

L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto

GIORGIO PINO

1. *Premessa*

Esiste un diritto soggettivo a fare qualcosa di (giuridicamente) sbagliato? Così potrebbe essere riformulata, con specifico riferimento alla dimensione giuridica, la problematica del «*right to do wrong*».

La domanda può essere intesa in modi diversi, e certamente suona paradossale. In questo saggio cercherò di chiarire in che termini questa domanda è stata posta all'interno della civilistica italiana contemporanea, quali problematiche essa implichi, quali conseguenze possa determinare darle una risposta affermativa oppure negativa.

Qualche precisazione preliminare. All'espressione «diritto soggettivo a fare qualcosa di sbagliato» si può attribuire, in contesti giuridici, un duplice significato.

In primo luogo, può significare che il diritto (oggettivo) attribuisce in via generale e astratta un diritto soggettivo (una libertà, un potere, una facoltà, ecc.) che in sé appare censurabile da un punto di vista morale (ovvero, dal punto di vista di una certa morale): si tratta quindi di una possibile versione del più classico fra i temi della filosofia del diritto, quello del rapporto tra diritto e morale.

In secondo luogo, può significare che il diritto (oggettivo) attribuisce in via generale e astratta un diritto soggettivo (una libertà, un potere, una facoltà, ecc.) il cui esercizio, in alcuni casi, è giudicato giuridicamente inammissibile (in un senso che verrà chiarito oltre). Ciò perché il diritto (libertà, potere, facoltà, ecc.) in questione, pur essendo riconosciuto in termini generali dal diritto oggettivo, può essere esercitato tramite una pluralità di condotte x^1, x^2, x^3, \dots

x», alcune delle quali sono considerate in qualche senso antiggiuridiche. L'esempio tipico, quasi di scuola, è offerto dal diritto di proprietà: il proprietario gode di una serie di poteri e facoltà che costituiscono il contenuto del suo diritto, e che l'ordinamento giuridico garantisce con vari strumenti di tutela; tuttavia, in determinate circostanze, alcuni atti di esercizio del diritto di proprietà possono essere considerati antiggiuridici (perché nocivi ad altri, perché antisociali, perché futili, ecc.).

In questo saggio mi occuperò solo di questa seconda accezione dell'espressione «diritto soggettivo a fare qualcosa di sbagliato», tradizionalmente nota ai giuristi come dottrina dell'abuso del diritto.

La linea di confine tra le due ipotesi (ossia, tra l'ascrizione di un diritto soggettivo il cui contenuto è moralmente inammissibile, da una parte, e l'esercizio «abnorme» di un diritto soggettivo dall'altra) può essere, in alcuni casi di confine, alquanto sottile. Potremmo considerare l'esempio di una dottrina giusnaturalista tradizionale, secondo la quale non si può tracciare una netta separazione concettuale tra il diritto vigente e il sistema morale che lo fonda: dal punto di vista di questa dottrina, si potrebbero individuare almeno alcuni casi in cui un diritto soggettivo – tanto se esercitato in maniera «corretta» quanto se in maniera «abusiva» – comunque non potrebbe essere considerato come garantito dal diritto oggettivo, perché contrario al sistema morale di riferimento. In tale prospettiva, avrebbe senso parlare di un abuso del diritto di avere schiavi? E del diritto di abortire?

Più in generale, occorre riconoscere che il linguaggio dei diritti è un linguaggio che contiene, al tempo stesso, elementi descrittivi e prescrittivi: quando parliamo di un diritto soggettivo, spesso non ci limitiamo ad elencare in maniera puramente descrittiva quali condotte siano legittimamente ricomprese nell'ambito di quel diritto, ma assumiamo anche come riferimento ciò che ci sembra debba essere il modo migliore di usare quel diritto¹.

