

[in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, a cura di G. Maniaci, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 115-175]

L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*

GIORGIO PINO

Aut facio ad meam utilitatem et possum,
aut ad aemulationem et inhonestam
considerationem et non possum.

Baldo degli Ubaldi, XIV sec.

Nei suoi limiti e nella sua vocazione, la
dottrina dell'abuso finisce allora col
testimoniare l'antica miseria del diritto e
la pena del giurista che cerca di
riscattarla.

P. Rescigno, 1965

1. Premessa

A) In un rapporto giuridico che intercorre tra un debitore e un creditore, quest'ultimo non può frazionare la sua pretesa in una pluralità di azioni giudiziarie distinte: infatti, moltiplicando i giudizi per far valere *pro parte* la stessa ed unica pretesa creditoria si determina una illogica complicazione del meccanismo di esazione del credito, che crea il rischio di dare luogo a giudicati contraddittori, e si determina una "perversione" del rapporto giuridico originario, che è per sua natura unitario; il pregiudizio che in tal modo viene arrecato al debitore (costretto a subire una pluralità di azioni giudiziarie) non è giustificato da alcun interesse del creditore che sia meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico¹.

* Ringrazio Raul Calvo, Bruno Celano, Paolo Comanducci, Ernesto Garzón Valdés, Riccardo Guastini, Luigi Lombardi Vallauri, José Juan Moreso, Pablo Navarro, Aldo Schiavello e Vittorio Villa per i loro preziosi commenti.

¹ Cfr. Corte di Cassazione, sez. I civ., 14 novembre 1997 n. 11271, in «Corriere giuridico», 1998, pp. 540 ss.; cfr. anche Corte di Cassazione, sez. I civ., 23 luglio 1997 n. 6900, in «Foro italiano», 1998, I, c. 1582.

B) Il mancato o negligente uso, da parte del titolare di un diritto (di proprietà su un edificio), della facoltà di agire in difesa del proprio diritto, per rimuovere una situazione che risulti dannosa non solo per il titolare del diritto stesso (legittimato ad agire in giudizio), ma anche per altri, può costituire un uso anormale del diritto stesso ed essere fonte di responsabilità risarcitoria, perché attiene all'esercizio di ciascun diritto sostanziale la facoltà di farlo valere nell'ambito della legge che lo riconosce ed in confronto di chi ha posto o sta per porre in essere una situazione particolare contraria a quel diritto².

C) Nell'ambito di un contratto di apertura di credito, la banca, pur ricorrendo una giusta causa di recesso tipizzata dalle parti nel contratto, non può recedere con modalità del tutto imprevedute ed arbitrarie, tali da contrastare con la ragionevole aspettativa del cliente che, in base ai rapporti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista redditizia per il tempo previsto³.

Queste vicende sinteticamente riportate, tratte da alcune controversie decise da giudici italiani in tempi diversi negli ultimi decenni, pur se eterogenee tra loro esibiscono un tratto comune: in esse si è ritenuto che un soggetto, pur esercitando un proprio diritto espressamente riconosciuto dalla legge o da un contratto, non stesse in realtà perseguendo un fine meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, ed anzi realizzasse un obiettivo (o comunque un effetto) ad esso contrario, e che quindi non gli dovesse essere riconosciuta tutela in sede giurisdizionale. In altre parole, le vicende sopra descritte sono accomunate dalla circostanza che viene messa all'opera, nell'ambito della giustificazione di una decisione giudiziaria, una figura peculiare del pensiero giuridico: l'abuso del diritto, o meglio il divieto dell'abuso del diritto (dove ovviamente "diritto" deve intendersi come espressione ellittica per "diritto soggettivo").

Il problema dell'abuso del diritto può essere considerato dunque come una ipotesi in cui l'attribuzione di un certo diritto, effettuata in via generale ed astratta dall'ordinamento, finisce per disattendere nel caso concreto le finalità che la giustificano, o comunque finisce con il determinare una situazione che l'ordinamento non dovrebbe tollerare (in considerazione di qualche criterio di valutazione)⁴. Si tratta a ben vedere di una situazione speculare rispetto a quella, prevista da molti ordinamenti, dell'esercizio di un diritto come causa di giustificazione rispetto alla commissione di un reato: una fattispecie che in astratto è prevista dalla legge penale come reato viene "corretta" e diventa lecita se nel caso concreto la condotta antigiuridica costituisce al tempo stesso esercizio di un diritto.

² Cfr. Corte di Cassazione, sez. II civ., 15 novembre 1960 n. 3040, in «Foro italiano», 1961, I, cc. 256 ss.

³ Cfr. Corte di Cassazione, sez. I civ., 14 luglio 2000 n. 9321, in «Foro italiano», 2000, I, cc. 3495 ss.; cfr. anche Tribunale Roma 28 febbraio 1983, in «Foro italiano», 1984, I, c. 1986; Corte di Cassazione, 21 maggio 1997 n. 4538, in «Foro italiano», 1997, I, c. 2479.

⁴ Cfr. A. Gambaro, *Abuso del diritto*, cit., che in proposito parla di «fallimento della programmazione normativa».

2. *L'abuso del diritto in prospettiva teorica*

2.1. *L'abuso del diritto nella cultura giuridica (recente)*

La formula “abuso del diritto” figura da molto tempo nell’armamentario e nell’immaginario dei giuristi, tanto che si è parlato a questo proposito di uno dei «correttivi più noti»⁵ presente negli ordinamenti giuridici contemporanei. In alcuni ordinamenti (Svizzera, Germania, Spagna) esso è stato espressamente codificato o addirittura costituzionalizzato, in altri invece (Italia, Francia) ha conservato lo status di (controversa) creazione dottrinale. In ogni caso, la funzione della figura è di riporre un duttile strumento nelle mani dei giuristi (dei giudici e, con modalità diverse, dei dogmatici) al fine di introdurre un correttivo “*extra ordinem*” nella trama del diritto puramente legale, e ciò in forza di una delega che viene attribuita all’interprete dal legislatore oppure, a seconda dei casi, che l’interprete si auto-attribuisce⁶.

Nella cultura giuridica italiana, l’interesse per la figura dell’abuso del diritto ha seguito l’incerto andamento di un fiume carsico ovvero, se si vuole usare un’immagine ancora più suggestiva, ha assunto le sembianze dell’araba fenice⁷: l’interesse è emerso sporadicamente –probabilmente in maniera non casuale – in alcuni momenti della storia della nostra cultura giuridica, destando adesioni entusiaste e critiche anche aspre, per poi attraversare lunghi periodi di malinconico confino nel ripostiglio in cui il giurista ripone gli attrezzi che non gli servono più, perché sostituiti da altri più nuovi, più precisi, o forse solo più “alla moda”. Poiché la prospettiva che intendo adottare in questo paper non è primariamente di storiografia o di sociologia della cultura giuridica, non mi diffonderò sulle ragioni culturali del carattere altalenante dell’interesse (in positivo e in negativo) verso la figura dell’abuso del diritto da parte dei giuristi italiani, se non per introdurre la banale constatazione che, nel corso del Novecento, l’attenzione verso questa figura è stata risvegliata da quanti si sono fatti portatori di progetti di metodologia giuridica in senso ampio antiformalistici.

Così, per limitarci a pochi ma significativi esempi, agli inizi del Novecento troviamo alcuni appassionati interventi, sia dottrinali che giurisprudenziali, volti a stigmatizzare la possibilità che l’esercizio del diritto soggettivo venga piegato al “capriccio” e agli scopi egoistici del titolare, a

⁵ Così S. Patti, *Abuso del diritto*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sez. civile*, vol. I, Utet, Torino, 1987, pp. 1-9 (p. 1); cfr. anche A. Gambaro, *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. I, Istituto dell’Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, p. 1

⁶ Cfr. R. Sacco, *L’esercizio e l’abuso del diritto*, in G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarneri, U. Mattei, P. G. Monateri, R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, Torino, Utet, 2001, pp. 281-373 (spec. p. 321); S. Patti, *Abuso del diritto*, cit., p. 7, dove si riconduce la problematica dell’abuso al contrasto tra una visione «letterale» ed una «costruttiva» del codice civile.

⁷ L’immagine dell’araba fenice è evocata da G. Alpa, *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 76.

scapito del “sentimento di solidarietà” e della “funzione sociale” che permeano (dovrebbero permeare?) l’esercizio del diritto e specialmente del diritto di proprietà⁸. Negli anni Sessanta, in un clima di più generale rinnovamento della cultura civilistica italiana alla luce di valori e principi ricavabili dalla Costituzione repubblicana del 1948, ritroviamo una dotta e assai influente rivalutazione della teoria dell’abuso del diritto, utilizzata come istanza particolare di un più ampio programma metodologico antiformalistico, che poneva l’enfasi sul pluralismo giuridico e sui cosiddetti corpi sociali intermedi⁹. Alla fine degli anni Novanta, infine, la formula sembra conoscere una nuova fortuna, con l’apparire di una pluralità di interventi variamente favorevoli alla rivalutazione del divieto di abuso del diritto, improntati a svariate metodologie antiformalistiche (tra le quali si notano alcune riproposizioni del pluralismo e del solidarismo cattolico, e le suggestioni della analisi economica del diritto)¹⁰.

È probabile inoltre che l’interesse degli studiosi si acuisca anche nei prossimi anni, considerato che il divieto di abuso del diritto figura nella Carta europea dei diritti fondamentali (c.d. Carta di Nizza)¹¹. A dire il vero, comunque, l’infelice formulazione di questa disposizione non sembra implicare nulla di più della necessità di effettuare un bilanciamento o ponderazione fra i diversi diritti enumerati dalla Carta.

⁸ Le espressioni virgolettate sono tratte da A. Levi, *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti del diritto soggettivo*, Genova, 1912, spec. p. 95 (i limiti cui si riferisce l’autore nel sottotitolo sono di carattere etico, e ispirati ad esigenze di solidarietà sociale).

Ragguagli sulla vicenda, con interessanti riferimenti giurisprudenziali, in D. Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 415-426 (a proposito delle «tendenze anticoncettualistiche» nella civilistica italiana della prima metà del Novecento). Sulla parentesi antiformalistica apparsa nella cultura giuridica italiana dei primi del Novecento, sino ad allora massicciamente presidiata da due distinte forme di formalismo (la Scuola dell’Esegesi e la Pandettistica), si veda G. Tarello, *La Scuola dell’Esegesi e la sua diffusione in Italia* (1969), in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, il Mulino, Bologna, 1988, pp. 69-101 (spec. pp. 69-71, 100-101).

⁹ Il riferimento è soprattutto a P. Rescigno, *L’abuso del diritto*, in «Rivista di diritto civile», 1965, I, pp. 205 ss.

Per una ricostruzione del programma metodologico e gius-politico attribuibile ai giuristi di questa corrente, si veda G. Tarello, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete* (1972), in G. Visintini (a cura di), *Metodologia nello studio della giurisprudenza civile e commerciale. Antologia di saggi*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 17-57 (spec. pp. 38-40). Per alcuni cenni sulla stagione della “costituzionalizzazione” della cultura giuridica italiana, v. G. Pino, *Il diritto all’identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, il Mulino, Bologna, 2003, cap. I.

¹⁰ Nel 1997 appare un volume monografico della rivista «Diritto privato» dedicato all’abuso del diritto; del 1998 è la ripubblicazione in volume, con una postfazione, del saggio di Pietro Rescigno menzionato alla nota precedente (*L’abuso del diritto*, il Mulino, Bologna, 1998, pp. 11-114, da cui citerò).

¹¹ Si tratta dell’art. 54, intitolato *Divieto dell’abuso del diritto*: «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un’attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciute nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta» (l’articolo ricalca, inserendovi un richiamo espresso all’abuso del diritto, l’art. 17 della CEDU).

Nonostante l'apparente tecnicismo della questione, la figura dell'abuso del diritto ha suscitato (specialmente nel contesto di ordinamenti in cui il relativo divieto non è stato codificato) accese polemiche e entusiastiche adesioni, che hanno visto contrapporsi da una parte quanti, in nome della certezza del diritto, hanno rifiutato sdegnati la possibilità di subordinare l'esercizio di diritti soggettivi riconosciuti dalla legge ad uno standard tanto evanescente da dare luogo in maniera quasi inevitabile a decisioni giudiziali variabili caso per caso, e tendenzialmente imperscrutabili (in quanto basate, in ultima istanza, su scelte di valore irrimediabilmente soggettive); e dall'altra, quanti hanno abbracciato con favore questa figura in ragione del fatto che essa favorisce un'opera di moralizzazione, da parte del giurista, dell'arida lettera del diritto positivo¹².

Non solo: la discussione dogmatica sull'abuso del diritto ha chiamato a raccolta argomenti ancora più fondamentali relativi al modo di concepire la giustificazione filosofico-politica dell'organizzazione giuridica. Così, i sostenitori di una visione individualista e liberale, sul presupposto che compito dell'ordinamento è di assicurare il libero godimento dei diritti individuali (come sfere di libertà, al cui interno l'individuo è quasi un sovrano in miniatura), hanno stigmatizzato la figura come una pericolosa intrusione nell'ambito di libertà che l'ordinamento garantisce ai singoli tramite la legge generale e astratta, mentre i fautori di concezioni maggiormente orientate in senso "comunitarista" (ad esempio, di ispirazione sia cattolica che socialista) hanno sottolineato come l'esercizio dei diritti soggettivi non si possa risolvere nella sfera egoistica del titolare, ma debba inserirsi armoniosamente nella rete degli interessi perseguiti dalla comunità politica nel suo complesso, ed emergenti dalla "coscienza sociale". E così, accade che la figura dell'abuso del diritto venga considerata, dal punto di vista storico, come lo strumento che avrebbe determinato o agevolato una progressiva erosione del principio, tipico e anzi fondante degli ordinamenti giuridici borghesi-liberali, della assoluta discrezionalità e della immunità da ogni forma di controllo degli atti compiuti in nome della libertà e della autonomia privata, e che pertanto, nel corso del Novecento, avrebbe «consentito il passaggio da una "morale dell'economia" di stampo liberale ad una di tipo sociale»¹³.

L'accendersi di simili dispute attorno ad un argomento tanto settoriale non dovrebbe comunque stupire, ove si considerino quantomeno i due seguenti ordini di fattori.

In primo luogo, l'utilizzo in contesti giuridici di formule vaghe connotate in senso valutativo (ovvero di "espressioni vaghe socialmente tipiche"¹⁴) si presta sovente a dare adito ad accese polemiche ideologiche, e a vivaci reazioni emotive: basti ricordare, ad esempio, gli aspri dibattiti che hanno attraversato la

¹² Emblematiche in tal senso le parole conclusive del saggio di P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, cit., p. 144, riportate in epigrafe.

¹³ Così S. Patti, *Abuso del diritto*, cit., p. 8.

¹⁴ Così C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990, spec. cap. X.

civilistica europea riguardo alla figura del “buon padre di famiglia”, utilizzata come parametro di giudizio della condotta delle parti in alcuni rapporti giuridici¹⁵; a conferma di ciò, è stato osservato che «tutte le controversie suscitate dalla teoria dell’abuso, tutti i timori che essa ha suscitato circa l’invasione dei giudici della sfera delle libertà individuali, si sono acquietati non appena la stessa cosa è stata chiamata responsabilità per colpa»¹⁶.

In secondo luogo, la teoria del diritto soggettivo è per sua natura destinata ad affondare le radici nelle idee più fondamentali sull’organizzazione politico-giuridica: quantomeno dall’illuminismo giuridico in poi, la garanzia dei diritti soggettivi può essere considerata l’architrave e il banco di prova alla luce del quale valutare gli ordinamenti giuridici sotto il profilo della loro legittimità¹⁷.

La formula “abuso del diritto”, a dire il vero, ha qualcosa di misterioso, almeno per un giurista kelsenianamente “puro”. Come risulta a prima vista, e come verrà chiarito meglio nel seguito dell’esposizione, la peculiarità di questa figura deriva dal suo carattere paradossale, che lo fa assomigliare quasi ad un ossimoro: *prima facie*, infatti, all’esercizio di un diritto dovrebbe corrispondere uno spazio di libertà, disegnato dalle norme di un ordinamento giuridico che ascrivono quel diritto a determinati soggetti (o meglio, a determinate categorie di soggetti); pertanto, chi discorre di abuso del diritto parrebbe assumere la posizione paradossale e apparentemente contraddittoria che l’esercizio di una pretesa o di una libertà in astratto garantita dal diritto oggettivo costituisca, in un caso concreto, un fatto illecito o comunque antiggiuridico¹⁸. (Ai fini di questo saggio, userò le locuzioni “atto illecito” o “atto antiggiuridico” in un senso non strettamente tecnico, ossia senza collegarle necessariamente alle teoriche della responsabilità civile e risarcitoria: nel contesto della presente discussione,

¹⁵ Alcune indicazioni in proposito in S. Rodotà, *Diligenza (Diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 539-546 (spec. pp. 544-545); D. Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., pp. 278-288.

¹⁶ Così A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 478, che parla in proposito della «magia delle parole».

¹⁷ Si veda in proposito N. E. Simmonds, *Rights at the Cutting Edge*, in M. Kramer, N. E. Simmonds, H. Steiner, *A Debate over Rights. Philosophical Enquiries*, Clarendon, Oxford, 1998, pp. 113-232, 134, 138, dove si raffigurano le versioni classiche delle fondamentali teorie del diritto soggettivo (la teoria della volontà e la teoria dell’interesse) come basi per altrettante interpretazioni del significato morale dei sistemi di diritti (giuridici), e per altrettante teorie della legittimità politica e della struttura delle istituzioni politiche.

