudice di merito deve, allora, valutare in termini di conflittualità se il recesso *ad nutum* previsto dalle condizioni contrattuali sia stato attuato con modalità (buona fede) e per perseguire fini diversi e ulteriori rispetto a quelli consentiti (abuso del diritto). L'indicato giudizio deve essere più ampio e rigoroso là dove vi sia una provata disparità di forze fra i contraenti».

pluralità di diverse modalità di esercizio non predeterminate, nell'esercizio concreto censurabile rispetto ad un criterio di valutazione giuridico o extragiuridico e nella sproporzione ingiustificata tra il vantaggio per il titolare e il sacrificio della controparte. Non sarebbe, invece, qualificabile come elemento costitutivo dell'abuso il dolo o una specifica volontà di nuocere<sup>12</sup>.

A fronte delle caratteristiche evidenziate, l'abuso del diritto presenta forme di espressione non predeterminabili *ex ante* e atipiche. Di conseguenza, sono mutevoli anche le risposte dell'ordinamento alla violazione del divieto di abuso, che vengono di volta in volta individuate. La regola generale che deve guidare il giudice nella determinazione della sanzione più congrua al caso specifico è quella del diniego di tutela giurisdizionale, cioè del diniego di protezione giuridica a quelle situazioni giuridiche soggettive attive che siano state abusivamente esercitate. I rimedi specifici alla violazione del principio del divieto di abuso del diritto possono però essere, ad esempio, il risarcimento del danno, l'inesigibilità del diritto, l'invalidità del negozio<sup>13</sup>, l'inammissibilità dell'azione, la statuizione sulle spese processuali e l'*exceptio doli generalis*<sup>14</sup>.

### III. IL DIVIETO DI *ABUSE OF RIGHTS* IN INGHILTERRA.

A differenza del contesto italiano e continentale, nell'esperienza inglese si ritiene tradizionalmente che non esista la nozione di *abuse of rights* come categoria generale<sup>15</sup>; invero, il principio ottocentesco fondamentale elaborato dalla giurisprudenza in materia di esercizio del proprio diritto è che l'intento esclusivo di nuocere (*malice*) non è di per sé sufficiente a qualificare come illecito un atto che dovrebbe altrimenti essere considerato lecito<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> V. Cass. Civ., sez. III, 18/09/2009, n. 20106, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 345 *Nota (s.m.) (nota di: Gentili)*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 577 *Nota (s.m.) (nota di: Giorgini)* e in *Giur. comm.*, 2010, p. 828 *Nota (s.m.) (nota di: Delli Priscoli)*, in *Giur. comm.*, 2011, p. 286 *Nota (s.m.) (nota di: Barcellona)*, e in *Giust. civ.*, 2010, p. 2547 *Nota (s.m.) (nota di: Nigro)*.

<sup>13</sup> Tale sanzione, peraltro, in ossequio al principio di eccezionalità delle cause di invalidità del negozio deve derivare dalla violazione di norme specifiche come, ad esempio, l'art. 36 del codice del consumo sulla nullità delle clausole vessatorie o l'art. 9 della L. 18/06/1998, n. 192, in materia di abuso di dipendenza economica. Tuttavia, sul tema della tradizionale distinzione tra regole di validità e regole di comportamento e sulla recente attribuzione da parte della giurisprudenza costituzionale alla clausola di buona fede del rango di regola di validità v. Corte Cost., 24/10/2013, n. 248, in *Giur. cost.*, 2013, p. 3767 *Nota (s.m.) (nota di: Astone)* e Corte Cost., 02/04/2014, n. 77 in *Giur. cost.*, 2014, p. 1497.

<sup>14</sup> Per *exceptio doli generalis* si intende la possibilità di opporsi all'eccezione o alla pretesa giuridica della controparte quando queste, ancorché formalmente rispettose del perimetro di legalità offerto dalla situazione giuridica soggettiva attiva, risultino in realtà espressione di un esercizio abusivo di una posizione giuridica di vantaggio.

<sup>15</sup> S. Rowan, *Abuse of Rights in English Contract Law: Hidden in Plain Sight?*, cit., p. 1069: «The rejection of abuse of rights as a general doctrine. The language of 'abuse' is not generally part of the lexicon of English private lawyers. There is no recognised doctrine of abuse of rights in England and the notion has traditionally aroused suspicion». V., altresì. L. Panzani, *Abuso del diritto. Profili di diritto comparato con particolare riferimento alla disciplina dell'insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 698 s. e H.C. Gutteridge, *Abuse of rights*, in 5 *Cambridge L.J.*, 1933, p. 22 ss.