La faccenda diventa ancora più complicata se, dai diritti specificamente disciplinati da regole puntuali (ad esempio, il diritto del creditore di chiedere l'adempimento della prestazione che gli spetta in base ad un contratto), si passa all'ambito dei diritti fondamentali, fraseggiati in termini estremamente ampi e densi di valore nei testi costituzionali, e talvolta semplicemente ricavati, per via interpretativa, come impliciti a partire da una o più norme costituzionali²: ad

¹ Per alcuni spunti in tal senso, si veda F. Schauer, *Can Rights Be Abused?*, in «Philosophical Quarterly», 31, 1981, pp. 225-230.

² È il caso, ad esempio, del diritto alla *privacy* nell'ordinamento statunitense, e del diritto all'identità personale in quello italiano: si veda G. Pino, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, Il Mulino, 2003.

esempio, cosa sta dentro e cosa sta fuori dal perimetro della libertà di espressione? Il c.d. *hate speech* è un abuso della libertà di espressione o piuttosto è qualcosa di totalmente estraneo ad essa, e magari più simile ad una forma di aggressione fisica? Per delineare il perimetro della libertà di espressione – e degli altri diritti fondamentali – non si può fare riferimento soltanto ad elementi puramente descrittivi, ma occorre fare ricorso (anche) ad argomenti valutativi³.

Nonostante queste difficoltà, qui appena accennate, credo tuttavia che la distinzione tra diritti il cui contenuto è considerato *tout court* moralmente inammissibile, e diritti il cui esercizio può a certe condizioni essere considerato «abnorme», possa reggere nelle sue linee generali, e che abbia qualche utilità quantomeno a fini espositivi.

2. *L'abuso del diritto nella civilistica italiana (recente)*

La formula «abuso del diritto» compare nell'armamentario e nell'immaginario dei giuristi da molto tempo, tanto che lo si è definito come uno dei «correttivi più noti»⁴ presente negli ordinamenti giuridici contemporanei per rimediare a fallimenti della normazione generale e astratta. 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. Nella cultura giuridica italiana, l'interesse per la figura dell'abuso del diritto è emerso sporadicamente in alcuni momenti della storia della nostra cultura giuridica, stando adesioni entusiaste e critiche anche aspre, per poi attraversare lunghi periodi di malinconico confino nel ripostiglio dove il giurista ripone gli attrezzi che non gli servono più, perché sostituiti da altri più nuovi, più precisi, o forse solo più «alla moda». Qualche esempio.

³ Sul punto, B. Celano, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in S. Pozzolo (a cura di), *La legge e i diritti*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 89-123. Questa tesi è portata alle estreme conseguenze da alcuni esponenti del pensiero “neocostituzionalista”: si vedano ad esempio G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritto giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, p. 157 («Lo stile, il modo di argomentare “in diritto costituzionale” assomiglia [...] allo stile, al modo di argomentare “in diritto naturale”»); L. Mengoni, *L'argomentazione in diritto costituzionale*, in L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 115-140; R. Dworkin, *Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise*, in R. Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

⁴ Così S. Patti, *Abuso del diritto*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sez. civile*, vol. I, Torino, Utet, 1987, pp. 1-9 (p. 1); cfr. anche A. Gambaro, *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. I, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1988, p. 1.

Agli inizi del Novecento appaiono 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 del diritto, a scapito del «sentimento di solidarietà» e della «funzione sociale» che permeano (dovrebbero permeare?) l'esercizio del diritto soggettivo e specialmente del diritto di proprietà⁵.

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 assai influente rivalutazione della teoria dell'abuso del diritto, utilizzata come istanza particolare di un più ampio programma metodologico antiformalistico, che pone l'enfasi sul pluralismo giuridico e sui cosiddetti corpi sociali intermedi⁶.

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 alcune riproposizioni del pluralismo e del solidarismo cattolico, e le suggestioni della analisi economica del diritto)⁷.

Nonostante l'apparente tecnicismo della questione, la discussione dogmatica sull'abuso del diritto ha chiamato a raccolta argomenti sul modo di concepire la giustificazione filosofico-politica dell'organizzazione giuridica. Così, i sostenitori di una visione giuspolitica individualista e liberale, sul presupposto che il compito dell'ordinamento consiste nell'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; di contro, 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 esaurisce nella sfera egoistica del titolare, ma deve inserirsi armoniosamente nella rete degli interessi perseguiti dalla comunità politica nel

⁵ 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).