¹⁸ Sulla impossibilità “logica” di concepire l’abuso del diritto (considerato quindi una formula intrinsecamente contraddittoria), si veda ad esempio M. Rotondi, *L’abuso di diritto*, in «Rivista di diritto civile», 1923, pp. 104 ss.; F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1966⁹ (I ed. 1944), pp. 76 ss. (in base alla considerazione che il dovere di solidarietà fa parte strutturalmente del concetto di diritto soggettivo, e pertanto l’esercizio “abusivo” del diritto cade al di fuori del contenuto del diritto: una strategia argomentativa a dire il vero eroica); A. De Cupis, *Il danno*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1966, p. 32.

Si noti che le posizioni di questi autori intendono collocarsi su un piano concettuale, definitorio: non si limitano ad affermare che, in maniera contingente, l’ordinamento italiano non riconosce il divieto di abuso del diritto, piuttosto negano la possibilità stessa di concepire qualcosa come l’abuso del diritto.

infatti, è irrilevante stabilire se da un atto di esercizio “abusivo” di un diritto debba derivare una responsabilità risarcitoria, oppure l’inefficacia dell’atto (giuridico) compiuto: si tratta di un problema dogmatico, la cui soluzione è contingente rispetto ai singoli ordinamenti considerati, e che non inficia in alcun modo la discussione svolta nel testo).

2.2. *Un inventario di problemi*

Lo strumento “abuso del diritto” può essere maneggiato dai giuristi in modi diversi ovvero, usando assai liberamente una nota immagine wittgensteiniana, nel contesto di giochi interpretativi diversi¹⁹.

Nel gioco dell’applicazione giudiziale del diritto, esso è impiegato nel contesto della giustificazione di un provvedimento giudiziale (ossia, nella costruzione della premessa maggiore del sillogismo giudiziale), al fine di accreditare una specifica decisione relativa ad un caso concreto.

Nel gioco dell’interpretazione dottrinale, l’abuso del diritto può figurare sia nell’ambito di una attività “esegetica”, che si svolge a diretto contatto con specifici documenti legislativi (o comunque normativi) e che mira a proporre specifiche opzioni interpretative relative a classi di casi, sia nell’ambito di una attività “sistemica”, che mira a ricostruire e sistematizzare in maniera organica e ordinata un settore più o meno ampio dell’ordinamento giuridico (ad esempio con l’individuazione di un principio implicito).

Nel gioco della teoria del diritto, ossia della riflessione sui discorsi della giurisprudenza dogmatica e giudiziaria, e sui concetti (giuridici) che figurano in tali discorsi, il concetto di abuso del diritto viene sottoposto ad analisi al fine di chiarire “terapeuticamente” il suo ruolo e la sua portata nell’ambito dei discorsi dei giuristi, e di esplicitare le tecniche argomentative impiegate, i presupposti e gli obiettivi di chi utilizza (o anche di chi rifiuta) tale nozione, e così via: è quest’ultimo il gioco che si cercherà di giocare in queste pagine, e quindi vale forse la pena di precisarne l’ambito in maniera leggermente più diffusa.

Una ricognizione teorica del concetto di abuso del diritto è un discorso che include un’analisi di uno o più dei seguenti problemi²⁰: un problema “di

¹⁹ Cfr. L. Wittgenstein, *Ricerche filosofiche* (1953), Einaudi, Torino, 1967, §§ 48 ss.; Id., *Della certezza* (1969), Einaudi, Torino, 1978, § 65. Per una introduzione a queste tematiche wittgensteiniane, che qui si possono solo sfiorare, cfr. A. Kenny, *Wittgenstein*, Penguin, London, pp. 159-177.

Per una ricognizione di diversi possibili giochi interpretativi in ambito giuridico, si veda P. Chiassoni, *L’interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi*, in AA. VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Giuffrè, Milano 1990, pp. 121-161; Id., *Interpretive Games: Statutory Construction Through Gricean Eyes*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 1999. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino 2000, pp. 79-99.

²⁰ Seguo qui liberamente l’impostazione meta-metodologica di P. Chiassoni, *Lacune nel diritto. Appunti per una tipologia realistica*, in L. Triolo (a cura di), *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 23-71; Id., *Finzioni giudiziali. Progetto di voce per un vademecum giuridico*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 71-94.

definizione”, che, banalmente, riguarda l’individuazione della definizione del concetto di abuso del diritto che si decide di adottare in sede teorica; un problema “fenomenologico”, che riguarda le operazioni tipicamente svolte dai giuristi al fine di individuare i casi di abuso del diritto (fenomenologia descrittiva), e le operazioni cui sarebbe opportuno che essi facessero ricorso (o *non* facessero ricorso) per individuare in maniera corretta simili casi (fenomenologia prescrittiva); un problema “metodologico”, che riguarda le operazioni tipicamente svolte dai giuristi come conseguenza del caso di abuso del diritto rilevato, ossia la soluzione di diritto che essi stabiliscono in una sentenza o propongono *de sententia ferenda* per i casi di abuso (metodologia descrittiva), e le operazioni che essi dovrebbero, oppure *non* dovrebbero, effettuare in simili casi (metodologia prescrittiva).

Una ricognizione teorica del concetto di abuso del diritto può avere molteplici finalità, che possono peraltro concorrere nell’ambito di una medesima indagine. Ad esempio, può essere elaborata al fine di accreditare una certa concezione più generale sulla natura del diritto (oggettivo), con riferimento alla struttura del diritto, ai rapporti tra diritto e morale, alla defettibilità degli enunciati giuridici, e così via: in tal caso potremmo dire che l’analisi teorica si pone in una prospettiva “filosofica”²¹.

Oppure potrebbe avere una finalità marcatamente prescrittiva e stipulativa, indicando ai giuristi quali operazioni devono o non devono fare per accertare e risolvere i casi di abuso del diritto, pur non proponendo soluzioni precise relativamente a specifici casi concreti: in tal caso potremmo dire che l’analisi teorica si pone in una prospettiva “dogmatica” o di “alta dogmatica”²².

Oppure, ancora, potrebbe essere finalizzata a rendere conto delle manipolazioni interpretative e logico-argomentative cui i giuristi sottopongono gli enunciati del discorso delle fonti (in senso ampio) in materia di abuso del diritto, senza prendere posizione alcuna, tendendo così a risolversi in una “caccia alle ideologie”, come si diceva un tempo, o più in generale in una storiografia e/o sociologia della scienza giuridica: in tal caso potremmo parlare di una “meta-giurisprudenza descrittiva” (o, eventualmente, una meta-teoria

²¹ Ad esempio, l’indagine di M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Illicitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid, 2000, è apertamente finalizzata a corroborare una teoria del diritto che renda conto della struttura “a due livelli” del diritto: il livello delle regole e quello dei principi. Per una discussione, si veda J. J. Moreso, *Come far combaciare i pezzi del diritto*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 79-117.

Un altro esempio è rappresentato da François Ost, *Entre droit et non-droit: l’intérêt. Essai sur les fonctions qu’exerce la notion d’intérêt en droit privé*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1990, pp. 139-150, in cui l’analisi dell’abuso del diritto si inserisce in una più ampia indagine relativa al ruolo della nozione di interesse nel diritto (sul punto cfr. anche *infra*, § 4.2.).

²² Secondo la definizione di M. Jori, A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1988, p. 113.

descrittiva, a seconda del discorso-oggetto su cui il teorico esercita le sue arti analitiche)²³.

Oppure, infine, potrebbe avere una finalità ricostruttiva e, in un certo senso, “di servizio”: prendendo come punto di riferimento i discorsi dei giuristi positivi allorché si occupano di abuso del diritto (e quindi mutuando i risultati dell’analisi descrittiva appena vista), l’indagine procede ad una ricostruzione concettuale che li renda quanto più possibile precisi e teoricamente fecondi, esplicitando i presupposti teorici che condizionano, spesso in modo alquanto confuso, le varie opzioni dogmatiche, proponendo ri-definizioni dei concetti impiegati sia dalla giurisprudenza dogmatica che dalla giurisprudenza giudiziaria, e sgombrando il discorso dei giuristi positivi da eventuali oscurità, contraddizioni, intuizioni vaghe, ecc.: in tal caso potremmo dire che l’analisi teorica si pone in una prospettiva “meta-dogmatica in funzione teorica”, o di “meta-giurisprudenza (o meta-teoria) ricostruttiva”²⁴.

In questa sede, adotterò principalmente quest’ultima prospettiva. Nel prosieguo della trattazione (§§ 3.-6.) tenterò dunque di passare in rassegna i principali problemi teorici (di definizione, fenomenologici, metodologici), posti dalla figura dell’abuso del diritto, a partire da quello, pregiudiziale, della sua definizione. Solo alla fine (§ 8.), accennerò brevemente al problema dell’abuso del diritto dal punto di vista “deontologico”, che riguarda il fondamento e i limiti della dottrina dell’abuso nel diritto italiano: un problema non strettamente teorico ma dogmatico, o di alta dogmatica, ossia di ricognizione e ricostruzione di un (segmento del) diritto positivo vigente.

In relazione alla prospettiva qui adottata, quella della teoria del diritto, le riflessioni svolte in questo saggio non avranno come punto di riferimento esclusivo una specifica esperienza giuridica. Più precisamente, pur prendendo spunto prevalentemente dall’esperienza italiana, le osservazioni che svolgerò potranno essere estese anche ad altre esperienze giuridiche, caratterizzate dalla condivisione di alcuni tratti distintivi fondamentali: la preminenza di fonti legislative del diritto e la soggezione del giudice alla legge, con la conseguenza che i giudici non hanno ufficialmente una funzione creativa del diritto e devono adottare le proprie decisioni sulla base di norme preesistenti (in qualche senso) al giudizio, le quali devono essere utilizzate per la giustificazione

²³ Cfr. R. Guastini, *Immagini della teoria del diritto* (1994), in Id., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 3-13 (spec. pp. 12-13).

Purtroppo, indagini di questo tipo non sono molto praticate nella cultura giuridica italiana; punto di riferimento imprescindibile, e pressoché isolato, rimangono le ricerche di Giovanni Tarello: cfr. ad es. *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L’esperienza italiana dopo la Costituzione*, Comunità, Milano, 1972² (I ed. 1967); Id., *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, cit.; Id., *Dottrine del processo civile*, il Mulino, Bologna, 1989. Per un recente tentativo di imitazione, cfr. G. Pino, *Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analitica*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2003, 1, pp. 227-264.

²⁴ Cfr. R. Guastini, *Immagini della teoria del diritto*, cit., pp. 12-13; questo tipo di ricerca sembra coincidere con quella che Giacomo Gavazzi aveva denominato «teoria generale fatta dal basso»: cfr. G. Gavazzi, *L’onere. Tra la libertà e l’obbligo*, Giappichelli, Torino, 1985, pp. 8-9.

della decisione del caso concreto²⁵. In altre parole, il riferimento è ad esperienze giuridiche caratterizzate dal principio della legalità nella giurisdizione, e dalla distinzione tra organi autorizzati alla formulazione di regole generali ed astratte e organi demandati alla loro applicazione a casi concreti²⁶.

Dato questo contesto di sfondo, ai fini della mia analisi è - per il momento - irrilevante distinguere tra esperienze che hanno codificato il divieto di abuso del diritto ed esperienze nelle quali tale divieto ha solo lo *status* di principio implicito (salvo quanto si preciserà oltre, § 7.).

3. Un tentativo di definizione

Gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto, quali risultano da una rilevazione degli usi dottrinali e giurisprudenziali dell'espressione, sono i seguenti:

a) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto (non importa se persona fisica o giuridica);

b) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate (in altre parole, è difficile immaginare la possibilità di un abuso di diritto, se le modalità di esercizio di quel diritto sono rigidamente predeterminate dall'ordinamento);

c) la circostanza che l'esercizio concreto del diritto, anche se formalmente rispettoso della cornice legale attributiva di quel diritto, si sia svolto secondo modalità che risultano censurabili ("aberranti", "deprecabili", "abnormi", ecc.) rispetto ad un certo criterio di valutazione, giuridico o extragiuridico. Ovviamente, la determinazione dello specifico criterio di valutazione alla luce del quale giudicare abusivo l'atto di esercizio del diritto è l'elemento che contrassegna le diverse teorie dell'abuso del diritto che si contendono il campo;

d) la circostanza che, a causa del fatto che il diritto è stato esercitato secondo modalità censurabili (aberranti, deprecabili, abnormi, ecc.), si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio ricadente su una qualche "controparte".

Ad ogni passaggio di questa definizione si annida un grappolo di problemi, controversi sia in sede teorica che dogmatica; ovviamente, in questa sede sarà possibile esaminarli solo nella misura che rileva ai fini degli scopi che ci siamo proposti (una analisi teorica del concetto di abuso del diritto). In altre

²⁵ Si tratta di una versione dell'ideologia legale-razionale dell'applicazione giudiziale del diritto, di cui parla J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, edited by Z. Bankowski and N. McCormick, Kluwer, Dordrecht, 1992, cap. XIV.

²⁶ La distinzione è opportuna in quanto la teoria dell'abuso del diritto non ha cittadinanza in ordinamenti (come la *common law*, o il diritto romano classico) non caratterizzati da un analogo dualismo delle fonti: cfr. G. Grosso, *Abuso del diritto (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 161-163; A. Gambaro, *Abuso del diritto*, cit., p. 6.

parole, la discussione sugli elementi della definizione proposta sarà funzionale ad uno scrutinio più ravvicinato delle problematiche fenomenologiche e metodologiche relative all'abuso del diritto.

4. *Il diritto soggettivo*

Il primo elemento che occorre prendere in considerazione è, molto banalmente, la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto. Diversamente, ossia nel caso di (apparente) esercizio di un diritto da parte di un soggetto che in realtà non ne è titolare, non si tratterebbe di abuso, ma di usurpazione di un diritto²⁷.

Possiamo partire da una nozione minimale di diritto soggettivo: un diritto soggettivo è una pretesa garantita dall'ordinamento giuridico²⁸. L'attribuzione in via generale ed astratta di un diritto soggettivo rappresenta l'esito di una scelta di valore da parte dell'ordinamento: la scelta di formalizzare l'interesse sottostante (il "bene della vita", nella terminologia di alcuni giuristi) attribuendogli una determinata protezione giuridica.

Il vocabolario dei diritti è pertanto un vocabolario valutativo, dotato di una indubbia carica evocativa e simbolica, e questo vale non solo per quei diritti che sono il portato di lotte secolari e di conquiste fondamentali della civiltà occidentale, e dei quali pertanto siamo particolarmente gelosi e orgogliosi, come i diritti umani o diritti fondamentali²⁹: la titolarità di un *qualunque* diritto, anche di contenuto meramente patrimoniale, assicura al titolare la possibilità di respingere pretese altrui (contrarie al contenuto del proprio diritto) in quanto infondate alla luce dell'ordinamento giuridico di riferimento.

Pertanto, chi acquista la titolarità di un diritto, anche a contenuto meramente patrimoniale, non gode solo dell'utilità corrispondente al valore economico di quel diritto: acquista altresì il valore (non necessariamente valutabile in termini strettamente economici) derivante dalla soddisfazione di sapere che la propria posizione è regolare³⁰.

Notoriamente, sulla funzione simbolica del concetto di diritto soggettivo si sono appuntate le critiche corrosive dei realisti scandinavi, che hanno

²⁷ Cfr. A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 490; M. Taruffo, *Elementi per una definizione di «abuso del processo»*, in «Diritto privato», 1997, pp. 435-457; R. Sacco, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, cit., p. 322.

²⁸ N. MacCormick, *Rights, Claims and Remedies*, in «Law and Philosophy», 1982, pp. 337-357 (spec. p. 355); R. Guastini, *Diritti* (1995), in Id., *Distinguendo*, cit., pp. 147-156.

²⁹ Su cui vedi ora F. Viola, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2000; G. Palombella, *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Laterza, Roma-Bari, 2002.

³⁰ Cfr. N. MacCormick, *Rights, Claims and Remedies*, cit., p. 341: «That I have a right to do something implies at least that doing it is not wrong»; M. Graziadei, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarneri, U. Mattei, P. G. Monateri, R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, cit., pp. 3-102 (spec. 29 ss.).

denunciato le radici irrazionali e perfino magiche di questo modo di pensare. Secondo Karl Olivecrona, in particolare, l'aura valutativa ed emotiva che circonda il diritto soggettivo deriva per un verso dall'oggettivazione del senso di sicurezza, che l'individuo sperimenta a causa della protezione offerta dall'ordinamento giuridico, e per altro verso da un senso di potere che si è sedimentato nella psicologia delle persone, a causa della concezione magico-religiosa del mondo che caratterizzava il pensiero primitivo e che in qualche misura continua a sopravvivere³¹.

Ci si potrebbe chiedere se vi siano teorie del diritto soggettivo che preparino più di altre il terreno alla teorica dell'abuso del diritto; in altre parole, ci si può chiedere quale teoria del diritto soggettivo venga normalmente impiegata o presupposta in sede dogmatica o giudiziaria quando si fa ricorso alla formula dell'abuso del diritto. Una risposta a questo quesito richiede di ripercorrere, sebbene sinteticamente, il panorama delle principali teorie elaborate per spiegare il concetto del diritto soggettivo.