<sup>16</sup> Sul tema dell'*abuse of rights*, v. H.C. Gutteridge, *Abuse of rights*, cit., spec. p. 22: «The theory of the abuse of rights in one which has been rejected by our law, with the result that the ancient brocard "dura lex sed lex" finds his vivid illustration in the present day decisions of the Anglo-American Courts. The absolutist view of rights which is a feature of the Common Law was summed up by Lord Macnaghten in trenchant language when he said in *Mayor of Bradford v. Pickles* [ [1895] A.C. 587, p.600] that although Mr. Pickles's conduct

La struttura stessa della tutela di un diritto nella tradizione di *common law* non sembra perfettamente aderente alla previsione di un istituto giuridico di carattere generale come l'*abuse of rights*. Storicamente, infatti, in Inghilterra il contenuto del diritto è determinato con riferimento ai rimedi processuali ritenuti azionabili, dal momento che originariamente la tutela era determinata dalla corrispondenza tra il fatto ed il contenuto di un *writ*<sup>17</sup> che consentiva l'esercizio dell'azione quale atto introduttivo del giudizio<sup>18</sup>.

Le corti tendono a non interferire con quanto stabilito dalle parti nella determinazione dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto<sup>19</sup> e raramente (v. *infra* §4) intervengono sulle modalità attraverso cui un diritto viene esercitato<sup>20</sup>. Allo stesso modo, non rilevano generalmente Oltremarica i motivi per i quali una parte del *contract* esercita la propria situazione giuridica soggettiva<sup>21</sup>.

L'irrelevanza delle motivazioni che spingono i titolari dei diritti ad esercitarli è chiaramente sottolineata anche dalle pronunce su cui è stato tradizionalmente basato il rifiuto dell'*abuse of rights* come *general doctrine*<sup>22</sup>.

---

in wilfully depriving his fellow townsmen of part of their water supply might be 'shocking to a moral philosopher' there was nothing in the law of England which could stop him from being as 'churlish, selfish and grasping' as it was possible for a man to be. In other words our law has not hesitated to place the seal of its approval upon a theory of the extent of individual rights which can only be described as the consecration of the spirit of unrestricted egoism». V., altresì, M. Byers, *Abuse of Rights – An Old Principle, A New Age*, in 47 *McGill L.J.*, 2002, p. 389 ss., spec. p. 397: «abuse of rights is of limited utility in those legal systems and those areas of law in which the rights themselves have been framed in precise or qualified terms».

<sup>17</sup> Su tema, v. J. H. Baker, *An introduction to English Legal History*, III ed., London, 1990, pp. 65-67; A. K.R. Kiralfy, *The English Legal System*, London, 1978, p. 11 ss.; L. Moccia, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005, pp. 178-181.

<sup>18</sup> V., *si vis*, J. Fortuna, *Smart contract, abuso del diritto e tutela giurisdizionale: spunti di comparazione tra diritto italiano e diritto inglese*, in *Diritti Comparati*, 2022, p. 919 ss.

<sup>19</sup> Fatta eccezione per i contratti che coinvolgono i consumatori, la vulnerabilità dei quali è tutelata nei confronti del contraente c.d. forte (V., ad esempio, Consumer Rights Act 2015).

<sup>20</sup> *White and Carter (Councils) Ltd v McGregor*, [1962] AC 413 (HL Sc), 1183: «it never has been the law that a person is only entitled to enforce his contractual rights in a reasonable way and that a court will not support an attempt to enforce them in an unreasonable way».

<sup>21</sup> *V. Chapman v Honig* [1963] 2 QB 502 (CA), 520, dove si afferma che una parte del contratto può liberamente esercitare il proprio diritto «for a good reason or a bad reason or no reason at all».

<sup>22</sup> Si fa riferimento ai casi *Allen v Flood* e *Bradford Corp v Pickles*. Il primo risale al 1898 ed è relativo al licenziamento di due carpentieri richiesto dai sindacati al datore di lavoro. Da parte dell'associazione sindacale vi era l'intento di punire i due lavoratori per le loro condotte contrarie agli orientamenti dell'associazione stessa. A seguito della minaccia da parte del sindacato di ritirare i propri iscritti dall'impiego, il datore di lavoro aveva proceduto al licenziamento. L'azione fu condotta contro Allen, cioè il delegato sindacale che aveva preteso il licenziamento, ma la Corte sostenne che un atto negoziale può essere valutato dal giudice esclusivamente sulla base del criterio oggettivo della sua c.d. *wrongful nature* e non del motivo per cui esso è stato compiuto; *Allen v Flood* (1898), A. C. 1, p. 46: «Any right given by contract may be exercised against the giver by the person to whom it is granted, no matter how wicked, cruel or mean the motive may be which determines the enforcement of the right. It is hardly too much to say that some of the most cruel things that come under the notice of a judge are mere exercises of a right given by contract». Nel caso *Bradford Corp v Pickles* [1895] AC 587, invece, un proprietario terriero aveva estratto intenzionalmente l'acqua che era filtrata sotto il suo terreno per impedire che la stessa raggiungesse la terra del suo vicino. La House of Lords aveva ritenuto tale comportamento non illegittimo, in quanto il titolare del fondo aveva il diritto di disporre nel modo che più riteneva opportuno, non avendo alcuna rilevanza le motivazioni che avevano portato lo stesso ad agire: «if it was a lawful act, however ill the motive might be, he had a right to do it. If it was an unlawful act, however good his motive might be, he would have no right to do it».