⁶ Il riferimento è soprattutto a P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in «Rivista di diritto civile», 1965, I, pp. 205 sgg.

⁷ 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*, Bologna, il Mulino, 1998, pp. 11-114, da cui citerò).

suo complesso, ed emergenti dalla «coscienza sociale». E così, accade che la figura dell'abuso del diritto venga considerata come lo strumento che, dal punto di vista storico, avrebbe determinato o agevolato una progressiva erosione del principio, tipico e anzi fondante degli ordinamenti giuridici borghesi-liberali, della assoluta discrezionalità del proprietario 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»⁸.

L'accendersi di simili dispute attorno ad un argomento così settoriale può essere spiegato considerando due ordini di fattori: in primo luogo, l'utilizzo in contesti giuridici di formule vaghe connotate in senso valutativo (ovvero di «espressioni vaghe socialmente tipiche»⁹) 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 civilistica europea riguardo alla figura del «buon padre di famiglia», utilizzata come parametro di valutazione della condotta delle parti in alcuni rapporti giuridici¹⁰; 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»¹¹. In secondo luogo, il fatto che la teoria del diritto soggettivo è per sua natura destinata ad affondare le radici nelle idee più fondamentali sull'organizzazione politico-giuridica e, quantomeno dall'illuminismo giuridico in poi, la garanzia dei diritti soggettivi può essere considerata l'architrave e il banco di prova su cui valutare il grado di legittimità degli ordinamenti giuridici¹².

⁸ Così Patti, *op. cit.*, p. 8. Emblematiche anche le parole conclusive del saggio di Rescigno, *op. cit.*, p. 144: «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».

⁹ Così C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1990, spec. cap. X.

¹⁰ Alcune indicazioni in proposito in S. Rodotà, *Diligenza (Diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 539-546 (spec. pp. 544-545); D. Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 278-288.

¹¹ Così A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 478, che parla in proposito di «magia delle parole».

¹² Si veda in proposito N.E. Simmonds, *Rights at the Cutting Edge*, in M.H. Kramer, N.E. Simmonds, H. Steiner, *A Debate over Rights. Philosophical Enquiries*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 113-232, 134, 138, dove si raffigurano le versioni classiche delle teorie fondamentali 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.

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;
- b) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto sia effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate;
- c) la circostanza che in un caso concreto l'esercizio 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;
- d) la circostanza che, a causa del fatto che il diritto è stato esercitato secondo modalità censurabili, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio ricadente su una qualche «controparte».

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 una ipotesi di abuso ma di usurpazione di un diritto¹³.

Possiamo partire da una nozione minimale di diritto soggettivo: un diritto soggettivo è una pretesa garantita dall'ordinamento giuridico¹⁴. 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

¹³ Cfr. 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*, 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. 322).

¹⁴ N. MacCormick, *Rights, Claims and Remedies*, in «Law and Philosophy», 1, 1982, pp. 337-357 (spec. p. 355); R. Guastini, *Diritti* (1995), in R. Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 147-156.

sottostante (il «bene della vita», nella terminologia di alcuni giuristi) attribuendogli una determinata forma di protezione giuridica.

Come già notato, il vocabolario dei diritti è un vocabolario valutativo, dotato di una indubbia carica evocativa e simbolica, e questo non vale solo per quei diritti che sono il portato di lotte secolari e di conquiste fondamentali della civiltà occidentale, e dei quali siamo particolarmente gelosi e orgogliosi, come i diritti umani o diritti fondamentali: 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. 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 regolare¹⁵.