Mi limiterò ad indicare come maggiormente rappresentative la teoria della volontà e la teoria dell'interesse, cercando di considerarle come altrettante posizioni teoriche tendenzialmente unitarie e coerenti e non invece (come pure sarebbe più appropriato) come famiglie di teorie con svariate articolazioni interne e perfino commistioni reciproche³²; infine, prenderò brevemente in considerazione una teoria "riduzionista" del diritto soggettivo come quella di Hans Kelsen.

4.1. *La teoria della volontà*

Secondo la teoria della volontà, il diritto soggettivo consiste in un potere (una "signoria della volontà") attribuito ad un soggetto, o meglio consiste nella garanzia di una sfera di azione in cui la volontà del titolare del diritto regna sovrana: il diritto soggettivo assolve alla funzione di delimitare l'ambito entro cui la volontà individuale «domina indipendente da ogni volontà altrui», e all'interno del quale, pertanto, il titolare può progettare le proprie attività in maniera libera e sicura³³. La teoria della volontà ha ascendenze kantiane, e

³¹ K. Olivecrona, *Law as Fact*, Munksgaard, Copenhagen, 1939, trad. it. *Il diritto come fatto*, a cura di S. Castignone, Giuffrè, Milano, 1967, p. 96; sulla concezione dei diritti soggettivi nel realismo giuridico, e in particolare in Olivecrona, v. M. La Torre, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Giuffrè, Milano, pp. 265-296; S. Castignone, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1998, pp. 175-181.

³² Un esame più preciso delle varie articolazioni interne delle due famiglie di teorie può leggersi in M. La Torre, *Disavventure del diritto soggettivo*, cit., spec. capp. IV e VI.

Per una approfondita ricostruzione di una analoga divisione ("Will Theory" vs. "Interest Theory") che ha attraversato la cultura giuridica anglosassone, vedi B. Celano, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2001*, cit., pp. 1-70.

³³ Cfr. M. Graziadei, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, cit., p. 37; la citazione virgolettata è ripresa da F. C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale* (1840), trad. it. di V. Scialoja, Utet, Torino, 1886, pp. 336-337.

tende a delineare il sistema dei diritti soggettivi come tendenzialmente coerente, e disciplinato da regole precise che non lasciano spazio per eccezioni o conflitti: le regole delineano le sfere di libertà e di autonomia che spettano ai titolari dei diritti, e all'interno di quelle sfere di libertà e di autonomia i titolari dei diritti, concepiti come agenti morali razionali, possono compiere le scelte che preferiscono (anche la scelta di non usare il diritto, o di non agire in giudizio per far valere una violazione del diritto)³⁴.

La teoria dei diritti come signoria della volontà si diffonde nella cultura giuridica europea in parallelo con il successo del liberalismo economico di stampo ottocentesco, e influenza profondamente le codificazioni borghesi, quantomeno nelle materie dotate di più diretta rilevanza economica (ad esempio la proprietà, e il rapporto di lavoro). L'attribuzione di sfere di libertà ai soggetti di diritto (nonostante che il soggetto di diritto fosse, in quell'epoca, una astrazione affatto ingannevole) è considerata la tecnica ideale per assicurare l'armonia degli interessi particolari, che con sano egoismo possono concorrere alla massimizzazione dell'interesse generale: «i diritti soggettivi sono conferiti al privato a suo esclusivo vantaggio e profitto, in libera concorrenza con gli altri soggetti. Il principio del rispetto dei corrispondenti diritti ed esigenze altrui dovrebbe essere sottinteso»³⁵.

Nell'ambito di una teoria della volontà, al titolare del diritto è dunque riconosciuta una sfera di azione, che rende in linea di principio insindacabili le condotte che si attuano all'interno di quella sfera: la scelta di garantire quella sfera di libertà è già stata fatta a monte, dal legislatore, e subordinare l'esercizio concreto dei diritti ad ulteriori considerazioni, rimesse *a posteriori* alla valutazione dell'interprete, renderebbe quella sfera di libertà inevitabilmente incerta e priva di contenuto. Tra l'altro, questo si ricollega all'affermazione fatta poco sopra, secondo cui nell'ambito di questa concezione i diritti sono disciplinati essenzialmente da regole: ossia, nella terminologia di Frederick Schauer (ma si tratta ovviamente di una terminologia estranea a questo contesto), da generalizzazioni trincerate, che resistono anche di fronte ad una esperienza recalcitrante³⁶; rimettere la disciplina dei diritti ad un congiunto di regole significa che l'interprete non potrà prendere in considerazione alcun

³⁴ Cfr. N. E. Simmonds, *Rights at the Cutting Edge*, cit., p. 145; L. Ross Meyer, *Unruly Rights*, in «Cardozo Law Review», vol. 22, 2000, pp. 1-50.

³⁵ Così A. De Vita, *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea. Analisi comparata del diritto francese*, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 175-176.

³⁶ F. Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford, 1991, trad. it. *Le regole del gioco. Un'analisi delle decisioni prese secondo regole nel diritto e nella vita quotidiana*, a cura di C. Rustici, il Mulino, Bologna, 2000, p. 131.

Schauer sembra comunque ammettere che in alcuni casi le regole possano avere una forza normativa "presuntiva" anziché "conclusiva", ossia che possano ammettere (o anche imporre) che l'interprete valuti considerazioni ulteriori che possono anche condurre a disapplicare la regola o ad applicarla a casi da essa non previsti (sul punto P. Chiassoni, *Giocare secondo le regole*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2001, pp. 1177-1189, 1181). Ma non è del tutto chiaro in quali occasioni questo accada, e come tali eccezioni si inseriscano nella distinzione tra regole imperative e regole di esperienza.

altro fattore (interesse sociale, ponderazione di interessi, equità del caso concreto, ecc.) oltre a quelli indicati dalle regole stesse.

In questo quadro, dunque, non vi è spazio per un giudizio *a posteriori* in termini di abusività della condotta del titolare, tranne forse che per l'ipotesi in cui tale condotta sia stata diretta intenzionalmente ed esclusivamente a causare un danno ad altri; ma, così intesa, la teorica dell'abuso del diritto ha un ambito di applicazione alquanto ristretto, tanto da venirne sostanzialmente sterilizzata e resa ineffettiva³⁷.

4.2. *La teoria dell'interesse*

Nell'ambito della teoria dell'interesse, il diritto soggettivo è, appunto, un interesse protetto dall'ordinamento giuridico. Questa definizione è poco più che tautologica, e per comprendere meglio la portata della versione standard della teoria dell'interesse occorre precisarne alcuni aspetti.

Innanzitutto, tra diritti e interessi non vi è un rapporto biunivoco: ad ogni "interesse" non corrisponde un "diritto"; peraltro, "interesse" nel linguaggio comune ha una connotazione moralmente neutra se non quasi peggiorativa ("gruppi di interesse", "conflitto di interessi", ecc.), mentre come abbiamo visto "diritto" ha una connotazione valutativa positiva e quasi simbolica. Quindi queste teorie intendono sottolineare che il diritto soggettivo rappresenta l'esito di una selezione, da parte della comunità politica di riferimento (ovvero, da parte dell'ordinamento giuridico) di interessi meritevoli di protezione da parte del diritto: questi ultimi possono a loro volta avere natura individuale oppure collettiva, o entrambe le cose³⁸.

In secondo luogo, l'interesse che viene riconosciuto e protetto dal diritto non deve intendersi come uno specifico interesse contingente di qualche specifico titolare del diritto, ma è piuttosto un interesse astratto e "oggettivato", anche perché se l'individuazione dell'interesse fosse rimessa al singolo titolare del diritto, allora non vi sarebbe di fatto alcuna differenza tra questa teoria e quella della volontà (questo profilo è stato talvolta preso di mira dai critici della teoria dell'interesse, con l'ingenua osservazione che può ben accadere che il titolare di un diritto non abbia davvero un interesse all'oggetto di quel diritto). Pertanto, l'interesse individuale e concreto è tutelabile da parte dell'ordinamento giuridico in quanto sia conforme con l'interesse astratto per il cui perseguimento il diritto è concesso, e l'interesse che il diritto protegge è un

³⁷ Si noti che questa sembra essere l'ispirazione dell'art. 833 c.c., sul divieto di atti emulativi: «Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri». E infatti questa disposizione è restata, nella pratica, lettera morta: cfr. A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 482: «da casistica [sul divieto di atti emulativi, ndr] assume le sembianze di una magra fila di fantasmi».

³⁸ Cfr. P. G. Monateri, *Diritto soggettivo*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sez. civile*, vol. IV, Utet, Torino, 1990, pp. 411-433 (spec. p. 420); R. Alexy, *Individual Rights and Collective Goods*, in C. Nino (ed. by), *Rights*, Aldershot, Dartmouth, 1992.

interesse oggettivo (o meglio: oggettivato), la cui titolarità può ricadere tanto su singoli individui quanto sulla collettività nel suo complesso.

Infine, in maniera speculare rispetto a quanto detto poco sopra sul rapporto tra teoria della volontà e disciplina giuridica basata su regole, la teoria dell'interesse tende a porre maggiormente l'accento su una disciplina dei diritti basata su principi, o comunque su standard giuridici più generali e fluidi (fino al caso estremo dell'"interesse generale"): considerazioni relative alla tutela di un certo interesse (individuale o collettivo) possono entrare in conflitto con considerazioni relative alla promozione di un altro interesse (individuale o collettivo). In tal modo, diritti soggettivi possono confliggere tra loro, o entrare in conflitto con considerazioni di interesse generale, con la conseguenza di esporre le regole che ne disegnano i contorni alla possibilità di revisioni caso per caso (poiché occorre commisurare costantemente l'ambito di applicazione delle regole che disegnano la disciplina positiva dei diritti alla portata degli "interessi" che esse sono chiamate a proteggere)³⁹; così, ad una logica binaria del permesso e del proibito del tipo "tutto-o-niente", che abbiamo ritenuto di rinvenire nell'ambito della teoria della volontà, si sostituisce qui una percezione gradualista della legittimità giuridica⁴⁰.

Se quanto detto è vero, allora pare evidente che è nell'ambito di una concezione del diritto soggettivo come interesse protetto dall'ordinamento che si trovano i mattoni per costruire una teoria dell'abuso del diritto⁴¹. Infatti, la traduzione dell'interesse in termini oggettivi e astratti ha l'effetto di aprire la strada alla possibilità di controlli e limiti (specialmente in sede interpretativa e applicativa) sulle modalità di esercizio dei diritti da parte dei privati, in vista appunto della conformità del concreto esercizio del diritto all'interesse astratto sotteso al diritto stesso. Il diritto soggettivo viene così inquadrato in un'ottica di tipo teleologico⁴², che trascende l'utilità individuale del singolo titolare del diritto e lo riporta invece ad una funzione sociale⁴³. L'esercizio di un diritto

³⁹ Cfr. N. E. Simmonds, *Rights at the Cutting Edge*, cit.: «within an interest-based theory, however, the resolution of such conflicts [conflitti tra diritti, ndr] will necessitate recourse to the general balancing of interests that underlay the enactment of rules in the first place. It seems hard to avoid the conclusion that the decision will have to be shaped by considerations drawn from the collective project» (p. 145); L. Ross Meyer, *Unruly Rights*, cit., pp. 7-9.

⁴⁰ Cfr. F. Ost, *Entre droit et non-droit: l'intérêt*, cit., p. 146.

⁴¹ Cfr. G. Paton, *A Text-Book of Jurisprudence*, 3rd edition by D. Derham, Clarendon, Oxford, 1964, p. 428: «to carry the doctrine [dell'abuso del diritto, ndr] to its logical end we should have to dethrone the individualist theory of rights and use as a test the measure by which that particular exercise was useful to the community».

L'adesione alla concezione del diritto soggettivo come interesse protetto è evidente, ad esempio, nel principale esponente francese della dottrina dell'abuso del diritto: L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1927.

⁴² Cfr. F. Ost, *Entre droit et non-droit: l'intérêt*, cit., p. 141: «Le paradoxe [che l'esercizio di un diritto sia illecito, ndr] s'explique s'il l'on admet que le droit subjectif n'est pas une fine en lui-même; plutôt un moyen en vue de l'intérêt qu'il consacre (tantôt l'intérêt du titulaire, tantôt celui de tiers, tantôt les deux)».

⁴³ Cfr. S. Patti, *Esercizio del diritto*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sez. civile*, vol. VII, Utet, Torino, 1991.

soggettivo non è un *trump* che mette immediatamente fuori gioco ulteriori considerazioni, ma anzi deve confrontarsi e armonizzarsi con altri diritti e interessi concorrenti, incluso, in ipotesi, l'interesse generale.

Questa caratteristica, per cui l'“utilità” derivante dalla attribuzione di diritti soggettivi trascende l'ambito particolare del titolare del diritto stesso, diventa addirittura preminente nel caso dei cosiddetti “diritti-funzione” ovvero, con terminologia maggiormente familiare ai giuristi italiani, nelle potestà: si tratta di quei diritti-poteri attribuiti ad un soggetto per il perseguimento di un interesse di un altro soggetto (ad esempio, in ambito familiare). Ma secondo chi aderisce a questa concezione si tratta di un elemento comune in ultima analisi a tutti i diritti soggettivi⁴⁴.

4.3. Hans Kelsen

L'elaborazione del concetto di diritto soggettivo di Hans Kelsen rappresenta l'applicazione ad un concetto specifico della sua costruzione teorica più generale, nonché dei postulati metodologici della purezza della scienza giuridica.

Kelsen in primo luogo fa giustizia sommaria delle “teorie tradizionali”, sottolineando che “volontà” e “interesse” sono nozioni meramente extragiuridiche o pregiuridiche, e come tali non possono entrare nel novero dei concetti di una scienza “pura” del diritto; l'unico modo scientifico di parlare di diritti soggettivi senza ricadere in qualche forma di cripto-giusnaturalismo, secondo Kelsen, consiste nel ricondurre il diritto soggettivo al diritto oggettivo, ossia ad una norma strutturata in forma canonica (dotata di sanzione). In quest'ultima prospettiva, è possibile allora distinguere due nozioni di diritto soggettivo: il diritto soggettivo “in senso lato” e il diritto soggettivo “in senso tecnico”⁴⁵. Nel primo senso, “diritto soggettivo” è correlato di obbligo, ed anzi è la conseguenza dell'esistenza, in capo ad un altro soggetto, di un obbligo istituito da una norma (che impone una sanzione per la violazione di quell'obbligo). Nel secondo senso, “diritto soggettivo” è una formula che

⁴⁴ Questa prospettiva è stata riproposta, in chiave diversa, da alcune correnti di *Law and Economics*, che sottolineano il fatto che l'attribuzione delle posizioni soggettive di vantaggio (gli *entitlements*) deve essere ispirata alla massimizzazione del benessere generale; la conseguenza è che «tutte le posizioni soggettive di vantaggio vengono attribuite ai singoli in vista di uno scopo parzialmente od interamente metaindividuale»: così A. Gambaro, *Abuso del diritto*, cit., p. 1, con riferimento a G. Calabresi, A. Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability. One View of the Cathedral*, in «Harvard Law Review», 1972, vol. 85, pp. 1089 ss.; cfr. anche F. Denozza, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2002, cap. I.

⁴⁵ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Leipzig und Wien, 1934, trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di R. Treves, Einaudi, Torino 1952, pp. 83-87; Id., *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Wien, 1960, trad. it. *La dottrina pura del diritto*, a cura di M. Losano, Einaudi, Torino, 1966, 1990, p. 148-168.

Per una discussione di queste tematiche, cfr. B. Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, il Mulino, Bologna, 1999, pp. 218-238.

Per una applicazione della teoria kelseniana nella civilistica italiana, cfr. N. Irti, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Cedam, Padova, 1990⁴.

riassume la situazione in cui il diritto oggettivo prevede che l'esecuzione della sanzione sia condizionata ad una manifestazione di volontà da parte di un certo soggetto (ad esempio, un creditore, o un proprietario, ecc.), il quale in tal modo mette in movimento il meccanismo coercitivo del diritto.

In una teoria kelseniana del diritto soggettivo non vi è alcuno spazio per la teorica dell'abuso del diritto (si tratta di una mia ricostruzione, di un esperimento mentale: a quanto mi risulta, Kelsen non si è mai occupato esplicitamente della questione), e per ragioni facilmente individuabili. Infatti, la riduzione del diritto soggettivo a mero riflesso di un obbligo esclude in senso "logico" la possibilità di parlare di abuso: in questa prospettiva, un diritto non è qualcosa che il titolare "ha" e che può "usare" in un modo o nell'altro: l'obbligo è l'elemento primario del rapporto tra il titolare del diritto e il soggetto obbligato, e non c'è niente che il titolare possa esigere dal soggetto obbligato che non sia già previsto dalla norma che impone l'obbligo a quest'ultimo soggetto.

Si potrebbe obiettare che questa osservazione riguarda solo uno dei possibili concetti di diritto soggettivo utilizzati da Kelsen: e abbiamo visto che per Kelsen "diritto soggettivo" significa anche la possibilità di partecipare al processo di creazione del diritto oggettivo innescando il meccanismo della coercizione ("diritto soggettivo in senso tecnico"), e in questa accezione il diritto soggettivo è qualcosa di più o, comunque, di diverso del correlato di un obbligo⁴⁶. Ma anche in quest'ultima, più ampia accezione Kelsen non può ammettere la nozione di abuso del diritto, e ciò a causa dei postulati metodologici della sua teoria, ovvero della duplice purezza della dottrina pura kelseniana: infatti, per un verso l'abuso del diritto attiene al momento del godimento del diritto stesso (all'interno di uno schema formale disegnato da una norma), e pertanto la circostanza che il titolare del diritto persegua finalità diverse e "abnormi" rispetto a quelle imputabili alla norma è del tutto estrinseca rispetto al concetto del diritto soggettivo, è un mero dato materiale e sociologico che non incide sulla struttura formale del diritto che è l'unica che interessa dal punto di vista di una scienza giuridica kelseniana. Per altro verso, squalificare come moralmente aberrante l'atto di esercizio di un diritto appartiene alla valutazione morale del diritto stesso, e anche questo tipo di valutazione è estraneo ad una trattazione scientifica del diritto⁴⁷.