Tra le ragioni per le quali non è stata attribuita rilevanza ai motivi che hanno spinto il titolare ad esercitare il proprio diritto per un certo fine o con una certa modalità, vi è la difficoltà probatoria di dimostrare l'intenzione di danneggiare il soggetto passivo attraverso un'indagine psicologica del titolare del diritto. Un'ulteriore ragione è quella del timore di inficiare la certezza del diritto e la sicurezza dei rapporti economici e commerciali, che risulterebbero inevitabilmente indebolite se una corte avesse la possibilità di incidere su quanto stabilito dai privati modificando o estinguendo i rapporti giuridici frutto della volontà dalle parti.<sup>23</sup>

Tuttavia, nonostante non sia possibile rinvenire una *doctrine* dell'*abuse of rights*, nel paragrafo successivo si osserveranno alcune ipotesi in cui, in realtà, l'ordinamento inglese sanziona il *misuse of rights*.

#### IV. LE NUOVE SPECIFICHE IPOTESI DI *ABUSE OF RIGHTS* NELL'ORDINAMENTO INGLESE.

In Inghilterra vi è un numero crescente di settori specifici in cui il divieto di *abuse of rights* opera. Possono essere citati, in particolare, la disciplina del *tort of nuisance*, cioè della molestia tra vicini<sup>24</sup>, dell'abuso del processo<sup>25</sup> e del principio del *lawful act duress*<sup>26</sup>.

Come anticipato (v. *supra* §1) due recenti pronunce emesse in Inghilterra, *Braganza v BP Shipping Ltd* e *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi*, hanno individuato ulteriori specifiche ipotesi riconducibili all'*abuse of rights* e al conseguente divieto dello stesso, rispettivamente in materia di esercizio degli *unilateral contractual discretionary powers* e di *damages clauses*.

Occorre, allora, focalizzarsi brevemente su questi due ulteriori ambiti in cui la giurisprudenza inglese ha aperto alla tutela giurisdizionale del soggetto giuridico che subisca una sostanziale forma di abuso del diritto.

La pronuncia *Braganza v BP Shipping Ltd*, in cui l'esercizio degli *unilateral contractual discretionary powers* può essere ricondotto ad un'ipotesi di *abuse of rights*, si apre con la morte del sig. Renford Braganza, scomparso mentre lavorava come ingegnere capo su una petroliera nel Nord dell'Atlantico. La società presso cui era assunto aveva ritenuto che la spiegazione più probabile per la sua scomparsa fosse il suicidio, che lo stesso avrebbe commesso gettandosi in mare, senza però procedere con accertamenti accurati sulla dinamica dell'accaduto. Di

<sup>23</sup> S. Rowan, *Abuse of Rights in English Contract Law: Hidden in Plain Sight?*, cit., p. 1070.

<sup>24</sup> *Hollywood Silver Fox Farm v Emmett* [1936] 1 All ER 825 (KBD).

<sup>25</sup> *Johns v Gore Wood & Co.* [2002] 2 AC 1.

<sup>26</sup> Tale è il principio per cui un contraente si propone di esercitare i suoi diritti secondo modalità sgradite alla controparte o per essa svantaggiose, pensate per sfruttare la particolare vulnerabilità dell'altro contraente in un determinato momento o a fronte di particolari circostanze. La minaccia di compiere un atto altrimenti legittimo configura un *lawful act duress* quando è diretta al solo scopo di arrecare danno alla controparte ed è riconducibile al principio dell'abuso del diritto. Un'altra ipotesi analoga, che ricade nella previsione del *lawful act duress*, è quella della minaccia di non contrattare: il rifiuto, di per sé legittimo, cessa di esserlo qualora venga opposto unicamente al fine di ledere un interesse. V, sul punto, *High Court Progress Bulk Carriers Ltd v Tube City IMS L.L.C.*, [2012] EWHC 273 (Comm).

conseguenza, secondo la società, la sua vedova non aveva diritto alle prestazioni pecuniarie previste nel contratto di lavoro del marito in caso di decesso. Infatti, all'interno dell'accordo contrattuale era stabilito che le somme di denaro non sarebbero state dovute se “in the opinion of the Company or its insurers, the death [...] resulted from [...] the Officer's wilful act, default or misconduct”<sup>27</sup>. In tal caso, pertanto, è evidente la presenza di poteri unilaterali attribuiti ad un solo contraente (la società) ma con effetti per entrambe le parti del contratto, il cui esercizio discrezionale ha determinato un vantaggio per il contraente che ha esercitato il potere e un pregiudizio per l'altra parte, configurando in tal modo una forma di *abuse of rights*.