Nella storia del pensiero giuridico moderno, le principali teorie elaborate per spiegare il concetto del diritto soggettivo sono, come è noto, la teoria della Volontà e la teoria dell'Interesse: non si tratta di posizioni teoriche unitarie e coerenti, quanto piuttosto di famiglie di teorie con svariate articolazioni interne e perfino commistioni reciproche¹⁶. La teoria dell'abuso del diritto rimanda solitamente ad una concezione del diritto soggettivo come interesse protetto dall'ordinamento¹⁷. Infatti, la traduzione di un interesse in termini oggettivi e astratti da parte del legislatore ha l'effetto di aprire la strada alla possibilità di controlli e limiti *a posteriori* (ossia in sede interpretativa) sulle modalità di esercizio dei diritti, in vista della conformità di tali atti concreti all'interesse astratto sotteso al diritto.

¹⁵ Cfr. MacCormick, *op. cit.*, p. 341; M. Graziadei, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in Alpa, Graziadei, Guarneri, Mattei, Monateri, Sacco, *Il diritto soggettivo*, cit., pp. 3-102 (spec. 29 sgg.).

¹⁶ Un esame più preciso delle varie articolazioni interne delle due famiglie di teorie può leggersi in M. La Torre, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano, Giuffrè, spec. capp. IV e VI; G. Pino, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in «Rivista critica del diritto privato», 2004, 1, pp. 25-60 (spec. pp. 33-37).

¹⁷ Cfr. G. Paton, *A Text-Book of Jurisprudence*, 3rd edition by D. Derham, Oxford, Clarendon, 1964, p. 428: «to carry the doctrine [dell'abuso del diritto] 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.

Il diritto soggettivo viene così inquadrato in un'ottica di tipo teleologico¹⁸, che trascende l'utilità individuale del singolo titolare del diritto e lo riporta invece ad una funzione sociale¹⁹. L'esercizio di un diritto soggettivo non mette immediatamente fuori gioco ulteriori considerazioni, ma anzi deve confrontarsi e armonizzarsi con 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 nei cosiddetti «diritti-funzione», o potestà: 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 alla teoria dell'interesse, si tratta in ultima analisi di un elemento comune a tutti i diritti soggettivi²⁰.

5. L'atto di esercizio del diritto

Ulteriore presupposto affinché si possa verificare un abuso del diritto è che il legislatore non abbia già previsto *a priori* tutte le modalità materiali tramite cui il titolare della posizione di vantaggio può concretamente goderne: se invece è stata prevista una disciplina specifica sulle modalità di esercizio del diritto e il titolare la viola, non si ha abuso del diritto, ma una condotta illecita *tout court* (talvolta si parla in proposito di «eccesso dal diritto», ossia di superamento dei limiti normativi che circoscrivono l'esercizio del diritto)²¹.

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

¹⁸ Cfr. F. Ost, *Entre droit et non-droit: l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990, p. 141: «Le paradoxe [che l'esercizio di un diritto sia illecito] 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)».

¹⁹ Cfr. S. Patti, *Esercizio del diritto*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sez. civile*, vol. VII, Torino, Utet, 1991.

²⁰ 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 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», 85, 1972, pp. 1089 sgg.; cfr. anche F. Denozza, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2002, cap. I.

²¹ Cfr. Schauer, *op. cit.*, p. 227.

modalità di esercizio del diritto non sono predeterminate, o non sono predeterminate con sufficiente precisione, 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»²².

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, si tratta di una caratteristica quasi connaturale ai diritti costituzionali, che inevitabilmente portano con sé la necessità di operare complesse e controverse operazioni di ponderazione e specificazione²³.

6. Il criterio di valutazione della condotta abusiva

Nella disciplina dei diritti confluiscono regole, principi e talvolta ulteriori standard valutativi (correttezza, buona fede, ecc.). Le regole sono generalizzazioni prescrittive, e come tali presentano solitamente due possibili difetti²⁴: 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, 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. 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.

Uno dei nodi principali attraverso cui deve passare qualsiasi discussione sull'abuso del diritto riguarda allora 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

²² Così Taruffo, *op. cit.*, p. 442.

²³ Cfr. Celano, *op. cit.*; 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.