Nell'ambito della dottrina pura, dunque, l'abuso del diritto si risolve in una "lacuna ideologica": nella sovrapposizione dell'ordinamento quale esso è

⁴⁶ Cfr. B. Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., p. 223.

⁴⁷ Non prenderò in esame qui un'ulteriore spiegazione (proposta da M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Illicitos atípicos*, cit.) dell'impossibilità di Kelsen di spiegare la figura dell'abuso del diritto, che si basa sulla circostanza che la dottrina pura non include la distinzione tra regole e principi; si tratta comunque di un rilievo che ritengo assorbito dalla pregiudiziale kelseniana della purezza metodologica.

ad un diverso ordinamento che corrisponde ai *desiderata* dell'interprete⁴⁸. Vedremo tra breve come sfruttare questa intuizione kelseniana.

4.4. Robert Alexy

In chiave costruttiva, si può chiudere questo breve esame delle teorie del diritto soggettivo richiamando una proposta, a mio parere convincente, di Robert Alexy⁴⁹. Alexy propone una analisi a tre livelli della nozione di diritto soggettivo, che ci tornerà particolarmente utile in seguito (§§ 6. e 7.): al primo livello vi è la giustificazione del diritto, che può consistere tanto nell'assicurare una sfera di autonomia al titolare del diritto, quanto nel perseguire un interesse giudicato meritevole (e peraltro, la giustificazione di un diritto può anche derivare da più principi di giustificazione concorrenti); al secondo livello vi è la relazione giuridica tra il titolare del diritto, il destinatario del diritto e l'oggetto del diritto: tale relazione è fondata su una norma, che può avere la forma di una regola oppure di un principio; al terzo livello vi è la coercibilità del diritto soggettivo.

Come ha notato esattamente Alexy, il limite principale delle due famiglie di teorie del diritto soggettivo (come signoria della volontà e come interesse protetto) consiste nel trasformare in elemento *concettuale*, ossia, in elemento interno alla definizione del diritto soggettivo, qualcosa che in realtà appartiene alla *giustificazione* del diritto soggettivo stesso. L'attribuzione ad un individuo (ad una classe di individui) di un ambito garantito di libera scelta, oppure la protezione di un interesse (individuale o, seppure indirettamente, collettivo) non fanno parte del concetto o meglio della struttura del diritto soggettivo, ma possono essere ragioni o giustificazioni per l'attribuzione, da parte dell'ordinamento, di diritti soggettivi.

In tal modo, si può spiegare agevolmente la possibilità che nella disciplina dei diritti soggettivi confluiscono sia principi che regole, nonché la possibilità che un diritto soggettivo trovi la sua giustificazione in più principi concorrenti (ad esempio, il diritto di proprietà privata può trovare fondamento nella promozione dell'autonomia individuale, e nell'interesse collettivo alla promozione di un'economia di libero mercato; la libertà di espressione può trovare fondamento sia – nuovamente – nella promozione dell'autonomia individuale, sia nell'interesse collettivo in quanto strumento indispensabile all'autogoverno democratico).

In seguito proveremo a recuperare questa idea di Alexy ai fini di una ricostruzione teorica della problematica dell'abuso del diritto.

⁴⁸ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pp. 126-127; Id., *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 280.

⁴⁹ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt, 1986, trad. cast. a cura di E. Garzón Valdés, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 173-185; Id., *Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse*, in «Ratio Juris», 1992, pp. 143-152.

5. L'atto di esercizio del diritto

Ebbene, un presupposto affinché si possa verificare una simile “situazione cui l'ordinamento dovrebbe reagire” è che il legislatore non abbia già previsto *a priori* le modalità materiali tramite cui il titolare della posizione di vantaggio può concretamente goderne.

Si pensi a diritti attribuiti da regole del seguente tenore: «l'imprenditore ha il diritto di collocare i dipendenti in cassa integrazione, sulla base del loro ordine di anzianità», «il diritto di recesso da un rapporto giuridico a tempo indeterminato può essere esercitato con un preavviso di sessanta giorni o in presenza di giusta causa», «il creditore ha il diritto di esigere gli interessi nella misura del 2% annuo». In simili casi, il legislatore ha predeterminato *sia* a chi spetta un certo beneficio (una posizione di vantaggio garantita dall'ordinamento), *sia* le modalità tramite le quali il titolare del diritto potrà assicurarsi quel beneficio (l'esercizio del diritto). In questi casi, l'attribuzione del diritto è bifronte: il titolare può scegliere se esercitarlo o meno ma, in caso positivo, potrà esercitarlo soltanto nelle modalità previste dal legislatore, e pertanto non sarà possibile affermare che l'esercizio concreto del diritto frustra (contrasta con) gli scopi morali, economici, sociali, ecc., della norma attributiva del diritto stesso, o la funzione “intrinseca” dell'istituto⁵⁰. (Un possibile controesempio potrebbe però verificarsi nel caso di un diritto la cui disciplina legislativa – dettagliata – sia molto risalente nel tempo, in modo che la puntuale o puntigliosa osservanza di essa finisca per frustrare la funzione attribuita successivamente all'istituto in via di interpretazione evolutiva o adeguatrice).

Inoltre, negli esempi indicati, se l'imprenditore non tiene conto dell'anzianità ai fini del collocamento dei dipendenti in cassa integrazione, o se la parte di un rapporto giuridico a tempo indeterminato recede senza un preavviso di sessanta giorni o in assenza di giusta causa, o infine se il creditore esige un interesse superiore al 2%, allora non si ha abuso del diritto, ma una condotta illecita *tout court* (talvolta di parla in proposito di “eccesso dal diritto”, ossia di superamento dei limiti normativi che circoscrivono l'esercizio del diritto).

In breve, l'operatività della dottrina dell'abuso del diritto è neutralizzata in presenza di una disciplina normativa puntuale e puntigliosa.

Viceversa, se le modalità di esercizio del diritto non sono predeterminate, o non sono predeterminate con sufficiente precisione («il creditore ha il diritto di esigere l'esatto adempimento della prestazione dedotta in contratto»; «il proprietario ha il diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed

⁵⁰ E infatti è stato osservato, ad esempio, che nella materia delle distanze legali tra costruzioni, puntigliosamente disciplinata a livello legislativo, l'operatività meccanica di regole predeterminate toglie ogni possibilità di ricorso alla teoria dell'abuso del diritto: cfr. R. Cooter, U. Mattei, P. G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, il Mulino, Bologna, 1999, p. 111; A. Palmieri, M. Caputi, *Distanza delle costruzioni dalle vedute: misure fisse o modello variabile?*, in «Foro italiano», 2000, I, c. 353.

esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico» (art. 832 c.c.); «tutti hanno il diritto di manifestare il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione» (art. 21 cost.)), allora è possibile che si verifichino atti di esercizio del diritto che “pervertono” la funzione o il “senso” del diritto stesso (alla luce di un criterio da precisare): l'abuso finisce dunque per risolversi in un «cattivo esercizio di un potere discrezionale»⁵¹. E peraltro, da un punto di vista storico, la figura dell'abuso del diritto è stata invocata proprio in casi in cui le modalità dell'esercizio del diritto non erano state specificate in sede legislativa, lasciando una parte del rapporto in balia, in modo eclatante, della controparte (tipicamente, il recesso *ad nutum* dell'imprenditore nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato).

Più in generale, questo profilo della dottrina dell'abuso emerge chiaramente a proposito dei cosiddetti diritti potestativi, ossia diritti il cui oggetto consiste nella possibilità da parte del titolare di modificare, con una propria manifestazione di volontà, la propria e l'altrui posizione giuridica: diritti talvolta denominati “acausali” o (con terminologia mutuata dalla civilistica francese) “discrezionali”, in quanto il loro esercizio non è di regola assoggettato alla sussistenza di particolari ragioni sostanziali (il ricorrere di una “giusta causa” o simili), e ai quali corrisponde una mera soggezione della controparte. Ebbene, la teoria dell'abuso del diritto è stata massicciamente utilizzata per sottoporre l'esercizio di questi diritti ad un sindacato giudiziale sulla base di parametri di giustizia o correttezza, che formalmente non erano stati previsti dal legislatore⁵².

Una delle conseguenze di quanto appena detto, è che la categoria dell'abuso del diritto può essere applicata anche ai diritti di libertà (ad esempio, i diritti e le libertà fondamentali previsti nelle costituzioni), proprio perché le libertà hanno un contenuto indefinito e rendono quindi possibili situazioni in cui una determinata condotta, che consiste nell'esercizio di una libertà costituzionale, si risolva nella compressione di un diritto o una libertà altrui. A ben vedere, anzi, questa è una caratteristica quasi connaturale ai diritti costituzionali, che inevitabilmente portano con sé la necessità di operare

⁵¹ Così M. Taruffo, *Elementi per una definizione di «abuso del processo»*, cit., p. 442.

La posizione di Taruffo non è però condivisibile, alla luce di quanto sostenuto nel testo, quando nega – stranamente – che «si possa sensatamente parlare di abuso di un potere discrezionale quando la discrezionalità è illimitata, ossia quando tutte le scelte possibili sono ammesse, e quindi tutte le alternative sono “indifferenti” e perfettamente fungibili o intercambiabili»; da ciò conseguirebbe che «più ridotto è l'ambito della discrezionalità, ossia la varietà delle ipotesi ammesse, maggiore è il rischio che scelte discrezionali vengano compiute in modo scorretto, esorbitando dai limiti della discrezionalità consentita» (*ivi*, p. 443).

⁵² Cfr. P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, cit., p. 86: «La dottrina dell'abuso di diritto avverte i legami che corrono tra l'abuso e la mancanza di giusta causa; essa sottolinea come la giusta causa, il motivo legittimo siano la ‘pietra di paragone’ o l'‘antidoto’ dell'abuso. Qui [...] interessa ribadire come l'esigenza della giusta causa si riveli lo strumento necessario per temperare l'esercizio assolutamente discrezionale dei diritti cosiddetti potestativi» (corsivi aggiunti).

complesse e controverse operazioni di ponderazione e specificazione⁵³; ma in tal modo siamo entrati nella problematica del bilanciamento, di cui ci occuperemo tra breve (§ 6.2.).

6. Il criterio di valutazione della condotta abusiva

Al paragrafo precedente ci siamo occupati del presupposto “materiale”, per così dire, affinché possa operare la dottrina dell’abuso del diritto. Ci occuperemo adesso di un aspetto più complesso, che riguarda le operazioni argomentative che entrano in gioco al fine di valutare come abusiva una certa condotta. Si tratta evidentemente di un passaggio assai delicato, in quanto, come abbiamo messo in luce più volte, la dottrina del divieto dell’abuso del diritto ha l’effetto di introdurre *per via interpretativa* un limite all’esercizio di una sfera di libertà, e lo fa cambiando o meglio invertendo lo *status* deontico di una condotta che *prima facie* l’ordinamento considera permessa.

Come già accennato, nella disciplina dei diritti confluiscono regole, principi e talvolta ulteriori standard valutativi (correttezza, buona fede, ecc.). Le regole sono delle generalizzazioni prescrittive, e come tali presentano solitamente due possibili difetti⁵⁴: possono essere sovra-inclusive o sotto-inclusive; nel primo caso la regola include nel proprio ambito di applicazione alcuni casi che, alla luce della giustificazione della regola stessa, non dovrebbero esservi inclusi; nel secondo caso la regola esclude dal proprio ambito di applicazione alcuni casi che, alla luce della giustificazione della regola, dovrebbero esservi inclusi. Ebbene, la rilevazione dell’abuso del diritto somiglia molto ad una situazione di sovra-inclusività: vi sono condotte (*rectius*, l’interprete rileva condotte) che ricadono nell’ambito di applicazione della regola che attribuisce un diritto, ma che rispetto alla giustificazione di quel diritto dovrebbero esserne escluse.

Ora, che questa operazione avvenga per una via essenzialmente interpretativa è vero non solo in quegli ordinamenti in cui il divieto di abuso del diritto è soltanto una costruzione dottrinale e giurisprudenziale (un principio implicito), ma anche per gli ordinamenti nei quali il divieto è esplicitamente previsto a livello legislativo (a meno che al divieto non si accompagni una analitica indicazione dei criteri alla luce dei quali valutare come abusiva la condotta): si noti peraltro che, di fatto, la tipizzazione legislativa del divieto, dove esiste, si risolve di solito in poco più che in una delega in bianco

⁵³ Rinvio in merito alle convincenti argomentazioni di B. Celano, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in S. Pozzolo (a cura di), *La legge e i diritti*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 89-123; cfr. anche L. Prieto Sanchís, *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*, in «Derechos y libertades», 8, 2000, pp. 429-468.

⁵⁴ Seguo qui, evidentemente, l’impostazione di F. Schauer, *Le regole del gioco*, cit., pp. 66-70, 166-169.

all'interprete⁵⁵. Si potrebbe dire anzi che questo rinvio ad una valutazione da effettuarsi a stretto contatto con il caso concreto, rimediando ad una “stortura” della disciplina normativa generale ed astratta, sia in un certo senso la ragion d'essere della dottrina dell'abuso del diritto.

È evidente, allora, che uno dei nodi principali attraverso cui deve passare qualsiasi discussione sull'abuso del diritto riguarda l'individuazione dei criteri in base ai quali l'interprete può valutare se la condotta del titolare del diritto sia abusiva o meno: ovvero, il modo in cui viene rilevata e successivamente corretta la stortura normativa cui si accennava poco sopra. Al pari di altri standard valutativi, infatti, la formula “abuso” è una formula pressoché vuota, che per essere applicata necessita di essere concretizzata alla luce di criteri ulteriori (giuridici o extragiuridici).

Come è ormai chiaro, inoltre, si deve trattare di criteri non espressamente previsti dalla disciplina positiva del diritto di cui si abusa, perché viceversa verrebbe meno quell'aderenza della condotta abusiva allo schema formale di attuazione del diritto che è tratto definitorio del concetto di abuso del diritto.

6.1. *La rilevazione dell'abuso*

Una possibile tassonomia dei criteri effettivamente utilizzati in dottrina e in giurisprudenza per individuare le ipotesi di abuso del diritto include quantomeno: criteri intenzionali-soggettivi, criteri economici, criteri morali, criteri teleologici.

È bene precisare che, come spesso accade nel caso dell'uso giurisprudenziale di criteri elastici, standard valutativi e simili, in sede argomentativa è frequente che si faccia ricorso contemporaneamente a più criteri distinti, articolati in varie possibilità combinatorie o semplicemente affastellati.

6.1.1. *Criteri intenzionali-soggettivi*

Le teorie “intenzionali-soggettive” dell'abuso del diritto fanno perno sulla rilevanza dell'*animus nocendi*: un atto di esercizio di un diritto è abusivo se il titolare ha intenzionalmente recato un danno ad una controparte, facendosi schermo dell'apparenza di legittimità della propria condotta offerta dal diritto soggettivo⁵⁶.

⁵⁵ Si legga ad esempio l'art. 7.2 del *Código civil* spagnolo (l'articolo è stato introdotto nel 1974): «La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso».

⁵⁶ Cfr. Tribunale Torino 13 giugno 1983, in «Responsabilità civile e previdenza», 1983, p. 815: «In linea di diritto, per abuso del diritto si intende l'esercizio o, come nel caso *de quo*, la rivendicazione di un diritto che in astratto spetta effettivamente a colui che lo esercita o rivendica ma che, in concreto, non comporta alcun vantaggio apprezzabile e degno di tutela

Si intende agevolmente che il ricorso a questo criterio (al di fuori dei casi in cui è utilizzato al fine di punire condotte formalmente legittime ma palesemente ricattatorie) ha l'effetto di restringere drasticamente l'ambito di operatività del divieto di abuso: la teoria soggettiva si scontra infatti con la difficoltà di dimostrare l'esistenza di uno stato mentale, e per aggirare questa difficoltà apre sovente la porta a presunzioni e finzioni giudiziali: nel caso in cui l'atto abusivo non abbia alcuna seria giustificazione si presume/finge l'esistenza dell'*animus nocendi*⁵⁷.

Normalmente, dunque, il criterio dell'intenzionalità del danno si presenta in coppia con quello della mancanza di un interesse effettivo all'atto di esercizio del diritto. Sebbene solitamente si lasci intendere che si tratta di due criteri che operano in maniera cumulativa, in realtà il loro incontro produce effetti curiosi, e anzi l'uno tende a mettere fuori gioco l'altro: infatti, anche una volta che sia stata dimostrata l'intenzione di nuocere, un qualsiasi, minimo, futile vantaggio potrà facilmente essere reclamato dal titolare del diritto (anche – perché no? – il vantaggio derivante dalla soddisfazione di fare un dispetto ad altri), mettendo così fuori gioco il divieto.