Le corti inglesi hanno mostrato un'attenzione sempre maggiore alla valutazione delle concrete modalità di esercizio di tali poteri, prevedendo limiti sempre più stringenti all'ammissibilità delle forme di esercizio dei poteri contrattuali esercitati discrezionalmente da un contraente. Infatti, tale discrezionalità dovrebbe essere esercitata “*honestly, in good faith and not for an improper purpose, capriciously, perversely, arbitrarily or irrationally*”<sup>28</sup>, ciò anche a tutela della “*reasonable expectations*” delle altre parti<sup>29</sup>.

Alcuni esempi di poteri discrezionalmente esercitabili possono essere quelli di un contratto di mutuo che concede al creditore il diritto di variare il tasso di interesse o il contratto che preveda la possibilità per un armatore di rifiutare di recarsi in un determinato porto considerato, a sua discrezione, non sicuro<sup>30</sup>.

Come anticipato, il rischio di *abuse of rights* deriva dal potere conferito a una parte di incidere unilateralmente sull'intero rapporto contrattuale, e tale rischio è ancora più alto nel caso in cui vi sia uno squilibrio nelle posizioni di forza tra i contraenti, a fronte del fatto che uno di essi possa essere considerato, sulla base di fattori interni e/o esterni al rapporto, la parte debole del contratto<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> *Braganza v BP Shipping Ltd* [2015] UKSC 17 (SC), par. [1]: «Clause 7.6.3 of that contract provided relevantly as follows: “For the avoidance of doubt compensation for death, accidental injury or illness shall not be payable if, in the opinion of the Company or its insurers, the death, accidental injury or illness resulted from amongst other things, the Officer's wilful act, default or misconduct whether at sea or ashore”».

<sup>28</sup> S. Rowan, *Abuse of Rights in English Contract Law: Hidden in Plain Sight?*, op., p. 1072. V. *Braganza v BP Shipping Ltd* [2015] UKSC 17 (SC), par. [18] (Lady Hale): «Contractual terms in which one party to the contract is given the power to exercise a discretion, or to form an opinion as to relevant facts, are extremely common. It is not for the courts to re-write the parties' bargain for them, still less to substitute themselves for the contractually agreed decision-maker. Nevertheless, the party who is charged with making decisions which affect the rights of both parties to the contract has a clear conflict of interest. That conflict is heightened where there is a significant imbalance of power between the contracting parties as there often will be in an employment contract. The courts have therefore sought to ensure that such contractual powers are not abused. They have done so by implying a term as to the manner in which such powers may be exercised, a term which may vary according to the terms of the contract and the context in which the decision making power is given». Vedi, altresì, *Socimer International Bank Ltd v Standard Bank London Ltd* [2008] Bus LR 1304 (CA) [66] (Rix LJ).

<sup>29</sup> V. *Braganza v BP Shipping Ltd* [2015] UKSC 17 (SC), par. [21] (Lady Hale).

<sup>30</sup> V. *Abu Dhabi National Tanker Co v Product Star Shipping Ltd* (No 2) [1993] 1 Lloyd's Rep 397 (CA): «the essential question always is whether the relevant power has been abused. Where A and B contract with each other to confer a discretion on A, that does not render B subject to A's uninhibited whim».

<sup>31</sup> *Braganza v BP Shipping Ltd* [2015] UKSC 17 (SC), par. [18] (Lady Hale) e par. [61] (Lord Hodge).

Pertanto, la limitazione della libertà del titolare dei poteri unilaterali sulla modalità di esercizio degli stessi sembra essere oggi, in Inghilterra, presente sulla base di due motivi principali: in primo luogo, per evitare che il contraente c.d. “forte” possa approfittare della situazione di debolezza della controparte, promuovendo così anche la solidarietà sociale tra i contraenti; in secondo luogo, per riportare il contenuto del rapporto a quella che, verosimilmente, era l'effettiva volontà delle parti, con ogni probabilità non originariamente rivolta alla formazione di un rapporto contrattuale in cui i diritti e gli obblighi di un contraente fossero del tutto subordinati alla volontà dell'altro, attribuito del potere unilaterale di incidere sull'intero rapporto<sup>32</sup>.