²⁴ Seguo qui l'impostazione di F. Schauer, *Le regole del gioco. Un'analisi delle decisioni prese secondo regole nel diritto e nella vita quotidiana* (1991), Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 66-70, 166-169.

stortura normativa. Al pari di altri standard valutativi, infatti, la formula «abuso» è una formula vuota, che necessita di essere concretizzata alla luce di criteri ulteriori (giuridici o extragiuridici). Vediamo i principali.

6.1. *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 offertagli dalla titolarità di un diritto soggettivo.

Normalmente, il criterio dell'intenzionalità del danno si accompagna a quello della mancanza di un interesse effettivo all'atto di esercizio del diritto, ma in realtà l'incontro tra questi due criteri produce effetti curiosi: il secondo è destinato a mettere fuori gioco il primo, in ragione dei meccanismi processuali di distribuzione dell'onere della prova e degli strumenti probatori di fatto accessibili alle parti. Infatti, la prova dell'intenzionalità si rivela tanto difficile da produrre per la controparte (una sorta di *probatio diabolica*), da indurre a farla coincidere con la sussistenza di determinate circostanze obiettive, come ad esempio la mancanza di interesse per il titolare del diritto al compimento dell'atto presunto abusivo; di contro, se si intendono i due criteri come concorrenti (in altre parole, se si richiede che sussistano contemporaneamente sia l'intenzione di nuocere che l'assenza di vantaggio per il titolare, al fine di dichiarare abusivo l'atto di esercizio del diritto), anche una volta che sia stata dimostrata l'intenzione di nuocere, un qualsiasi, minimo vantaggio potrà essere facilmente reclamato dal titolare del diritto, mettendo così fuori gioco il divieto.

Si intende agevolmente che il ricorso al criterio dell'intenzionalità 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 si 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*²⁵.

Per sfuggire alle strettoie delle teorie intenzionali-soggettive (storicamente, le prime ad apparire), è stata seguita la strategia di neutralizzare l'elemento psicologico dell'intenzione di cagionare danno o molestia, e trasformare il vantaggio del titolare (la cui assenza è sintomo o addirittura

²⁵ Una posizione di questo tipo si rinviene, ad esempio, in A. Torrente, *Emulazione (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VI, Torino, Utet, 1975, pp. 521-526.

sinonimo di abuso) in vantaggio «apprezzabile» o «meritevole». Ad esempio, l'art. 833 c.c. indica come presupposto per sanzionare la condotta «emulativa» del proprietario la circostanza che i suoi atti «non abbiano altro *scopo*» che danneggiare altri; 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 danneggiato²⁶.

Viene così spianata la strada a criteri «oggettivi» di valutazione della condotta abusiva.

6.2. *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 abusiva²⁷.

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 disporre di criteri (giuridici, sociali, economici) che

²⁶ Cfr. ad esempio, S. Romano, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 166-170; S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 100-101; P. Perlingieri, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, Jovene, 1971, p. 200.

²⁷ Cfr. P. G. Monateri, *Diritto soggettivo*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sez. civile*, vol. IV, Torino, Utet, 1990, pp. 411-433 (spec. p. 420).

permettano di distinguere accuratamente ciò che ricade nella sfera interna del proprietario da ciò che ne è invece esterno²⁸.

Un ragionamento analogo potrebbe essere svolto a proposito dei rapporti giuridici obbligatori, considerando abusive le condotte che 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»²⁹) 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 valuta gli interessi in conflitto nei termini di un calcolo 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»³⁰.

6.3. *Criteri morali*

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

L'uso in sede giudiziale di criteri valutativi di tipo morale può dar luogo, a seconda dei casi, ad una delle seguenti ipotesi: 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 nel prossimo paragrafo, sotto l'etichetta dei criteri teleologici).

²⁸ Secondo U. Mattei, *La proprietà*, Torino, Utet, 2001, p. 260-261, tali criteri potranno essere ricavati dalla legge, dalla consuetudine, dal mercato.