In realtà, il criterio ritenuto veramente determinante è quello dell'intenzionalità; tuttavia, quest'ultima è estremamente difficile da dimostrare, si chiama in causa anche la mancanza di un interesse effettivo all'atto di esercizio del diritto, come sintomo dell'intenzione di nuocere. Pertanto, a ben vedere, nell'ambito delle teorie intenzionali-soggettive la mancanza di utilità non è un elemento "definitorio", ma piuttosto un elemento probatorio, di tipo presuntivo, e peraltro carico di implicazioni valutative. Prova ne sia che, per superare la "presunzione di abusività", il titolare del diritto non può reclamare un qualsiasi vantaggio (per quanto minimo o idiosincratice), ma deve dimostrare di aver ricevuto un vantaggio "meritevole" (alla luce dei valori accettati dall'ordinamento).

Per sfuggire alle strettoie delle teorie intenzionali-soggettive (che storicamente sono le prime ad apparire), è stata dunque seguita una duplice strategia: neutralizzare l'elemento psicologico dell'intenzione di cagionare danno o molestia, e trasformare il vantaggio del titolare (la cui assenza è sintomo o addirittura sinonimo di abuso) in vantaggio "apprezzabile", o "meritevole". Ad esempio, la disposizione del codice civile italiano sul divieto degli atti emulativi (art. 833 c.c., su cui cfr. *supra*, nota 37) indica come presupposto per sanzionare la condotta "emulativa" del proprietario la

giuridica a favore di tale soggetto e comporta invece un preciso danno a carico di un altro soggetto ("contro" cui esso viene esercitato o rivendicato) e *che viene esercitato o rivendicato proprio al solo, esclusivo fine di cagionare un danno all'altro soggetto*» (corsivi aggiunti).

⁵⁷ Cfr. ad esempio, A. Torrente, *Emulazione (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VI, Utet, Torino, 1975, pp. 521-526, il quale, dopo aver affermato con forza che il criterio di valutazione non può che riferirsi all'intenzione di nuocere in senso psicologico e soggettivo (perché viceversa si imporrebbe al proprietario un obbligo di esercitare il diritto a proprio vantaggio), ammette la possibilità che il giudice desuma «dal fatto obiettivo e certo del pregiudizio arrecato con l'atto, dalla *scientia* di esso nel proprietario e dalla animosità esistente tra lui ed il vicino la sussistenza dell'*animus nocendi*» (p. 523).

circostanza che i suoi atti «non abbiano altro *scopo*» che danneggiare altri; ebbene, parte della dottrina, a fronte della sostanziale inefficacia o inapplicabilità della norma, la ha re-interpretata riferendo lo scopo non al proprietario, ma all'atto in sé, ossia non all'intenzione soggettiva e psicologica dell'autore dell'atto, ma agli effetti oggettivi dell'atto da questi compiuto, il che introduce un giudizio di comparazione tra l'utilità (dell'atto) del proprietario e quella del terzo danneggiato⁵⁸.

Viene così spianata la strada a criteri "oggettivi" di valutazione della condotta abusiva⁵⁹.

6.1.2. *Criteri economici*

Le teorie economiche dell'abuso del diritto riconducono il criterio di valutazione ad un calcolo economico, ispirato ad un criterio di efficienza di tipo paretiano. In estrema sintesi, chi peggiora la situazione di un altro soggetto, senza con ciò migliorare la propria, realizza una situazione che non soddisfa i criteri dell'efficienza paretiana, e pertanto tale condotta è abusiva⁶⁰.

Considerata la proprietà come istituzione caratteristica e fondante di un mercato efficiente, l'abuso del diritto diventa una formula utile a distinguere: *a*) le ipotesi in cui i comportamenti proprietari (benché egoistici, futili, idiosincratici, ecc.) sono comunque legittimi in quanto volti a massimizzare l'utilità individuale; *b*) le ipotesi in cui il proprietario scarica su terzi i costi della propria attività al di fuori di un accordo di mercato. Così ragionando, i comportamenti proprietari del secondo tipo sono illegittimi in quanto inefficienti, mentre applicare la teoria dell'abuso ad ipotesi del primo tipo equivarrebbe ad effettuare una espropriazione - senza indennizzo - di una legittima (in quanto efficiente) prerogativa proprietaria.

In questa prospettiva, è essenziale dunque distinguere accuratamente ciò che ricade nella sfera interna del proprietario da ciò che ne è invece esterno⁶¹.

Un ragionamento analogo potrebbe essere svolto a proposito dei rapporti giuridici obbligatori, considerando abusive le condotte che

⁵⁸ Cfr. ad esempio, S. Romano, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 166-170; S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 100-101; P. Perlingieri, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Jovene, Napoli, 1971, p. 200.

⁵⁹ Secondo A. Gambaro, *Abuso del diritto*, cit., p. 7, la storia dell'idea di abuso porta con sé un paradosso, in quanto nasce per reprimere un'ipotesi estrema di condotta dolosa, ma finisce con il cristallizzarsi in forme di responsabilità obiettiva saltando lo stadio della responsabilità per colpa.

Cfr. anche R. Sacco, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, cit., p. 327: «Fattispecie caratterizzate dalla inutilità (per l'agente) e dal danno (della vittima), fattispecie caratterizzate da uno sviamento rispetto allo scopo, fattispecie connotate dall'immoralità o dall'antisocialità si prestano precisamente ad avventure normative di questo tipo: dapprima si tollera, poi si reprime il dolo, poi si reagisce alla colpa, poi si rimedia al fatto in sé».

⁶⁰ Cfr. P. G. Monateri, *Diritto soggettivo*, cit., p. 420.

⁶¹ Secondo U. Mattei, *La proprietà*, Utet, Torino, 2001, p. 260-261, tali criteri potranno essere ricavati dalla legge, dalla consuetudine, dal mercato.

incrementano in maniera ingiustificata i costi transattivi (e pertanto, in estrema sintesi, risulta abusiva una condotta contraria a buona fede).

Nonostante la formalizzazione dei criteri di valutazione della condotta abusiva in formule matematiche e l'utilizzo di valori di mercato (e pertanto "oggettivi"⁶²) per comparare gli interessi in conflitto, questo tipo di analisi non sempre riesce a pervenire a risultati univoci; e ciò sembra dipendere dal fatto che chi effettua questo calcolo degli interessi in conflitto in termini di costi-benefici ha in realtà una certa discrezionalità nello scegliere le voci che possono entrare nel calcolo stesso: ad esempio, il decisore giungerà a conclusioni opposte a seconda che includa o meno nel calcolo l'utilità del proprietario, consistente nel poter "vendere" alla controparte la propria desistenza dalla condotta "abusiva"⁶³ (e peraltro è ricorrente nell'analisi economica del diritto l'aspirazione a monetizzare, ad attrarre nelle logiche del mercato valori idiosincratici)⁶⁴.

6.1.3. *Criteri morali*

Più complesso il discorso sull'utilizzo di criteri morali per valutare la sussistenza dell'abuso.

Per un verso, l'anelito che percorre la storia dell'idea di abuso del diritto è precisamente l'aspirazione ad una moralizzazione del diritto; il termine stesso veicola un giudizio di disvalore *lato sensu* morale, e talvolta gli argomenti in base ai quali una condotta è considerata "abusiva" sono talmente scarni da far pensare che la valutazione del giudice celi una diretta riprovazione morale nei confronti della condotta abusiva. Per altro verso, è difficile che l'interprete faccia esplicito rimando a criteri meramente morali (in un senso da precisare) al fine di valutare come abusiva una certa condotta.

Si presenta qui un problema comune all'uso di standard valutativi in sede giudiziale, e che a mio avviso può dar luogo, a seconda dei casi, ad una delle seguenti possibilità: in primo luogo, il giudice può fare ricorso ad un proprio criterio di valutazione (ad esempio, la propria morale critica); in secondo luogo, può fare riferimento alla morale sociale della comunità cui egli appartiene, o a cui appartengono le parti. Una terza possibilità potrebbe essere quella della ricostruzione da parte dell'interprete di una morale "interna" all'ordinamento, la ricostruzione dei valori del legislatore, ecc. (di questo si parlerà, più opportunamente, nel prossimo paragrafo, sotto l'etichetta dei criteri teleologici).

⁶² A voler essere più precisi, i valori di mercato sono "oggettivi" non nel senso che sono determinati in base ad un criterio oggettivo, ma nel senso che sono frutto del compromesso intersoggettivo tra tutti i partecipanti al mercato: cfr. M. Rosenfeld, *Just Interpretations. Law between Ethics and Politics*, University of California Press, Berkeley, 1998, trad. it. *Interpretazioni. Il diritto tra etica e politica*, a cura di G. Pino, il Mulino, Bologna, 2000, pp. 48-52.

⁶³ Si veda P. G. Monateri, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di Comparative Law and Economics)*, in «Diritto privato», 1997, pp. 89-120.

⁶⁴ Cfr. R. Sacco, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, cit.

Il primo caso, in cui il giudice valuta l'abusività dell'atto di esercizio del diritto facendo ricorso a propri personali criteri di valutazione, non è invero molto frequente, in linea con quanto accade anche a proposito di altri standard valutativi che sembrerebbero sollecitare una diretta valutazione morale da parte del giudice⁶⁵. Ove venisse adottata una soluzione di questo tipo, d'altronde, si porrebbero numerosi problemi. L'attuazione di valori morali individuali da parte del giudice contrasta con il principio di universalizzabilità: non si può universalizzare una decisione fondata unicamente su una valutazione personale, salvo ovviamente la possibilità di universalizzare la scelta *procedurale* di ricorrere a convinzioni personali del giudice per decidere una controversia giudiziaria⁶⁶. Ma anche in quest'ultimo caso si determinerebbe una situazione paradossale, estranea al modo di funzionare delle organizzazioni giuridiche contemporanee ispirate all'ideologia legale-razionale e al principio di legalità nella giurisdizione; questa situazione è stata efficacemente definita come "una convenzione che si autoannulla"⁶⁷, ossia una situazione in cui una convenzione (il diritto) stabilisce una certa disciplina, ma lascia aperta la possibilità di superare sempre tale disciplina per mezzo di argomenti che sono del tutto esterni rispetto alla convenzione stessa: in questa ipotesi, la decisione relativa al caso individuale diventa un esercizio di massima discrezionalità, e l'interprete potrà scegliere la soluzione tra un insieme di alternative non predeterminate.

La seconda possibilità è quella in cui il giudice utilizza il criterio di valutazione non in proprio, ma per così dire in *oratio obliqua*, ovvero "tra virgolette". In altre parole, in questo caso il giudice trae il criterio di valutazione non dal proprio arsenale individuale di valori, ma da criteri condivisi dalla comunità di riferimento, ossia dalla morale sociale o dalla coscienza sociale⁶⁸.

⁶⁵ Rilevano la scarsa propensione dei giudici ad esibire le proprie valutazioni morali C. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 321; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 380.

Si potrebbe discutere se questo pudore in realtà non celi di fatto una sorta di strategia "mimetica", consistente nell'attribuire alla "morale sociale" della comunità quella che è in realtà una *propria* valutazione morale individuale. Ma questa è materia di analisi sociologiche sul ragionamento decisorio, di cui qui non mi occupo.

⁶⁶ Sul concetto di universalizzazione, cfr. N. MacCormick, *Universalisation and Induction in Law*, in C. Faralli, E. Pattaro (eds.), *Reason in Law*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 91-105; cfr. anche M. Taruffo, *La motivazione delle decisioni fondate su standards* (1988), in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989, pp. 311-344 (spec. p. 336).

⁶⁷ L'espressione è di J. C. Bayón, *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico*, in «Isonomía», 2000, pp. 87-117 (spec. pp. 110-111); Id., *Why Is Legal Reasoning Defeasible?*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», www.dirittoquestionipubbliche.org, 2/2002, p. 12.

Bayón discute il noto esempio (tratto da J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon, Oxford, 1979, p. 75) di una norma che disponga che tutti i contratti sono validi a condizione che non siano immorali.

⁶⁸ Sulla possibilità che i giudici non facciano un uso diretto delle espressioni valutative, ma rinvino alle valutazioni diffuse nella comunità di riferimento, cfr. C. Alchurrón, E. Bulygin, *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico* (1989), in C. Alchurrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 303-328 (spec. pp. 315-317); J.

Una metodologia di questo tipo è molto diffusa allorché si tratta di dare contenuto in sede giurisprudenziale a clausole elastiche e standard valutativi, ed è stata effettivamente prescritta in sede dottrinale a proposito dell'abuso del diritto, invitando il giudice a ricercare i criteri di valutazione dell'abuso «alla stregua dei criteri vigenti nell'ambiente e nel gruppo in cui l'atto si inquadra»⁶⁹. Ma anche questa strada presenta dei problemi.

In primo luogo, è questione affatto contingente se la formulazione del divieto di abuso del diritto implichi o meno un rinvio alle valutazioni diffuse nel corpo sociale: se guardiamo in generale al modo in cui sono di fatto formulate le clausole generali e gli standard valutativi nel linguaggio giuridico, ci accorgiamo che effettivamente *vi sono* dei casi in cui lo standard giuridico fa esplicito rinvio alle valutazioni correnti nella società⁷⁰, mentre altre sembrano demandare al giudice una valutazione o un accertamento di tipo diverso (ad esempio di tipo tecnico)⁷¹; con riferimento all'esperienza italiana poi, in cui il divieto di abuso del diritto non è positivizzato, e dunque palesemente non esiste qualcosa come una “formulazione letterale” del divieto, configurarlo in un senso (soggettivo) o nell'altro (etico-sociale) dipende totalmente dall'interprete (o dalla teoria di riferimento).

In secondo luogo, il giudice può non essere adeguatamente attrezzato per compiere, in maniera accurata, indagini di tipo sociologico su quale sia la portata effettiva del criterio valutativo in questione all'interno della comunità di riferimento; quindi, è dubbio che egli sia in grado di individuare un campione rilevante e di trarne *in maniera attendibile* criteri di valutazione⁷².

J. Moreso, *En defensa del positivismo jurídico inclusivo*, in P. Navarro, M. C. Redondo (comp.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 93-116 (spec. p. 100).

La distinzione tra uso diretto e uso tra virgolette degli enunciati valutativi risale a R. Hare, *The Language of Morals*, Clarendon, Oxford, 1952, pp. 124-125, trad. it. *Il linguaggio della morale*, Ubaldini, Roma, 1968; sul punto, cfr. B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 94-95; Id., *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, cit.

⁶⁹ Così P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, cit., pp. 114-117, 136-140.

⁷⁰ Esempio tipico: art. 529 cod. pen., che fa riferimento agli «atti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore».

Una osservazione analoga, riferita criticamente alla posizione di Alchurrón e Bulygin (cfr. *supra*, nota 52) è formulata da M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid, 2000, p. 45, secondo i quali una posizione di questo tipo è costretta a postulare la presenza di una meta-norma che impone di interpretare le norme che contengono standard alla luce dei criteri valutativi diffusi nella società.

⁷¹ Cfr. E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 378-380.

⁷² Cfr. E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., p. 379; B. Celano, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, cit., mette in luce la differenza tra la mera rilevazione (“sociologizzante”) di ciò che è effettivamente approvato/disapprovato da parte (della maggioranza?) dei membri di un gruppo sociale, e l'accertamento dei criteri di fatto utilizzati in quella società nel giudizio di approvazione/disapprovazione (le due attività possono avere un esito differente, perché i membri della comunità possono sbagliarsi nell'applicare i propri criteri).

In terzo luogo, può essere estremamente difficile trarre dalla “società”, o anche solo dalla maggioranza di essa, criteri *univoci* di valutazione; anzi in società complesse, non omogenee e pluraliste è più probabile che accada esattamente il contrario⁷³.

Ciò porta a concludere che ove nella motivazione di una sentenza si trovino espressioni quali “la condotta XYZ, pur se nell’ambito di esercizio di un diritto, è abusiva perché ripugna la coscienza sociale”, o altre analoghe, il giudice abbia fatto in realtà una selezione, sulla base di un qualche criterio valutativo non esplicitato, dei parametri di giudizio da applicare al caso concreto, isolandoli tra una congerie di *inputs* che provengono dalla realtà sociale⁷⁴. La coscienza sociale può dunque rivelarsi un filtro meramente illusorio alla discrezionalità del giudice, e rendere meno trasparente la sua decisione.

Ovviamente, tutti questi problemi sarebbero superati in presenza di una morale oggettiva, condivisa da tutti i membri della comunità politica di riferimento (inclusi i giudici); ma purtroppo una simile morale oggettiva non c’è, o se c’è non è conosciuta dai membri della comunità.

È appena il caso di notare che il criterio della valutazione “morale” dell’atto abusivo, in qualche sua variante (specialmente quelle soggettive), è solitamente presupposto da quelle dottrine che si oppongono alla configurabilità del divieto di abuso⁷⁵: poiché, si sostiene, la valutazione in termini di abusività di un atto di esercizio del diritto non può che avere una natura eminentemente soggettiva, essa è inammissibile ed inopportuna.

6.1.4. *Criteri teleologici*

I criteri teleologici sono i più ricorrenti nella letteratura sull’abuso del diritto: l’abuso del diritto, infatti, viene spesso definito come una distorsione del diritto rispetto alla sua funzione tipica, alla sua ragion d’essere, a principi fondamentali dell’ordinamento, e così via. Sotto l’etichetta di “criteri teleologici” si raccoglie quindi una pluralità di sotto-criteri anche piuttosto eterogenei tra loro (che però, nuovamente, nel discorso dottrinale e giurisprudenziale si possono presentare variamente combinati e aggrovigliati).