La *ratio* del divieto di *abuse of rights* in materia di *unilateral contractual discretionary powers* risiede in un *implied term* presente nel *contract*<sup>33</sup>, da cui scaturirebbe il rispetto di principi quali *honesty* e *genuineness*<sup>34</sup>, oltre che il divieto di *improper purpose*<sup>35</sup>, *irrationality*, *capriciousness*, *perversity* e *arbitrariness*<sup>36</sup> nell'esercizio dei diritti derivanti dal contratto. Pertanto, qualora nell'esercizio unilaterale dei diritti non venissero rispettati tali principi (o venissero violati tali divieti) sarebbero configurabili ipotesi di *abuse of rights* per violazione dell'*implied term* contenuto nel contratto.

Per ciò che attiene al controllo giurisdizionale sulla legittimità delle modalità di esercizio di un potere discrezionale attribuito nel contratto, tale controllo deve tener conto della natura del *contract*, del contesto nel quale il contratto è stato concluso, dell'impatto sui diritti e sugli obblighi degli altri contraenti, della sproporzione tra il pregiudizio subito da una parte contrattuale e il vantaggio conseguito dall'altra e delle rispettive posizioni di forza del titolare dei poteri e della parte che agli stessi è soggetta, valutando anche il fatto che il rapporto potrebbe essere *business to consumer*. Ovviamente, quanto più una parte è in posizione di debolezza rispetto all'altra o le conseguenze dall'esercizio *unilateral contractual discretionary powers* sono potenzialmente incidenti sull'altro contraente, tanto più attento sarà il controllo delle corti sulla validità della clausola che attribuisce i poteri<sup>37</sup>.

Il divieto di *abuse of rights* è altresì applicabile in materia di *damages clauses* come si evince dallo studio del citato caso *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi*<sup>38</sup>.

---

<sup>32</sup> V. *Nash v Paragon Finance* in primo grado [2002] 1 WLR 685 (Registratore Havelock-Allan QC. e S. Rowan, *Abuse of Rights in English Contract Law: Hidden in Plain Sight?*, cit., p. 1072.

<sup>33</sup> Sul punto, v. *ivi*, p. 1073 ss.

<sup>34</sup> V., ad esempio, *Property Alliance Group Ltd v Royal Bank of Scotland Plc* [2018] EWCA Civ 355; [2018] 1 WLR 3529 a [169] e *Abu Dhabi National Tanker Co v Product Star Shipping Ltd* (n. 2) [1993] 1 Lloyd's Rep 397 (CA).

<sup>35</sup> V., ad esempio, *Equitable Life Assurance Society v Hyman* [2002] 1 AC 408 (HL) 459 (Lord Steyn), 461 (Lord Cooke); *British Telecommunications plc v Telefonica O2 UK Ltd* [2014] Bus LR 76 (SC) [37] (Lord Sumption).

<sup>36</sup> V., ad esempio, *Lymington Marina v Macnamara* [2007] EWCA Civ 151 (CA) [42]; *IBM UK Holdings Ltd* contro *Dagleish* [2018] RCI 1681 (CA).

<sup>37</sup> S. Rowan, *Abuse of Rights in English Contract Law: Hidden in Plain Sight?*, cit., p. 1075.

<sup>38</sup> *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi* [2015] UKSC 67. V., altresì, *ParkingEye Limited (Respondent) v Beavis (Appellant)* [2015] UKSC 67.

Nell'ordinamento inglese, tradizionalmente, le *penalty clauses*, che impongono una determinata prestazione afflittiva a carico della parte che tenga una condotta ritenuta inadempiente, sono considerate invalide<sup>39</sup>. Invero, il creditore in Inghilterra può solo richiedere una prestazione compensativa per l'effettivo pregiudizio subito a causa della condotta inadempiente della controparte. L'unica eccezione prevista alla regola dell'invalidità delle *penalty clauses* è quella della validità delle c.d. "*liquidated damages clauses*", clausole che prevedono l'esecuzione di una prestazione in favore del contraente adempiente, stabilita a seguito di un reale tentativo di predeterminare l'effettivo pregiudizio potenzialmente patito a causa del parziale o totale inadempimento delle altre parti<sup>40</sup>.

Nel caso c.d. *Cavendish*, la *Supreme Court* ha sostenuto che, per poter essere considerata valida, una *damages clause* deve essere predisposta al fine di soddisfare un *legitimate interest* per la parte che subisca un pregiudizio dall'inadempimento dell'altra e deve imporre una prestazione a carico del contraente inadempiente che non sia "*extravagant, exorbitant or unconscionable in comparison with the interest protected*"<sup>41</sup>. In caso contrario, la stessa si risolve in un'invalida *penalty clause*.