²⁹ 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, *Interpretazioni. Il diritto tra etica e politica* (1998), Bologna, il Mulino, 2000, pp. 48-52.

³⁰ 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.

Il primo caso, in cui il giudice valuta l'abusività dell'atto di esercizio del diritto facendo espresso riferimento 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 giudice³¹. Ove venisse adottata una soluzione di questo tipo, d'altronde, si determinerebbe una situazione paradossale, che è stata efficacemente definita come «una convenzione che si autoannulla»³²: 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 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 sociale³³. 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»³⁴. Anche questa strada presenta alcuni problemi.

³¹ Rilevano la scarsa propensione dei giudici ad esibire le proprie valutazioni morali Luzzati, *op. cit.*, p. 321; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 380.

³² L'espressione è di J.C. Bayón, *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico*, in «Isonomía», 13, 2000, pp. 87-117 (spec. pp. 110-111); Id., *Why Is Legal Reasoning Defeasible?*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», www.dirittoequestionipubbliche.org, 2, 2002, p. 12.

³³ Sulla possibilità che i giudici non facciano un uso diretto delle espressioni valutative, ma rinvino alle valutazioni diffuse nella comunità di riferimento, cfr. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 315-317; J.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*, Barcelona, Gedisa, 2002, pp. 93-116 (spec. p. 100). La distinzione tra uso diretto e uso tra virgolette degli enunciati valutativi risale a R.M. Hare, *The Language of Morals*, Oxford, Clarendon Press, 1952, pp. 124-125; sul punto, cfr. B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 94-95; Id., *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, cit., pp. 110-116.

³⁴ Così Rescigno, *op. cit.*, pp. 114-117, 136-140.

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 società³⁵, mentre altre sembrano demandare al giudice una valutazione o un accertamento di tipo diverso (ad esempio di tipo tecnico)³⁶; con riferimento all'esperienza italiana, 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 valutazione³⁷.

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 contrario³⁸.

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 alla 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

³⁵ Esempio tipico: art. 529 cod. pen., che fa riferimento agli «atti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore». Per una osservazione analoga, riferita criticamente alla posizione di Alchourrón e Bulygin (cfr. *supra*, nota 33) cfr. M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Illicitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000, p. 45.

³⁶ Cfr. Diciotti, *op. cit.*, pp. 378-380.

³⁷ Cfr. Diciotti, *op. cit.*, p. 379; B. Celano, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, cit., p. 114, 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).

³⁸ Sui problemi che si pongono al «giudice-sociologo», cfr. M. Taruffo, *La motivazione delle decisioni fondate su standards*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, Torino, Giappichelli, 1989, pp. 311-344; 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 sgg.).

concreto, isolandoli tra una congerie di *inputs* che provengono dalla realtà sociale³⁹. La coscienza sociale può dunque rivelarsi un filtro meramente illusorio alla discrezionalità del giudice, e rendere meno trasparente la sua decisione.

6.4. *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 nel discorso dottrinale e giurisprudenziale si possono presentare variamente combinati.

Un primo modo di intendere in senso teleologico l'abuso del diritto, e anche uno dei più risalenti, consiste nel ravvisare nella specifica condotta «incriminata» una deviazione dalla «funzione sociale» del diritto stesso⁴⁰. La «funzione sociale» di un diritto può a sua volta rinviare alla funzione *economica* dell'istituto, oppure a idee di solidarietà sociale e simili (e in quest'ultimo caso si tratterebbe della giustificazione *morale* del diritto, gli «scopi etici e quindi sociali per cui il diritto stesso viene riconosciuto e concesso nell'ordinamento giuridico»⁴¹). In questa accezione, quindi, si può fare rinvio alle considerazioni già svolte a proposito dei criteri economici e 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: l'interprete deve quindi 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»⁴².

³⁹ 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 sgg.

⁴⁰ Cfr. Levi, *op. cit.*

⁴¹ Così Corte di Cassazione, sez. II civ., 15.11.1960 n. 3040, in «Foro italiano», 1961, I, cc. 256 sgg.