Un primo modo di intendere in senso teleologico l’abuso del diritto, e anche uno dei più risalenti, consiste nel ravvisare nella specifica condotta

⁷³ Sui problemi che si pongono al “giudice-sociologo”, cfr. M. Taruffo, *La motivazione delle decisioni fondate su standards*, cit.; Id., *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2001, pp. 665-695 (spec. pp. 677 ss.).

Sul pluralismo come tratto distintivo della “comunità politica moderna”, cfr. M. Rosenfeld, *Interpretazioni*, cit.

⁷⁴ L’intervento valutativo del giudice nella selezione dei criteri ricavabili dalla “realtà sociale” per dare contenuto agli standard valutativi è espressamente ammesso (e prescritto), ad esempio, da L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in «Rivista critica del diritto privato», 1986, pp. 5 ss.

⁷⁵ Cfr. *supra*, nota 18.

“incriminata” una deviazione dalla “funzione sociale” del diritto stesso⁷⁶. A prima vista, individuare quale sia esattamente la “funzione sociale” di un diritto non è cosa facile; a ben vedere, si tratta di un criterio vuoto, che può a sua volta contenere un rinvio alla funzione *economica* dell’istituto, oppure un limite proveniente da idee di solidarietà sociale e simili, per cui tale criterio rimanda in ultima analisi alla giustificazione *morale* del diritto (gli «scopi etici e quindi sociali per cui il diritto stesso viene riconosciuto e concesso nell’ordinamento giuridico»⁷⁷); per quanto riguarda questa accezione, quindi, si può fare rinvio alle considerazioni già svolte a proposito dei criteri morali di valutazione dell’abuso.

Un secondo modo di intendere in senso teleologico l’abuso del diritto (anche questo non più troppo in voga tra i giuristi) consiste nel fare riferimento all’uso “normale” del diritto soggettivo, alla sua funzione tipica intesa come razionalità intrinseca dell’istituto: all’interprete spetta quindi il compito di individuare lo scopo “oggettivo” o la razionalità “oggettivamente” tipica di un certo diritto o di una certa prerogativa associata ad un diritto, usarla come parametro per la valutazione delle condotte concrete di esercizio del diritto, e denunciare e sanzionare eventuali, deprecabili ipotesi di “eterogenesi dei fini”⁷⁸.

L’uso del virgolettato da parte mia, a proposito di espressioni quali “oggettivo” e “oggettivamente”, non vuole essere un semplice vezzo da antiformalista, ma ha piuttosto un duplice significato. In primo luogo, significa che quando in questo tipo di discorsi si fa riferimento al fine o allo scopo dell’istituto non si intende chiamare in causa l’intenzione soggettiva del legislatore storico che ha modellato quel diritto (la *ratio legislatoris*), ma piuttosto ci si riferisce alla finalità “propria”, intrinseca dell’istituto (la *ratio legis*). In secondo luogo, esso vuole mettere in evidenza che, secondo gli autori (e i giudici) che perseguono questa versione della strategia teleologica, il ricorso allo scopo dell’istituto è in grado di fornire *realmente* una guida obbiettiva per l’interprete⁷⁹.

Ma che per questa via si possano attingere risultati “oggettivi” è assai dubbio⁸⁰. Infatti, se è vero che ad un istituto giuridico non è possibile ascrivere

⁷⁶ Cfr. A. Levi, *Sul concetto di buona fede*, cit.

⁷⁷ Così Corte di Cassazione, sez. II civ., 15 novembre 1960 n. 3040, in «Foro italiano», 1961, I, cc. 256 ss.

⁷⁸ Così ad esempio M. D’Amelio, *Abuso del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. I, Utet, Torino, 1957, pp. 95-96; U. Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1958, pp. 18-37 (spec. p. 32); S. Romano, *Abuso del diritto*, cit.

⁷⁹ Cfr. ad esempio Pretura Milano 14 agosto 1982, in «Giurisprudenza italiana», 1983, I, 2, c. 71 ss. (fattispecie in materia di scelta, da parte del datore di lavoro, dei lavoratori da porre in cassa integrazione guadagni), dove si afferma che l’abuso del diritto consiste in una frattura nel rapporto di «corrispondenza necessaria» tra il potere di autonomia conferito dall’ordinamento e il concreto atto di esercizio di questo potere.

⁸⁰ Secondo A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 495, il riferimento alla razionalità oggettivamente tipica della situazione proprietaria che giustifica l’attribuzione di una certa prerogativa «rimanda necessariamente ad una discrezionalità del giudice al quale non è fornita una guida qualsiasi».

in sede interpretativa *qualsiasi* funzione o scopo, tuttavia è ben difficile che gli si possa attribuire in maniera univoca *un solo* scopo (o funzione): in molti casi, l'unico reale limite alla discrezionalità dell'interprete sembra essere quello di non attribuire all'istituto uno scopo assurdo; a questo si potrebbe aggiungere anche un ulteriore vincolo derivante dall'accettabilità dello scopo che si intende attribuire all'istituto, o dalla sua compatibilità o congruenza con altri scopi rilevabili nell'ordinamento giuridico, e così diventa evidente che l'argomento teleologico, lungi dal consentire all'interprete una rilevazione oggettiva dello scopo che ispira l'istituto, costringe l'interprete ad operare scelte valutative e assiologiche tra più scopi astrattamente concorrenti⁸¹.

Una versione più aggiornata dell'argomento teleologico consiste nel rinvio ai principi (settoriali, o generali, o anche costituzionali) che giustificano i diritti: l'esercizio del diritto è abusivo se si pone in contrasto con qualche principio generale o fondamentale dell'ordinamento giuridico, che quindi viene "introiettato" nella disciplina positiva del diritto soggettivo come parametro per valutare l'abusività degli atti di esercizio di quel diritto. L'interprete si muove dunque per vie endo-sistematiche⁸²: rintraccia nell'ordinamento un principio che rappresenta la giustificazione del diritto, e valuta se, alla luce di quel principio, l'esercizio del diritto possa essere considerato legittimo, ossia rientri nel cono d'ombra che quel principio offre al diritto. Si tratta, in altre parole, della concezione "sincretica" del diritto soggettivo cui abbiamo accennato in precedenza: i diritti hanno una struttura complessa, e la loro disciplina è il frutto di una interazione di regole e principi, la struttura del diritto soggettivo presuppone un principio o più principi giustificativi⁸³.

Ovviamente, la ricerca del principio giustificativo non è mai un affare semplice, perché come si suole affermare nella letteratura teorico-generale, i principi "vanno a caccia in coppia", ossia si può rintracciare sempre più di un

⁸¹ Per una attenta analisi dell'argomento teleologico (in senso oggettivo), cfr. E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., p. 414-425; v. anche V. Velluzzi, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 129-133.

Per una analisi dell'argomento della coerenza o congruenza nelle teorie del ragionamento giuridico, A. Pintore, *Il diritto senza verità*, Giuffrè, Milano, 1996, cap. IV; A. Schiavello, *Su "congruenza" e "diritto": un'analisi comparata di modelli diversi*, in «Ragion pratica», 1997, 9, pp. 197-216; G. Pino, *Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica. Alcune riflessioni*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1, 1998, pp. 84-126.

⁸² Una strategia di questo tipo, ma relativamente alla clausola di buona fede, è seguita ad esempio da L. Nivarra, *Ragionevolezza e diritto privato*, in «Ars Interpretandi», 2002, 7, pp. 373-386.

⁸³ Per la precisione, R. Alexy, *Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse*, cit., distingue tra diritti basati su regole ("definitive rights") e diritti basati su principi ("prima facie rights"): l'applicazione dei primi richiede una operazione di sussunzione (delle regole che li disciplinano), l'applicazione dei secondi un bilanciamento (dei principi che li fondano); tuttavia, Alexy ammette che anche l'applicazione delle regole su cui si basano i "definitive rights" può essere un affare alquanto complesso, a causa di eventuali lacune, contraddizioni, ambiguità, vaghezza, ecc.; in tal caso la sussunzione è solo un elemento di un ragionamento giuridico più complesso, che include il ricorso a principi (anche se Alexy non è chiaro sul punto).

principio rilevante per la soluzione di un determinato caso concreto⁸⁴; e un diritto soggettivo può trovare la propria giustificazione in più principi contemporaneamente; inoltre, abusare di un diritto significa imporre un sacrificio ad un altro soggetto, il quale può a sua volta vantare un interesse giuridicamente rilevante alla luce di un altro (o finanche dello stesso) principio generale. Il ricorso all'argomento dei principi generali o fondamentali impone dunque all'interprete un giudizio di ponderazione o bilanciamento tra principi in conflitto⁸⁵.

6.2. Il giudizio di ponderazione

Normalmente, il ricorso a qualcuno dei criteri visti sopra è funzionale non ad una valutazione in termini negativi della condotta in sé (non mi risulta che nessuno si sia spinto a simili eccessi di paternalismo giuridico, se non forse le correnti radicalmente funzionaliste del diritto soggettivo), ma ad un giudizio di ponderazione tra diritti o interessi contrapposti. In altre parole, la condotta "egoista", "capricciosa", "abnorme", ecc., del titolare del diritto diventa abusiva solo se il sacrificio imposto alla controparte (sacrificio che sarebbe *prima facie* giustificato) risulta sproporzionato rispetto al futile o malizioso vantaggio del titolare, e pertanto non trova più alcuna giustificazione alla luce di uno o più dei criteri considerati come rilevanti. Ciò è vero in seguito all'adozione di uno qualunque dei criteri "oggettivi" che abbiamo elencato sopra (mentre l'adozione di un criterio "soggettivo-intenzionale", ha l'effetto di precludere una valutazione comparativa da parte del giudice degli interessi contrapposti: o vi è l'intenzione di nuocere o non vi è abuso del diritto, la logica è binaria), salvo che, a seconda dello specifico criterio adottato, cambiano le "cose" che vengono soppesate o bilanciate: vantaggi economici, ragioni morali, interessi (individuali e sociali), scopi degli istituti, principi giuridici giustificativi.

Il divieto di abuso del diritto si risolve quindi nella necessità, da parte dell'interprete, di bilanciare gli interessi o i diritti o i principi (o quant'altro) in conflitto⁸⁶. Per avere una idea di quali operazioni argomentative entrino in

⁸⁴ Cfr. M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Ilicitos atípicos*, cit., pp. 47-56.

⁸⁵ Cfr. ad es. E. Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 185 ss.; Ead., *Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche*, in «Rivista critica del diritto privato», 1998, pp. 625 ss.; F. D. Busnelli, E. Navarretta, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in «Diritto privato», 1997, pp. 171-216.

Per una discussione sulla struttura del giudizio di ponderazione, con particolare riguardo alle tecniche utilizzate dalla giurisprudenza civile, v. G. Pino, *Il diritto all'identità personale*, cit., cap. III; Id., *Teoria e pratica del bilanciamento: tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale*, in «Danno e responsabilità», 6/2003, pp. 577-586.

⁸⁶ Cfr. U. Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, cit.; P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, cit., p. 53; C. M. Mazzoni, *Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto*, in «Rivista di diritto civile», 1969, II, pp. 601-619; P. Perlingieri, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, cit., pp. 196-201; U. Ruffolo, *Atti emulativi, Abuso del diritto e «interesse» nel diritto*, in «Rivista di diritto civile», 1973, II, pp. 23-48; S. Patti, *Abuso del diritto*, cit., p. 7.

gioco in un giudizio di ponderazione, è opportuno allora esaminare brevemente il caso del bilanciamento di diritti o principi in conflitto in sede giudiziale.

Il bilanciamento tra diritti o principi confliggenti è una tecnica molto usata in sede giurisprudenziale, e che solo di recente è venuta prepotentemente alla ribalta del dibattito dogmatico e teorico-giuridico⁸⁷. D'altro canto la giurisprudenza italiana, a scapito di un uso massiccio di tale tecnica, di rado si è preoccupata di andare oltre un uso meramente irriflesso e quasi "intuitivo"; ciò a differenza da altre culture giuridiche contemporanee, quali in particolare quella americana e quella tedesca, in cui sia le corti (specialmente quelle superiori, e costituzionali in particolare) sia la (alta) dogmatica hanno compiuto uno sforzo di concettualizzazione e di affinamento di tale schema di ragionamento giuridico⁸⁸.

Mutuando la distinzione tarelliana tra interpretazione-attività e interpretazione-prodotto, si potrebbe distinguere tra un bilanciamento-attività e un bilanciamento-prodotto⁸⁹: il primo potrebbe essere riferito ad una attività

⁸⁷ Cfr. ad es., R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard U.P., Cambridge (Mass.), 1977, trad. it. *I diritti presi sul serio*, a cura di G. Rebuffa, il Mulino, Bologna, 1982, pp. 93-97; L. Gianformaggio, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1985, pp. 65-103; R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., cap. III; Id., *On the Structure of Legal Principles*, in «Ratio Juris», 2000, 3, pp. 294-234; Id., *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in «Ars Interpretandi», 2002, 7, pp. 131-144; Id., *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in «Ratio Juris», 2003, 4, pp. 433-449; A. Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989, pp. 77-84; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, pp. 170 ss.; M. Atienza, *Giuridificare la bioetica. Una proposta metodologica*, in «Ragion pratica», 1996, 6, pp. 123-143 (spec. pp. 132-136); R. Guastini, *Diritto mite, diritto incerto*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1996, pp. 513 ss.; Id., *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in L. Cabella Pisu, L. Nanni (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Cedam, Padova, 1998, pp. 85-103; Id., *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 228-231, 302-304; J. J. Moreso, *Conflitti tra principi costituzionali*, in «Ragion pratica», 2002, 18, pp. 201-221; B. Celano, *'Defeasibility' e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili*, *ivi*, pp. 223-239; Id., *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 2004/4, www.dirittoquestionipubbliche.org; L. Prieto Sanchís, *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*, cit., pp. 442 ss.; Id., *Neocostituzionalismo e ponderazione giudiziale*, in «Ragion pratica», 2002, 18, pp. 169-200; Id., *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 2002/2, www.dirittoquestionipubbliche.org; G. Maniaci, *Note su coerenza e bilanciamento nella teoria di Robert Alexy*, *ivi*.

⁸⁸ Per un primo orientamento sulla giurisprudenza nordamericana, cfr. L. B. Frantz, *The First Amendment in Balance*, in «Yale Law Journal», vol. 71, 1962, pp. 792 ss.; M. Nimmer, *The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, in «California Law Review», vol. 56, 1968, pp. 935-967; T. A. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in «Yale Law Journal», vol. 96, 1987, pp. 943-1007; A. Vespaziani, *Il bilanciamento dei diritti nella cultura giuridica statunitense*, in «Diritto pubblico», 2001, 2, pp. 457-515; su quella tedesca, B. Markesinis, S. Enchelmaier, *The Applicability of Human Rights as between Individuals under German Constitutional Law*, in B. Markesinis (ed. by), *Protecting Privacy*, Oxford U.P., Oxford, 1999, pp. 191-243 (spec. pp. 218-224).

⁸⁹ Cfr. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., cap. I

(intellettuale, psicologica) di decisione di un conflitto tra principi, il secondo ad una tecnica di argomentazione esplicitata in un documento (tipicamente, una sentenza). Dal punto di vista dell'analisi del ragionamento giustificatorio, comunque, assume rilievo esclusivamente il bilanciamento-prodotto, e pertanto mi riferirò a "bilanciamento" solo in questa seconda accezione. L'ovvia premessa dell'intera problematica del bilanciamento è che si verifichi un conflitto tra diritti di pari rango, vale a dire tra diritti che sono posti da (o comunque sono riconducibili, per via di interpretazione, a) norme di pari dignità nell'ambito della gerarchia delle fonti di un ordinamento giuridico dato.

Inoltre, ulteriore presupposto del bilanciamento in sede giudiziale è la mancanza di una regola preconstituita, e dotata quantomeno di pari valore rispetto ai diritti in conflitto sul piano della gerarchia delle fonti, che indichi un criterio di coordinazione o di preferenza tra i due diritti. Ad esempio, non occorrerà operare un bilanciamento o ponderazione giudiziale tra la libertà di iniziativa economica privata e la dignità umana, in quanto il bilanciamento è già stato effettuato in maniera esplicita a monte, all'interno del documento costituzionale (cfr. art. 41, comma 2, Cost.); ovviamente, ciò non esclude che in sede giudiziale si possano presentare ulteriori problemi, di tipo interpretativo, relativi alla determinazione di cosa, nel caso concreto, sia esattamente "iniziativa economica privata" e cosa sia "dignità umana"; tuttavia, una volta determinato il significato in via interpretativa, il giudice non dovrà procedere ad un bilanciamento tra questi due "beni" costituzionali perché è già stato stabilito quale dovrà prevalere in caso di conflitto. Nell'assenza di una simile regola preconstituita di coordinamento, ciascuno dei due diritti ha un proprio ambito di applicazione che non è né del tutto coincidente rispetto a quello dell'altro (in tal caso si avrebbe una antinomia "totale-totale"), né del tutto ricompreso in quello dell'altro (in tal caso si avrebbe una antinomia "totale-parziale"): piuttosto, l'ambito di applicazione dell'uno è *in astratto* indipendente rispetto all'ambito di applicazione dell'altro, salva la possibilità che *in concreto* vi sia una parziale sovrapposizione: si dà pertanto una antinomia "parziale-parziale", o eventuale⁹⁰.