In *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi*, il signor Makdessi aveva accettato di vendere a Cavendish Square Holding Bv una partecipazione che garantisse il controllo della holding del più grande gruppo di advertising e marketing del Medio Oriente. Il contratto prevedeva che, in caso di violazione

<sup>39</sup> *Scandinavian Trading Tanker Company A.B. v Flota Petrolera Ecuatoriana (Scraptrade)* [1983] UKHL J0630-2, p. 702: «The classic form of penalty clause is one which provides that upon breach of a primary obligation under the contract a secondary obligation shall arise on the part of the party in breach to pay to the other party a sum of money which does not represent a genuine pre-estimate of any loss likely to be sustained by him as the result of the breach of primary obligation but is substantially in excess of that sum. The classic form of relief against such a penalty clause has been to refuse to give effect to it, but to award the common law measure of damages for the breach of primary obligation instead».

<sup>40</sup> E. Calzolaio, *Comparative contract law. An introduction*, London-New York, 2022, p. 155: «English law traditionally is reluctant to admit penalty clauses. A clause providing for a penalty is invalid. The creditor may then sue only for the actual loss. The only exception is if the clause was genuine attempt to pre-estimate the loss. In this cases it is valid as a "liquidated damages clause" and the creditor may recover the agreed amount even if the actual loss is less or even not existent. If the actual loss is greater than the agreed sum, the creditor cannot recover more than was agreed. Some uncertainty exists whether, if the clause is invalid as a penalty and the actual loss is greater than the penalty, the sum fixed in the penalty clause acts as a 'cap'. Vedi anche *Kemble v Farren* (1829) 6 Bing 141, *Dunlop Pneumatic Tyre Company v New Garage & Motor co* [1915] AC 79 e *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi* [2015] UKSC 67, par [9]: «The distinction between a clause providing for a genuine pre-estimate of damages and a penalty clause has remained fundamental to the modern law, as it is currently understood».

<sup>41</sup> S. Rowan, *Abuse of Rights in English Contract Law: Hidden in Plain Sight?*, cit., p. 1081: «the same rule against the abuse of rights also underlies the new law on penalties laid down in *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi*. In that case, the Supreme Court held that, in order to be valid, a damages clause must serve a legitimate interest in performance of the injured party and impose a detriment that is not extravagant, exorbitant or unconscionable in comparison with the interest protected. Only where the clause stipulates a punishment will it be unenforceable. This is a departure from the previous rule under which any clause that went beyond compensation was unenforceable without any enquiry into whether or not it was objectionable. [...] as when the court reviews contractual discretionary powers, the mischief that the new rule against penalties seeks to address is abuse. The court undertakes a nuanced and evaluative enquiry into whether there is an abuse of the right or freedom to fix the sum payable on breach. The abuse is in stipulating a sum that goes beyond compensation to the point of being unconscionable where there is no legitimate interest». V. *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi* [2015] UKSC 67 par. [133, 152, 153, 181].

di taluni patti limitativi della concorrenza, il sig. Makdessi non avrebbe avuto diritto a ricevere le ultime due rate del prezzo totale che la controparte avrebbe dovuto pagare per la quota di controllo della holding (*clause* 5.1) e sarebbe stato inoltre tenuto a vendere le sue rimanenti azioni alla Cavendish Square Holding Bv ad un prezzo che non teneva conto del valore dell'avviamento della società (*clause* 5.6). Il sig. Makdessi aveva successivamente violato tali patti, sostenendo che le clausole 5.1 e 5.6 erano *penalty clauses* a cui non poteva essere data esecuzione.

In materia di *damages clauses*, il potenziale abuso consiste nel prevedere delle somme o delle prestazioni che devono essere versate o eseguite a titolo di risarcimento a fronte dell'inadempimento di una parte e a vantaggio dell'altra, il valore delle quali, però, va al di là del pregiudizio subito dal contraente adempiente e si spinge fino a prevedere delle somme o delle prestazioni sproporzionate rispetto al "*legitimate interest*" della parte che abbia subito il danno.

Nonostante all'interno della sentenza *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi* non si faccia esplicito riferimento alla nozione di *abuse of rights*, le ragioni giuridiche alla base del divieto di *misuse* delle *damages clauses* sono riconducibili a delle chiare forme di abuso del diritto<sup>42</sup>.

Infatti, i criteri introdotti dalla Supreme Court in Makdessi per individuare i casi di abuso sono duplici: il pregiudizio subito dalla parte inadempiente deve essere finalizzato a soddisfare il "*legitimate interest*" all'esecuzione della clausola e non deve essere "*extravagant, exorbitant and unconscionable*"<sup>43</sup>.