⁴² Così ad esempio M. D'Amelio, *Abuso del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. I, Torino, Utet, 1957, pp. 95-96; U. Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto*

Ma che per questa via si possano attingere risultati «oggettivi» è assai dubbio⁴³. Infatti, se è vero che ad un istituto giuridico non è possibile ascrivere 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 l'ulteriore vincolo dell'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 concorrenti⁴⁴.

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 valutarne l'abusività. L'interprete si muove dunque per vie endo-sistematiche⁴⁵: 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.

Ovviamente, la ricerca del principio giustificativo non è mai un affare semplice, perché si può rintracciare sempre più di un principio rilevante per la soluzione di un determinato caso concreto, 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

nell'ordinamento giuridico italiano, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1958, pp. 18-37 (spec. p. 32); Romano, *op. cit.*

⁴³ Secondo 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».

⁴⁴ Per una attenta analisi dell'argomento teleologico, cfr. Diciotti, *op. cit.*, p. 414-425; v. anche V. Velluzzi, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 129-133.

⁴⁵ 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», 7, 2002, pp. 373-386.

generali o fondamentali impone dunque all'interprete un giudizio di ponderazione o bilanciamento tra principi in conflitto⁴⁶.

7. La correzione dell'abuso

La fase successiva è la correzione, in sede interpretativa, della qualificazione giuridica della condotta che è stata valutata abusiva. Si tratta di un profilo strettamente collegato a quello dei criteri di rilevazione/valutazione dell'abuso 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.).

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 sostitutiva⁴⁷. Una lacuna di questo tipo non consiste nella mancanza di una norma, o nella mancanza di una norma certa, ma nella mancanza di una norma giusta o ottimale (e nella speculare presenza di una norma ingiusta, o sub-ottimale)⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. ad es. E. Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 185 sgg.; Ead., *Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche*, in «Rivista critica del diritto privato», 1998, pp. 625 sgg.; 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. Pino, *Il diritto all'identità personale*, cit., cap. III.

⁴⁷ Si tratta di un punto talvolta 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); Sacco, *op. cit.*, p. 319; M. Costanza, *Brevi note per non abusare dell'abuso del diritto*, in «Giustizia civile», 2001, I, pp. 2443-2445. In teoria generale, il nesso tra abuso del diritto e lacune assiologiche è colto con chiarezza da Atienza, Ruiz Manero, *op. cit.*, pp. 61-62.

⁴⁸ L'idea risale ad H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Torino, Einaudi, 1952, pp. 125-127; Id., *La dottrina pura del diritto* (1960), Torino, Einaudi, 1966, p. 280. Si vedano anche N. Bobbio, *Lacune del diritto* (1963), in N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 89-102 (spec. pp. 96-97); C. Alchourrón, E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974, pp. 145 sgg.; R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 244-245.

Pertanto, con riferimento all'abuso del diritto, la rilevazione e la correzione di una lacuna assiologica comportano le seguenti operazioni⁴⁹: in primo luogo, l'interprete accerta che una certa condotta ricade nell'ambito di esercizio di un diritto riconosciuto dall'ordinamento, e rileva che quella condotta però contrasta con qualche criterio sociale, morale, giuridico ecc.; in secondo luogo, l'interprete corregge la norma esplicita che consente l'esercizio «abusivo» del diritto, restringendone l'ambito di applicazione 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»⁵⁰.

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 costituzione⁵¹: l'abuso del diritto in questo caso è uno strumento di auto-integrazione del diritto (ovvero di interpretazione sistematica e adeguatrice).

⁴⁹ Cfr. P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 292-293.

⁵⁰ Cfr. J.L. Rodriguez, *Axiological Gaps and Normative Relevance*, in «ARSP», 2000, pp. 151-167.

⁵¹ Cfr. ad esempio J.J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 176-180; 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», 16, 1997, pp. 447-477 (spec. pp. 475-477).

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»).