Di fronte ad una antinomia di questo tipo, tuttavia, non sarà possibile ricorrere agli ordinari criteri di soluzione delle antinomie: in particolare, non si potrà sfruttare né il criterio *lex superior derogat inferiori*, in quanto si tratta

La distinzione tra bilanciamento-attività e bilanciamento-prodotto, seppure in maniera lievemente differente rispetto a quella indicata nel testo, è accennata anche in G. Parodi, *In tema di bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale. In margine a Diritti e argomenti di Roberto Bin*, in «Diritto pubblico», 1995, pp. 203-223 (spec. p. 205, nt. 8).

⁹⁰ La nozione di antinomia (o incompatibilità) "parziale-parziale" si deve ad A. Ross, *On Law and Justice*, Stevens, London, 1958, trad. it. *Diritto e giustizia*, a cura di G. Gavazzi, Einaudi, Torino, 1965, pp. 122-125 (cfr. anche C. S. Nino, *Introduzione all'analisi del diritto* (1980), Giappichelli, Torino, 1996, pp. 242-246), e potrebbe essere così definita: «due norme, N1 e N2, disciplinano classi di fattispecie che si sovrappongono solo parzialmente. Sicché vi sono fattispecie disciplinate solo da N1, fattispecie disciplinate solo da N2, e fattispecie disciplinate da entrambe le norme: il conflitto nasce soltanto in relazione a queste ultime» (cfr. R. Guastini, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, cit., p. 97).

appunto di diritti equi-ordinati sul piano della gerarchia delle fonti, né il criterio *lex posterior derogat priori*, in quanto si tratta di diritti contenuti in un medesimo documento normativo e quindi coevi, né infine il criterio *lex specialis derogat generali*, in quanto tra le norme che fondano i due diritti in conflitto non si dà un rapporto di specialità, nessuna delle due norme è speciale rispetto all'altra (si tratta infatti di una antinomia parziale-parziale). L'apparente situazione di stallo dovrà essere risolta ponendo in essere per l'appunto una attività di bilanciamento, o ponderazione.

La metafora del bilanciamento sembra suggerire una attività decisionale non guidata da regole generali, astratte, e predeterminate ma dalla virtù della ragionevolezza, ossia, come afferma incisivamente Bruno Celano, «da una capacità, almeno in parte di carattere intuitivo, di individuare una linea di condotta che risponda in modo adeguato alle peculiarità del caso in esame. Nel caso del bilanciamento fra principi in conflitto, sembra si possa affermare, la deliberazione giudiziale assume direttamente, senza mediazioni, i tratti del giudizio morale [...]; il giudice si pronuncia per così dire direttamente, senza essere soggetto a gran parte dei vincoli che abitualmente (almeno, così si ritiene) orientano la sua decisione, su questioni di giustizia. La metafora del bilanciamento, insomma, suggerisce un'immagine quasi sapienziale della decisione giudiziale»⁹¹.

Ovvio corollario di questa descrizione del bilanciamento sembrerebbe essere che i giudici, ogniquale volta facciano applicazione di tale schema, esercitino un certo (invero consistente) grado di discrezionalità, in quanto:

a) per un verso, essi attribuiscono, nel caso concreto, preferenza ad un diritto o principio rispetto ad un altro, il quale ultimo è però, come abbiamo più volte ripetuto, equi-ordinato rispetto al primo, e tutto ciò in base a scelte puramente valutative: ossia, facendo operare un giudizio di valore in qualche misura “esterno” rispetto al documento che contiene i due diritti in conflitto, l'interprete istituisce un ordine di preferenza che non è (esplicitamente) indicato dal documento interpretato;

b) per altro verso, nulla garantisce che in un caso futuro si arriverà alla medesima conclusione, al medesimo ordine di preferenza (appunto perché, in astratto, i due diritti sono equi-ordinati), e l'ordine di preferenza non è prestabilito ma individuato dall'interprete nel caso concreto.

Per tale motivo, Riccardo Guastini ha sostenuto che il bilanciamento consiste nell'istituire tra i principi o diritti in conflitto una «gerarchia assiologica mobile»⁹², e che “bilanciare” non vuol dire (nonostante quanto potrebbe

⁹¹ Così B. Celano, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, in M. Basciu (a cura di), *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 101-142.

⁹² Così R. Guastini, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, cit., pp. 98-99; cfr. anche P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 287. La gerarchia prodotta all'esito del bilanciamento giudiziale tra i due diritti o principi in conflitto è “assiologica” in quanto istituita tramite un giudizio di valore dell'interprete, “mobile” in quanto relativa al caso concreto e non necessariamente riprodotta in casi futuri.

suggerire il termine impiegato, o quello che dicono di fare i giudici) “ponderare” o “trovare un punto di equilibrio” tra i diritti in conflitto, ma piuttosto “sacrificare”, “accantonare” un principio o un diritto a favore di un altro, seppure soltanto in relazione ad uno specifico caso concreto.

La tesi di Guastini sul bilanciamento ha senza dubbio il pregio di mettere in luce l'aspetto fortemente valutativo e discrezionale di questa tecnica argomentativa, squarciando il velo retorico di cui essa solitamente si ammanta nelle motivazioni delle sentenze. Tuttavia, è probabile che questa tesi riesca a cogliere solo una parte del fenomeno del bilanciamento, e ciò è vero sia che la si consideri come una tesi di teoria dell'argomentazione, sia che la si consideri una tesi descrittiva di ciò che le corti (o alcune corti) effettivamente fanno.

Dal punto di vista della teoria dell'argomentazione, infatti, il bilanciamento può essere ricostruito come un'attività che, pur contenendo dei margini valutativi, non si traduce necessariamente in sfrenato soggettivismo, ed è anzi controllabile razionalmente. Una ricostruzione razionale del bilanciamento è possibile, infatti, esplicitando l'insieme delle proprietà rilevanti in presenza delle quali uno dei due principi in conflitto prevale sull'altro⁹³. Inoltre, isolando un insieme di proprietà rilevanti (ovvero, disegnando una “topografia del conflitto”⁹⁴), esiste la possibilità di enucleare una regola che offra soluzioni riproducibili per tutti i casi analoghi di conflitto tra due principi che si ripresenteranno in futuro, quantomeno nei casi “centrali”; si produce in tal modo una regola di coordinazione tra i due diritti o principi in conflitto, che è suscettibile di universalizzazione (ossia, è idonea a regolare casi futuri dotati di caratteristiche rilevanti analoghe) e di sussunzione (ossia, è applicabile in maniera deduttiva, e quindi “logicamente” controllabile), pur trattandosi comunque di una regola suscettibile di revisione in presenza di ulteriori proprietà rilevanti; è vero che, *potenzialmente*, la selezione delle proprietà rilevanti potrebbe essere rivista e modificata all'infinito, tuttavia nulla impedisce che si formino delle convenzioni interpretative condivise tra gli organi dell'applicazione, che assicurino risultati relativamente stabili al giudizio di ponderazione⁹⁵. L'individuazione della regola, allora, ha l'effetto di rendere tendenzialmente meno “mobile” l'esito della ponderazione, trasformando (quantomeno all'apparenza) il giudizio di bilanciamento da un giudizio “sapienziale” in un ragionamento “procedurale”⁹⁶.

⁹³ In tal senso cfr. ad esempio R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 157; M. Atienza, *Giuridificare la bioetica*, cit.; J. J. Moreso, *Conflitti tra principi costituzionali*, cit.; L. Prieto Sanchís, *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*, cit.; Id., *Neocostituzionalismo e ponderazione giudiziale*, cit.

Per una critica all'idea che sia possibile esplicitare tutte le proprietà rilevanti in tali casi di conflitto tra principi, con la conseguenza che il bilanciamento resta ostaggio del particolarismo, cfr. B. Celano, *'Defeasibility' e bilanciamento*, cit.

⁹⁴ Riprendo l'espressione da R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 62-64, 70-71 e *passim*.

⁹⁵ Cfr. J. C. Bayón, *Why Is Legal Reasoning Defeasible?*, cit.

⁹⁶ Cfr. nuovamente B. Celano, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, cit.

Mutuando la terminologia invalsa nella cultura giuridica statunitense, si può distinguere tra un bilanciamento “definitorio” o “categoriale” (*definitional balancing*), ed un bilanciamento “caso per caso” (*ad hoc balancing*). Nel primo caso il conflitto tra i diritti o principi viene risolto individuando una regola generale ed astratta, tendenzialmente applicabile anche ai futuri casi di conflitto (la legge di collisione, nella terminologia di Alexy); nel secondo caso il conflitto è risolto volta per volta, in base ad una considerazione degli interessi e delle circostanze specificamente prospettati dalle parti nel caso concreto, e prescindendo dall’applicazione (o quantomeno dalla enunciazione) di una regola stabile di soluzione del conflitto⁹⁷.

Detto più chiaramente, anche una decisione *ad hoc* è formalizzabile in termini di (applicazione di una) regola generale, ma la differenza rispetto alla decisione “*definitional*” è che nel primo caso il giudice non *enuncia* la regola, ossia: non dichiara di seguire una regola (anche giurisprudenziale) preconstituita al giudizio, e non dice che il criterio per la decisione di quel caso specifico (quella regola) sarà applicabile a tutti i casi futuri con elementi simili; ciò può accadere ad esempio perché non si è formata una convenzione interpretativa, che possa “chiudere” o comunque limitare l’ammissione di nuovi criteri di rilevanza nel giudizio di ponderazione. È ovvio che così viene comunque applicata una regola (ovvero, il ragionamento decisorio è ricostruibile in termini di applicazione di una regola), ma tale regola non viene riguardata come necessariamente vincolante per i casi futuri, e il giudice si riserva un ruolo quasi sapienziale ed equitativo (cosa che traspare da espressioni frequenti in giurisprudenza quali “occorre individuare l’equo contemperamento tra gli opposti interessi”, “il conflitto deve essere risolto con una attenta valutazione degli interessi nel caso concreto”, e simili). In casi di questo tipo, quindi, la decisione può comunque essere ricostruita in termini di applicazione di una regola (universalizzabile), però il giudicante non è disposto ad esplicitarla (e quindi universalizzarla).

A fronte di questa distinzione sembra che la qualificazione, effettuata da Guastini, del bilanciamento nei termini dell’istituzione di una gerarchia assiologica mobile si possa applicare certamente allo *ad hoc balancing*, ma non al *definitional balancing*: in questo secondo modello di bilanciamento, infatti, i criteri sono tendenzialmente stabili, pur essendo il frutto di una attività sostanzialmente creativa (anche se non per questo *necessariamente* arbitraria o irrazionale) svolta dagli interpreti.

Dal punto di vista di una descrizione dei modelli argomentativi di fatto praticati dalle corti italiane, vi sono alcuni ambiti nei quali emerge un ricorso piuttosto esteso al bilanciamento definitorio (tipicamente, il conflitto tra la libertà di manifestazione del pensiero e la tutela della personalità⁹⁸): in tali contesti, le corti tendono ad individuare criteri che possano guidare

⁹⁷ M. Nimmer, *The Right to Speak from Times to Time*, cit., *passim*; T. A. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, cit., spec. pp. 979-981; R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., pp. 65-71.

⁹⁸ Cfr. G. Pino, *Il diritto all’identità personale*, cit., cap. III.

preventivamente la soluzione di un conflitto tra diritti o principi, piuttosto che ricostruire tali criteri volta per volta sulla base degli interessi emergenti in ogni singola ipotesi concreta di conflitto tra due diritti.

Nel caso specifico dell'abuso del diritto, tuttavia, la giurisprudenza sembra adottare un modulo argomentativo più simile al bilanciamento *ad hoc*: i criteri di soluzione del conflitto non sono (percepiti come) stabili, la configurabilità stessa del divieto di abuso del diritto nell'ordinamento italiano viene talvolta respinta dalla giurisprudenza, e come abbiamo visto il giudizio di ponderazione può essere svolto sulla base di una pluralità di criteri eterogenei e non sempre tra loro compatibili; la regola (la legge di collisione) non viene esplicitata, e non esiste una (solida) convenzione interpretativa che possa stabilizzare la gerarchia assiologica.

6.3. *La correzione dell'abuso*

Fin qui ho discusso dei criteri di rilevazione dell'abuso, in altre parole abbiamo discusso del modo in cui una condotta, ancorché formalmente rispettosa dello schema legale di esercizio di un diritto, può tuttavia essere valutata abusiva (quello che abbiamo chiamato *problema fenomenologico*). Ora vedremo come la qualificazione giuridica della condotta che è stata valutata abusiva venga successivamente "corretta" in sede interpretativa, o comunque da parte di una autorità normativa diversa rispetto a quella che ha emanato la disciplina generale che ha reso possibile l'abuso (il c.d. *problema metodologico*).

Si tratta di un profilo strettamente collegato a quello dei criteri di rilevazione/valutazione dell'abuso (cfr. *supra*, § 6.1.) e, nei fatti, parassitario rispetto a quest'ultimo, in quanto l'individuazione dell'abuso e la sua successiva correzione vengono normalmente effettuate alla luce del medesimo criterio: se una condotta è giudicata abusiva in quanto antieconomica, verrà corretta alla luce di un criterio economico; se una condotta è giudicata abusiva in quanto immorale, verrà corretta alla luce di un criterio morale, ecc. In realtà, rilevazione e correzione dell'abuso costituiscono due passaggi non sempre esplicitamente separati in sede di ragionamento giustificatorio, e la cui trattazione separata in questa sede risponde non tanto ad esigenze descrittive delle pratiche giustificatorie effettive quanto (nelle intenzioni di chi scrive) ad esigenze di chiarezza analitica e ricostruttiva.

Ebbene, la correzione dell'abuso avviene restringendo in via interpretativa l'ambito di estensione delle regole che disciplinano il diritto, ovvero creando una lacuna, e precisamente una lacuna ideologica, o assiologica, o sostitutiva⁹⁹. Una lacuna di questo tipo non consiste nella mancanza di una

⁹⁹ Si tratta di un punto talvolta – confusamente – avvertito nella letteratura sull'abuso del diritto: cfr. M. Dossetti, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di abuso del diritto*, in «Giurisprudenza italiana», 1969, I, 1, cc.1573-1590, spec. c. 1581: «è ugualmente importante non scorgere lacune nell'ordinamento giuridico là dove non esistono» (in quanto i giudici usano la figura dell'abuso del diritto per risolvere casi che trovano già una soluzione in norme

norma, o nella mancanza di una norma certa, che disciplini una certa fattispecie, ma nella mancanza di una norma giusta o ottimale (e nella speculare presenza di una norma ingiusta, o sub-ottimale)¹⁰⁰. La formulazione forse più chiara del concetto di lacuna assiologica si deve a Carlos Alchurrón e Eugenio Bulygin: un certo caso costituisce una lacuna assiologica rispetto ad un determinato sistema normativo se quel caso riceve una soluzione all'interno di quel sistema normativo, ma ciò avviene senza prendere in considerazione qualche proprietà che dovrebbe essere considerata come rilevante alla luce di un criterio assiologico¹⁰¹.

Pertanto, con riferimento all'abuso del diritto, la rilevazione e la correzione di una lacuna assiologica comportano le seguenti operazioni¹⁰²: in primo luogo, l'interprete accerta che una certa condotta ricade nell'ambito di esercizio di un diritto soggettivo riconosciuto dall'ordinamento, e rileva che tuttavia quella condotta contrasta con qualche criterio sociale, morale, giuridico ecc. assunto come principio giustificativo di quel diritto (ciò è stato discusso *supra*, §§ 6.1.-6.1.4.); in secondo luogo, l'interprete corregge la norma esplicita che consente l'esercizio "abusivo" del diritto, restringendone l'ambito di applicazione rispetto a quanto risultava *prima facie* in base alla formulazione della regola (ad esempio facendo ricorso alla tecnica della dissociazione) ed escludendone la condotta abusiva; in terzo luogo, l'interprete formula una nuova norma (implicita), il cui contenuto consiste nel ricondurre la condotta abusiva ad una soluzione tratta dal criterio di valutazione prescelto, e che rende espressamente vietata quella condotta.

A seconda del criterio di valutazione (e di correzione) prescelto, si potrà distinguere tra la configurazione di una lacuna assiologica "esogena" oppure "endogena", ovvero tra una lacuna assiologica "in senso critico" oppure "in senso interpretativo"¹⁰³.

esplicite); R. Sacco, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, p. 319: «la ragione per invocare la repressione dell'abuso risiede normalmente in una lacuna delle regole puntuali»; M. Costanza, *Brevi note per non abusare dell'abuso del diritto*, in «Giustizia civile», 2001, I, pp. 2443-2445: «l'abuso del diritto presuppone in un certo senso una lacuna, cosicché la repressione della condotta avviene non già attraverso la determinazione degli interessi già tutelati dall'ordinamento, bensì con l'individuazione di esigenze ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge e rispetto alle quali si rinviene l'esigenza di salvaguardia».

In teoria generale, il nesso tra abuso del diritto e lacune assiologiche è colto con chiarezza da M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Ilicitos atípicos*, cit., pp. 61-62.

¹⁰⁰ L'idea risale (come accennato *supra*, § 4.3.) ad Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pp. 125-127; Id., *Dottrina pura del diritto*, cit., p. 280. Si vedano anche N. Bobbio, *Lacune del diritto* (1963), in Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 89-102 (spec. pp. 96-97); R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 244-245.

¹⁰¹ Cfr. C. Alchurrón, E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974, pp. 145 ss.

¹⁰² Cfr. P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile*, cit., pp. 292-293; Id., *Lacune nel diritto*, cit., pp. 51-53; Id., *Finzioni giudiziali*, cit., pp. 85-86.