Come per il controllo effettuato dalle corti sulla legittimità degli *unilateral contractual discretionary powers*, anche la valutazione dei giudici sul rispetto da parte delle *damages clauses* del principio del divieto di *abuse of rights* si basa su una serie di elementi quali: la natura del contratto, le circostanze in cui lo stesso è stato concluso e le caratteristiche delle parti, compresi i rispettivi rapporti di forza. Infatti, quando il potere contrattuale di una parte e la capacità di tutelare i propri interessi sono elevati, il rischio di abuso del diritto perpetrato attraverso una *damages clause* a svantaggio di questo stesso contraente sarà sensibilmente più basso. Viceversa, quanto più debole è la posizione contrattuale di una parte,

---

<sup>42</sup> V., *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi* [2015] UKSC 67 par. [243] (Lord Hodge), par. [31] (Lord Neuberger and Sumption) e par. [162] (Lord Mance).

<sup>43</sup> S. Rowan, *Abuse of Rights in English Contract Law: Hidden in Plain Sight?*, cit., p. 1083. «The first of these safeguards – the legitimate interest in performance – seeks to prevent abuse by requiring the beneficiary of the clause to show some acceptable basis or justification for the purported entitlement to an over-compensatory sum upon breach. There must be rational reasons for the right or freedom to agree to a damages clause being exercised in this way that justify more robust protection of performance than is obtainable through compensation. In effect, the beneficiary of the clause cannot recover more than their loss without a good reason. The second safeguard against abuse is achieved by prohibiting extreme or disproportionate levels of overcompensation. It asks 'whether, assuming [a legitimate] interest to exist, the provision made for the interest is nevertheless in the circumstances extravagant, exorbitant or unconscionable'. The agreed sum cannot be substantially more than what is necessary to protect the wider interests of the beneficiary. This is designed to catch grossly excessive provisions that are out of proportion in nature and impact with the protected interest».

tanto più intenso sarà il controllo che le corti opereranno sulla clausola e la possibilità che le stesse corti la ritengano illegittima<sup>44</sup>.

Inoltre, sembra che in Inghilterra solo i casi più manifesti e palesi di potenziale vantaggio per una delle due parti<sup>45</sup> possano costituire un'ipotesi di abuso<sup>46</sup>.

A fronte di quanto affermato sinora sembra chiaro che, nell'opinione della *Supreme Court* inglese, sia le *damages clauses* sia gli *unilateral contractual discretionary powers* possono arrivare a integrare un *abuse of rights*. Sennonché mentre le prime sono forme abusive che si concretizzano sin dal momento della conclusione del contratto a fronte di uno squilibrio di vantaggi e pregiudizi individuabili a carico di ciascuna parte, i secondi formano ipotesi di abuso che maturano durante la vita del rapporto contrattuale a fronte delle concrete modalità di esercizio dei poteri attribuiti ad un'unica parte del *contract*<sup>47</sup>.

#### V. BREVI RIFLESSIONI CONCLUSIVE SULLE FUTURE APPLICAZIONI DEL DIVIETO DI *ABUSE OF RIGHTS*.

Dopo aver tratteggiato i lineamenti del divieto di abuso del diritto e dell'*abuse of rights* nell'ordinamento italiano e inglese e dopo aver analizzato le recenti pronunce inglesi *Braganza v BP Shipping Ltd* e *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi*, che hanno individuato due nuove specifiche ipotesi riconducibili all'*abuse of rights* in materia di esercizio degli *unilateral contractual discretionary powers* e di *damages clauses*, è ora possibile giungere ad alcune brevi riflessioni conclusive. Occorre osservare infatti che, nonostante l'aumento di fattispecie concrete che la dottrina e la giurisprudenza sembrano voler ricondurre a fenomeni di *abuse of rights*, in Inghilterra non è possibile individuare la presenza di un istituto giuridico, generale ed astratto, assimilabile all'abuso del diritto per come declinato negli ordinamenti di *civil law* e, in particolare, in Italia; né l'analisi della tradizione giuridica inglese, la quale storicamente mira ad evitare l'espressa

<sup>44</sup> Sul punto, v. *Cargill International Trading Pte Ltd v Uttam Galva Steels Ltd* [2019] 2 WLUK (QB) 481 e 127 *Hobson Street Ltd v Honey Bees Preschool Ltd* [2020] NZSC 53.

<sup>45</sup> Casi come, ad esempio, *Vivienne Westwood Ltd v Conduit Street Development Ltd* [2017] EWHC 350 (Ch) nel quale il locatore e il conduttore di un locale commerciale avevano concordato con un accordo separato rispetto al contratto di locazione una riduzione del canone da pagare da parte del locatario. Le parti decidevano, altresì, di inserire nel medesimo accordo una clausola per la quale, nel caso in cui il conduttore non avesse pagato nei termini e nei modi il canone ridotto, il locatore avrebbe potuto porre fine agli effetti dello stesso accordo, l'affitto sarebbe tornato dell'importo previsto inizialmente dal contratto e il locatario avrebbe dovuto sostenere una serie di ulteriori spese. A causa del successivo inadempimento del conduttore, il locatore decideva di attivare la clausola e di terminare gli effetti dell'accordo. La corte riteneva tale clausola invalida per due ragioni: la prima è che le parti non avevano stabilito quale dovesse essere la gravità dell'inadempimento né l'entità delle conseguenze pregiudizievoli per il proprietario che giustificassero il venir meno degli effetti dell'accordo; la seconda è che, a seguito dell'estinzione dell'accordo causata dall'inadempimento, il conduttore avrebbe dovuto versare al locatore a vario titolo delle somme ritenute dalla corte esorbitanti e irragionevoli. Per un altro esempio, v. *First Personnel Services Ltd v Halfords Ltd* [2016] EWHC 2155 (Ch).