8. *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, legittimando il giudice a fare ricorso a propri criteri morali di valutazione (e qui la discrezionalità è massima); 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 un calcolo economico in termini di efficienza e massimizzazione dell'utilità (il che sembra abbassare ulteriormente – ma non eliminare – la 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.

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 giudiziale), né necessariamente diversa, qualitativamente e quantitativamente, da altre forme di discrezionalità giudiziale comunemente tollerate dagli ordinamenti giuridici.

La formula dell'abuso del diritto può rappresentare allora una tra le numerose opportunità (clausole generali, standard valutativi elastici, principi inespressi, argomenti interpretativi «antiformalistici» quali la natura della cosa, la coscienza sociale, ecc.) che la cultura giuridica mette a disposizione dei

giuristi al fine di «correggere» in determinate circostanze la soluzione a prima vista (*prima facie*) emergente dai materiali giuridici disponibili.

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 praticata dai giuristi, del bilanciamento dei diritti o degli interessi o dei principi.

Se come tecnica di auto-integrazione l'abuso del diritto non sembra aggiungere nulla a tecniche già operanti, allora la vera missione della formula sembra consistere nella sua funzione di etero-integrazione, e chi la voglia usare deve fare i conti con questa vocazione «moralizzatrice» dell'istituto, senza la quale esso viene svuotato di senso.

9. Conclusioni

Resta allora il problema dogmatico, contingente, se il divieto di abuso del diritto sia legittimo, ammissibile e utile nell'ordinamento italiano. Qui la mia risposta non può che essere sintetica e parziale, e non necessariamente originale.

L'ordinamento italiano, pur non avendo positivizzato il divieto di abuso del diritto, 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 (artt. 1175, 1337, 1366, 1375 c.c.); il principio della giusta causa per il recesso da un rapporto giuridico di tipo continuativo; 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 alla possibilità da parte del giudice di ricorrere: *a*) alla analogia *legis*, che può consentire di estendere la portata delle disposizioni sopra menzionate a casi simili, sulla base di somiglianze (ritenute) rilevanti; *b*) alla analogia *iuris* come strumento di auto-integrazione del diritto, che potrebbe

autorizzare, ad esempio, lo scrutinio di alcune forme di autonomia privata alla luce del principio costituzionale di solidarietà.

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), le quali 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 sopra menzionati, che li riassume e li giustifica, e effettivamente non è mancato chi ha cercato di perseguire questa strada⁵².

Ma una simile costruzione ha davvero qualche utilità? 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 induttivo⁵³: 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 diverse 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»⁵⁴, una «sovrastruttura aggiuntiva rispetto alla disciplina positiva»⁵⁵;

2) il principio del divieto di abuso del diritto ha un contenuto precettivo eccedente rispetto alla mera somma dei singoli istituti «costitutivi», e tale eccedenza consiste nella auto-attribuzione da parte dei giudici (e,

⁵² Cfr. ad esempio Natoli, *op. cit.*; G. Levi, *L'abuso del diritto*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 77.

⁵³ Sul punto, cfr. M. Jori, *I principi nel diritto italiano* (1983), in M. Jori, *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 301-332; Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit. pp. 293 sgg.

⁵⁴ Sacco, *op. cit.*, p. 373.

⁵⁵ Così C. Salvi, *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. I, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 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.

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 abbandona la sua funzione originaria);

3) il principio del divieto di abuso del diritto ha 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 a quella individuale del giudice: in questo caso la formula ha effettivamente un suo autonomo rilievo, e non è necessariamente un doppione di qualcosa che già opera nell'ordinamento. Il problema è però 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 giudiziale⁵⁶: un potere auto-attribuito da parte dei giudici di correzione del diritto positivo in base a standard «*extra ordinem*» individuati discrezionalmente.

⁵⁶ C. Scognamiglio, *Ingiustizia del danno*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XVII, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1996, pp. 11-12; Id., *Buona fede e responsabilità civile*, in «Europa e diritto privato», 2001, pp. 343-365.