¹⁰³ Cfr. J. L. Rodriguez, *Axiological Gaps and Normative Relevance*, in «ARSP», 2000, pp. 151-167.

Nel primo caso, l'interprete adotta come parametro assiologico un criterio (un principio, un valore ecc.) esterno rispetto all'ordinamento giuridico cui appartiene la norma esplicita che è stata ritenuta ingiusta, inadeguata ecc.: l'abuso del diritto è una tecnica di etero-integrazione del diritto.

Nel secondo caso, l'interprete predica invece l'ingiustizia, l'inadeguatezza, l'incongruenza, ecc., della norma esplicita a fronte di valori o principi ricavabili dallo stesso sistema cui appartiene quella norma, o comunque percepiti come interni a quel sistema: con riferimento a principi settoriali, tipici di un certo settore dell'ordinamento, oppure con riferimento a principi e valori più generali e fondamentali; in un ordinamento giuridico dotato di costituzione rigida, nella quale sono esplicitamente recepiti determinati valori politico-morali, una lacuna assiologica di tipo interpretativo potrà essere determinata dalla ingiustizia, inadeguatezza, incongruenza ecc., di una norma infracostituzionale rispetto a uno o più principi desumibili dalla costituzione¹⁰⁴: l'abuso del diritto è uno strumento di auto-integrazione del diritto (ovvero di interpretazione sistematica e adeguatrice).

Scorrendo l'elenco dei criteri di valutazione dell'abuso offerto sopra, sarà facile individuare in quali casi la formula viene usata in chiave endogena ("interpretativa") oppure esogena ("critica").

7. *Abuso del diritto e discrezionalità giudiziale*

A conclusione di questa analisi, pare evidente che la caratteristica principale del divieto di abuso del diritto consista nell'attribuire un notevole grado di discrezionalità agli interpreti.

Ciò può avvenire in modi diversi: ad esempio, autorizzando il giudice a fare ricorso a propri criteri morali di valutazione (e qui la discrezionalità è massima, è una *strong discretion* in termini dworkiniani¹⁰⁵); oppure, rimettendo al giudice il compito di individuare la *ratio* o il principio giuridico ispiratore del diritto del quale si predica l'abuso, eventualmente selezionando *rationes* più o meno rilevanti, bilanciando principi in conflitto, e così via (e qui la discrezionalità è probabilmente meno intensa, potrebbe dare luogo a risultati relativamente stabili, ed è possibile assoggettare la motivazione ad un controllo in termini di razionalità); oppure, demandando al giudice il compito di effettuare un calcolo economico in termini di efficienza e massimizzazione dell'utilità (il che sembra abbassare ulteriormente – ma non eliminare – la

Sulla possibilità di distinguere tra giudizi di valore interni e giudizi di valore esterni rispetto al sistema, V. Villa, *Legal Theory and Value Judgments*, in «Law and Philosophy», 1997, pp. 447-477 (spec. pp. 475-477).

¹⁰⁴ Cfr. ad esempio J. J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 176-180.

¹⁰⁵ Per la distinzione tra *weak discretion* (possibilità di prendere una decisione adottando un criterio che lascia margini di apprezzamento) e *strong discretion* (possibilità di prendere una decisione senza dover fare riferimento ad uno standard predeterminato da un'altra autorità), cfr. R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit., pp. 102 ss.

discrezionalità, anche se resta lo scoglio “ideologico” della difficoltà di “internalizzare” nell’ordinamento giuridico le valutazioni in termini di pura efficienza, specie se contrastano con quelle in termini di giustizia).

In ogni caso, la teoria dell’abuso del diritto sembra determinare un doppio grado di discrezionalità: il primo livello riguarda la scelta del criterio di valutazione tra i vari astrattamente disponibili (e che la formula non predetermina), il secondo riguarda la sua applicazione al caso concreto.

Il fatto che il vero nucleo problematico riguardi la determinazione e l’uso dei criteri di valutazione, e non la loro eventuale origine dottrinale o giurisprudenziale, porta ad affermare che i risultati dell’analisi non variano a seconda della circostanza che in uno specifico ordinamento il divieto venga positivizzato o meno. Questa osservazione sembra d’altronde essere confermata da un dato empirico: anche nei paesi in cui vi è stata una esplicita codificazione del divieto di abuso del diritto, la dottrina e la giurisprudenza si sono adoperate per circoscriverne, e spesso neutralizzarne, l’ambito di operatività, riconducendolo ad altri standard meno evanescenti e più consolidati nella pratica giurisprudenziale¹⁰⁶.

Beninteso, non si tratta necessariamente di un grado di discrezionalità che un ordinamento giuridico non possa accettare (con l’eccezione del rinvio a meri criteri morali, come abbiamo visto). Né si tratta necessariamente di una discrezionalità incontrollabile (dal punto di vista di una ricostruzione *ex post* del ragionamento giustificatorio del giudice in sede dogmatica o giudiziale¹⁰⁷), né necessariamente diversa, qualitativamente e quantitativamente, da altre forme di discrezionalità giudiziale comunemente tollerate dagli ordinamenti giuridici¹⁰⁸. La formula dell’abuso del diritto può rappresentare allora una tra le numerose opportunità (clausole generali, standard valutativi elastici, principi inespressi, il ricorso a vari argomenti interpretativi “antiformalistici” quali la natura della cosa, la coscienza sociale, ecc.) che vengono offerte ai giuristi, o

¹⁰⁶ Cfr. S. Patti, *Abuso del diritto*, cit., p. 2; A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 479, 481; R. Sacco, *L’esercizio e l’abuso del diritto*, cit., p. 319; L. Pannarale, *L’abuso del diritto visto dai giudici*, in «Sociologia del diritto», 2001.

¹⁰⁷ Con riferimento all’ordinamento italiano, ad esempio, la Cassazione ha affermato che il ricorso da parte del giudice di merito a norme elastiche è soggetto a controllo di legittimità (sotto il profilo della falsa applicazione di legge, art. 360, n. 3, c.p.c.), ove si ponga in contrasto con i principi propri del settore di riferimento e con gli standard valutativi propri di un certo contesto sociale: cfr. Corte di Cassazione, sez. lav., 13 aprile 1999 n. 3645, in «Foro italiano», 1999, I, cc. 3558-3569.

¹⁰⁸ Come rileva Paolo Comanducci, una normazione contenente il ricorso a principi giuridici può inficiare il valore della certezza del diritto, ma può al contempo perseguire altri obiettivi «dotati forse di eguale o addirittura di maggior valore: quali ad esempio, l’adeguazione del diritto ai cambiamenti sociali, il prendere decisioni “all’ingrosso”, l’offrire criteri generali agli organi inferiori, lo stabilire mete di riforma sociale, la delegazione del potere di determinare il contenuto del diritto, ossia, in generale, la etero e/o la auto-attribuzione ai giudici di una parte del potere normativo, ecc.»: cfr. P. Comanducci, *Principi giuridici e indeterminazione del diritto* (1997), in Id., *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 81-95, alla p. 95 (citazioni omesse). Cfr. anche H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 1961, trad. it. *Il concetto di diritto*, a cura di M. Cattaneo, Einaudi, Torino, 1991, cap. VII.

che i giuristi si auto-attribuiscono, al fine di “correggere” in determinate circostanze la soluzione a prima vista (*prima facie*) emergente dai materiali giuridici disponibili, alla luce di un criterio ulteriore.

Anzi, ci si può domandare se le strategie che mirano a tradurre l’abuso del diritto in un più rassicurante criterio di auto-integrazione del diritto possano realmente avere successo: infatti, nel momento in cui l’abuso del diritto viene privato della sua accezione più controversa, quella di controllo “etico-sociale”, o economico, o funzionale dell’esercizio del diritto, e viene riformulato come strumento di interpretazione sistematica e adeguatrice, o come un caso di ragionamento per principi, esso sembra diventare una mera riformulazione della tecnica ampiamente, e più o meno consapevolmente, pratica dai giuristi, del bilanciamento dei diritti o degli interessi o dei principi¹⁰⁹.

Se come tecnica di auto-integrazione l’abuso del diritto non sembra aggiungere nulla a tecniche già operanti, allora la vera missione della formula (e la storia dell’istituto lo conferma) sta nella sua funzione di etero-integrazione, e chi la voglia usare deve comunque fare i conti con questa vocazione “moralizzatrice” dell’istituto, senza la quale esso viene svuotato di contenuto.

8. Conclusioni

Resta allora il problema dogmatico, contingente, se il divieto di abuso del diritto sia legittimo, ammissibile e utile in uno specifico ordinamento, e in particolare in quello italiano. Qui la mia risposta non può che essere sintetica e parziale (diversamente, sarebbe necessario iniziare da questo punto un nuovo saggio), e non necessariamente originale.

L’ordinamento italiano, con particolare riferimento al diritto civile, non ha positivizzato il divieto di abuso del diritto (nonostante un tentativo in tal senso fosse stato fatto nel progetto preliminare del codice civile)¹¹⁰. È vero che il termine “abuso” ricorre talvolta nel linguaggio del codice civile, ma in questi casi si tratta di un senso diverso da quello che gli è attribuito nella formula “abuso del diritto”: a titolo di esempio si vedano l’art. 10 (“Abuso dell’immagine altrui”), l’art. 1015 (“Abusi dell’usufruttuario”), l’art. 2793 (“Se il creditore abusa della cosa data in pegno, il costituente può domandarne sequestro”; ma questa disposizione va letta congiuntamente a quella dell’art. 2792, che vieta al creditore l’uso della cosa, e quindi l’abuso è la violazione di una regola espressa); da questo punto di vista, la formula dottrinale rappresenta

¹⁰⁹ Cfr. ad esempio, A. Moliterni, A. Palmieri, *«Dormientibus iura succurrunt»: eutanasia dell’art. 833 c.c.*, in «Foro italiano», 1998, I, cc. 69 ss., dove si sostiene che la valorizzazione della clausola costituzionale sulla funzione sociale della proprietà (art. 42, co. 2 cost.) finisce per assorbire la teoria dell’abuso del diritto.

¹¹⁰ Per una ricostruzione storica di questa vicenda, si veda V. Giorgianni, *L’abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 5-19.

quindi un caso di “tecnicizzazione non univoca” rispetto ad un termine presente nel linguaggio legislativo¹¹¹.

L’ordinamento italiano prevede tuttavia numerose modalità di controllo delle forme di esercizio dei diritti soggettivi e più in generale dell’autonomia privata: il divieto di atti emulativi in materia di proprietà (art. 833 c.c.); il principio di correttezza e buona fede in materia di rapporti obbligatori (e in particolare nella conclusione, nell’esecuzione e nell’interpretazione del contratto: artt. 1175, 1337, 1366, 1375 c.c.); il principio della giusta causa per il recesso da un rapporto giuridico di tipo continuativo (si pensi alla materia del rapporto di lavoro, con la ridottissima operatività del recesso *ad nutum*); il principio della atipicità dell’illecito (art. 2043 c.c.), che demanda al giudice una “libera” ricerca di ciò che costituisce un “danno ingiusto”; la responsabilità per aver promosso in giudizio una lite temeraria (art. 96 c.p.c.); e numerosi altri esempi potrebbero essere fatti.

Si pensi poi (art. 12 disp. prel. c.c.) alla possibilità da parte del giudice di ricorrere: *a*) alla analogia *legis*, estendendo la portata delle disposizioni menzionate a casi simili, sulla base di somiglianze (ritenute) rilevanti (ad esempio, il principio della giusta causa per il recesso da un rapporto giuridico di tipo continuativo è solitamente previsto a livello legislativo per i soli casi di rapporti a tempo indeterminato, ma la giurisprudenza lo ha esteso in via interpretativa anche ai rapporti a tempo determinato); *b*) alla analogia *iuris* come strumento di auto-integrazione del diritto, il che potrebbe autorizzare uno scrutinio di alcune forme di autonomia privata alla luce, ad esempio, del principio costituzionale di solidarietà¹¹².

Infine, si pensi alla tecnica giudiziale del bilanciamento dei diritti o degli interessi, sempre più utilizzata dalle corti ordinarie (sotto l’ispirazione della giurisprudenza costituzionale) che, almeno in alcuni settori, sembrano in grado di non cedere alla tentazione del giudizio caso per caso e di sviluppare regole di decisione che possono raggiungere un qualche grado di precisione e di stabilità nella soluzione di conflitti tra principi o diritti confliggenti.

Il divieto di abuso del diritto potrebbe quindi essere ricostruito come un principio implicito, che si pone “al di sopra” degli istituti e delle tecniche sopra menzionati, che li riassume e li giustifica, e effettivamente non è mancato chi ha cercato di sviluppare questa ipotesi teorica¹¹³. Ma una simile costruzione ha davvero qualche utilità?

¹¹¹ Sulla nozione di tecnicizzazione non univoca, cfr. G. Tarello, *L’interpretazione della legge*, cit., pp. 112-113.

¹¹² Notevole in tal senso il disegno sviluppato da Stefano Rodotà a partire dalla metà degli anni ’60 (si vedano in particolare *Il problema della responsabilità civile*, cit., cap. III; *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 163-175; *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in «Rivista di diritto commerciale», 1967, I, pp. 83-125): in questi studi il principio di solidarietà, ricavato dall’art. 2 cost., è invocato al fine di integrare le clausole generali del danno ingiusto (art. 2043 c.c.) e della buona fede (art. 1175 c.c.).

¹¹³ Cfr. ad esempio U. Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano*, cit.; G. Levi, *L’abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 77.

Mi spiego. La costruzione di un principio implicito è, per definizione, una attività di integrazione del diritto da parte degli interpreti. Un principio implicito può essere costruito, di solito, tramite un ragionamento di tipo induttivo¹¹⁴: si parte da norme particolari e si costruisce una norma generale (il principio, appunto). Il principio implicito così costruito, però, non può avere come contenuto la mera “somma”, per così dire, delle norme particolari di partenza, perché in tal caso sarebbe una costruzione ridondante, superflua: il principio deve avere un contenuto precettivo più ampio rispetto all’insieme delle norme da cui è tratto.

Applicando questo ragionamento al caso dell’abuso del diritto si danno, a mio giudizio, tre possibilità:

1) il cosiddetto principio del divieto di abuso del diritto non è altro che un contenitore il cui contenuto è la mera somma degli istituti elencati poco sopra (divieto di atti emulativi, principio di buona fede, ecc.): in tal caso esso non è un vero principio (ancorché implicito) ma semplicemente una «categoria parassita»¹¹⁵, una «sovrastuttura aggiuntiva rispetto alla disciplina positiva»¹¹⁶; oppure

2) il principio del divieto di abuso del diritto ha effettivamente un contenuto precettivo eccedente rispetto alla mera somma dei singoli istituti “costitutivi”, e tale eccedenza consiste nella auto-attribuzione da parte dei giudici (e, indirettamente, della dottrina) di un potere di *auto-integrazione* del diritto, ricorrendo all’interpretazione sistematica e ai principi generali; anche in questo caso, come già accennato, la formula è inutile (e peraltro tradisce la sua funzione originaria); oppure

3) il principio del divieto di abuso del diritto ha effettivamente un contenuto precettivo eccedente rispetto alla mera somma dei singoli istituti “costitutivi”, e tale eccedenza consiste nella auto-attribuzione da parte dei giudici (e, indirettamente, della dottrina) di un potere di *etero-integrazione* del diritto, ricorrendo alla morale sociale, o alla morale individuale del giudice, o a criteri economici: qui la formula ha un suo autonomo rilievo, non è necessariamente un doppione di qualcosa che già opera nell’ordinamento, ma il problema è se tale strumento sia realmente fecondo, oppure non si risolva nell’inserire una formula poco trasparente e poco concettualizzata accanto o sopra altre formule che a loro volta possono talvolta essere poco trasparenti o poco concettualizzate, con ben pochi vantaggi sul piano della chiarezza e trasparenza dell’argomentazione giudiziale¹¹⁷, un potere auto-attribuito da parte

¹¹⁴ Sul punto, cfr. M. Jori, *I principi nel diritto italiano* (1983), in Id., *Saggi di metagiurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 301-332; R. Guastini, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, cit.

¹¹⁵ R. Sacco, *L’esercizio e l’abuso del diritto*, p. 373.

¹¹⁶ Così C. Salvi, *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. I, Istituto dell’Enciclopedia Italiana, Roma, 1988; in quest’ordine di idee, v. già A. Scialoja, *Il «non uso» è «abuso» del diritto soggettivo?*, in «Foro italiano», 1961, I, cc. 256-258.

¹¹⁷ C. Scognamiglio, *Ingiustizia del danno*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XVII, Istituto dell’Enciclopedia Italiana, Roma, 1996, pp. 11-12; Id., *Buona fede e responsabilità civile*, in «Europa e diritto privato», 2001, pp. 343-365: «sembra quantomeno opinabile, già da un punto di vista

dei giudici di correzione del diritto positivo in base a standard “*extra ordinem*” individuati discrezionalmente, potenzialmente idiosincratici, e difficilmente assoggettabili ad un controllo razionale.

Se è così, nell’ordinamento italiano attuale l’utilizzazione della figura dell’abuso del diritto determinerebbe una duplicazione di concetti o di strumenti che, quando non è dannosa, è comunque inutile.

metodologico, sforzarsi di pervenire ad un chiarimento del modo di operare del giudizio di ingiustizia del danno attraverso un concetto persino più problematico di questa formula normativa, qual è appunto quella di abuso del diritto» (p. 350).