<sup>46</sup> S. Rowan, *Abuse of Rights in English Contract Law: Hidden in Plain Sight?*, cit, p. 1085: «The high bar that is set by the court for invalidating a damages clause is a further indicator that the jurisdiction is concerned with abuse. It is designed to catch extreme and egregious cases at the far end of the spectrum. If there is some basis for overcompensation and the agreed amount is not 'wholly disproportionate', there is reluctance to find that a clause is penal».

<sup>47</sup> S. Rowan, *Abuse of Rights in English Contract Law: Hidden in Plain Sight?*, op. cit., pp. 1081-1082.

adozione di categorie giuridiche eccessivamente generiche, suggerisce che le differenze di fondo sulla questione dell'abuso del diritto tra ordinamenti di *common law* e di *civil law* siano destinate a venir meno.

Infatti, il diritto inglese è tradizionalmente resistente al riconoscimento di istituti dai tratti non precisamente delineati, tanto che in passato alcuni tentativi di elaborare norme giuridiche generali ed astratte a partire da regole specifiche, nate per disciplinare fattispecie concrete, sono falliti<sup>48</sup>. Il diritto inglese tende, invero, a svilupparsi attraverso “*piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness*”<sup>49</sup>, evitando norme giuridiche che esponano a rischi di indeterminatezza e difficoltà definitorie del concreto contenuto giuridico di un istituto e che rendano difficile o incerta l'applicazione dello stesso. È evidente che la nozione di *abuse of rights*, per la sua possibile ampiezza concettuale, potrebbe esporre a tale rischio<sup>50</sup>.

Tuttavia, nonostante non esista nell'ordinamento inglese una *doctrine* dell'*abuse of rights*, l'analisi dei casi illustrati testimonia la sostanziale applicazione di un divieto di abuso del diritto, ispirato da una *ratio* di solidarietà sociale. Per cui, dato il sempre più frequente riconoscimento e la maggior stigmatizzazione da parte della giurisprudenza di fenomeni che possono causare uno squilibrio nei rapporti tra i privati, il numero delle fattispecie concrete che configurano ipotesi di *abuse of rights* potrebbe essere ulteriormente accresciuto dalle future decisioni delle corti inglesi, determinando così l'aumento anche delle possibili forme di tutela giurisdizionale<sup>51</sup>.

Emerge allora che, anche in Inghilterra, tale divieto potrebbe arrivare a costituire in misura sempre maggiore, come avvenuto in Italia (v., *supra* §2), uno strumento per il rafforzamento di una solidarietà sociale che riconosca l'esercizio di un diritto come legittimo solo qualora non sia ingiustificatamente lesivo degli interessi di una parte contrattuale (o dei consociati in generale) e qualora non sia esercitato per un fine diverso da quello per cui esso è stato riconosciuto dall'ordinamento giuridico.

---

<sup>48</sup> È stato, ad esempio, respinto dalla House of Lords con la pronuncia *National Westminster Bank Ltd v Morgan* [1985] AC 686 (HL) il tentativo riconoscere una *general doctrine of inequality of bargaining power* che era stato avanzato da Lord Denning nel caso *Lloyds Bank Ltd v Bundy* [1975] QB 326 (CA).

<sup>49</sup> *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd* [1989] QB 433 (CA), v. 439 (Bingham LJ): «English law has, characteristically, committed itself to no such overriding principle but has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness. Many examples could be given. Thus equity has intervened to strike down unconscionable bargains. Parliament has stepped in to regulate the imposition of exemption clauses and the form of certain hire-purchase agreements. The common law also has made its contribution, by holding that certain classes of contract require the utmost good faith, by treating as irrecoverable what purport to be agreed estimates of damage but are in truth a disguised penalty for breach, and in many other ways».

<sup>50</sup> Sul punto, v. S. Rowan, *Abuse of Rights in English Contract Law: Hidden in Plain Sight?*, cit., p. 1091 s.

<sup>51</sup> Cfr. L. Panzani, *Abuso del diritto. Profili di diritto comparato con particolare riferimento alla disciplina dell'insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 716 s.

