

Prefazione

di Francesco D'Agostino

Un libro coraggioso, *L'abuso del diritto* di Matteo Pompei. Coraggioso, non perché affronti una tematica particolarmente nuova, astrusa o poco esplorata (il tema, anzi, appartiene a quelli canonici della teoria del diritto), ma per come l'affronta. Pompei, infatti, è molto freddo nei confronti della moderna teoria del diritto, che riconduce in genere la questione dell'abuso alla prospettiva funzionalistica che è dominante nel momento storico attuale. Per questa dottrina abusare del diritto comporterebbe, in buona sostanza, non solo e non tanto alterare l'identità delle norme, quanto destrutturarle, sottraendo al legislatore (o, per essere più precisi, al *potere* legislativo) una competenza che è solo sua e che andrebbe sempre e comunque rispettata. Da qui, tutta una serie di ulteriori, a volte raffinate, ma sostanzialmente inaccettabili analisi elaborate dalla dottrina dominante; analisi, che Pompei presenta ai suoi lettori con lucidità e competenza: un lavoro, questo, che già giustificherebbe gli sforzi dell'autore e meriterebbe il plauso da parte dei suoi lettori. Ma, come ho accennato, non va visto qui, sul piano delle riflessioni di mera *teoria*, il cuore di questo libro. Pompei mira alla *filosofia del diritto*; vuole dimostrare che prima che teorico, il tema dell'abuso del diritto è filosofico. Una pretesa forte, sulla quale però è indispensabile riflettere, perché può aprire orizzonti inaspettati.

Non si tratta ovviamente di negare che l'abuso può certamente rendere il diritto *disfunzionale* e trasformarlo – come già si è accennato – in una vera e propria delegittimazione implicita dell'autorità normativa del potere. Il vero compito della giurisprudenza, nel senso più pieno e ricco della parola, non è però quello di operare per smussare o addirittura confutare interpretazioni disfunzionali delle norme. Alla giurisprudenza – ripeto: *nel*

sensu più pieno e ricco della parola— spetta piuttosto individuare l'ambito reale dello *jus*, per evitare due rischi opposti, ma di pari estrema gravità: quello di una *giuridificazione arbitraria* della vita sociale (quel fenomeno che i tedeschi, con termine difficilmente traducibile, esprimono col vocabolo *Verrechtlichung*) e quello di un'altrettanto arbitraria e ingiustificabile *degiuridicizzazione* del sociale (che porta, inevitabilmente, ad una sua *iperpolitizzazione*). Ora, per percepire la rilevanza di ambedue questi rischi è indispensabile elaborare un'*ontologia del diritto*, tornando ad inserire una prospettiva *filosofica* nel contesto di un discorso (di un qualsiasi discorso) di *teoria generale del diritto*. È quello che fa Matteo Pompei, con risultati di sicuro rilievo.

Un'*ontologia del diritto* è finalizzata in primo luogo a tematizzare i *limiti* del diritto. Questa tematizzazione è ardua, perché, per farla emergere, non basta contrapporre il diritto ad altre dimensioni della prassi, rievocando contrapposizioni classiche, del tipo diritto/morale, diritto/religione o diritto/politica. I limiti ontologici del diritto che il filosofo (e lui soltanto) è chiamato a mettere a fuoco non derivano, per dir così, dall'"esterno", ma dall'"interno" stesso dell'esperienza giuridica. Nel diritto i limiti "esterni" certamente esistono e alterano l'ordine sociale e la classica analogia tra diritto e medicina può aiutarci a capirne le dinamiche (un limite "esterno" alla salute fisica come ordine biologico è quello che emerge nelle malattie infettive, causate da agenti patogeni esterni che invadono un organismo e se ne impossessano). Ma gli "agenti" patogeni possono essere adeguatamente fronteggiati e spesso rimossi, come dimostra la stessa medicina, identificando e rimuovendo la causa "esterna" di tante epidemie. Accanto ai suoi limiti esterni, il diritto conosce però anche limiti "interni", che afferiscono alla sua stessa struttura e quando si manifestano (come nel caso di pratiche che comportano "abusi") possono e devono essere combattuti per la salvezza e per il ripristino dell'ordine sociale, non però nell'illusione che sia possibile rimuoverli, purificando (per dir così) l'essenza del giuridico. La *natura* del diritto può certamente essere orientata, ma altrettanto certamente non può essere manipolata, trasfigurata, ridotta ad altro da sé. Questo è l'insegnamento profondo e essenziale che lo studio *filosofico* dell'abuso del diritto è in grado di offrirci. Conseguenza di questo studio è l'auspicio che potrebbe riassumere il senso profondo

che pervade tutto il libro di Pompei: l'auspicio che l'istituto dell'abuso del diritto mantenga una *strutturale elasticità teorica* e non venga cristallizzato in formule apodittiche, criptiche o nebulose.

Purtroppo sono ben pochi i giuristi positivi (e Matteo Pompei non è certamente tra questi), capaci di avvertire oggi la rilevanza di questo auspicio. Le ragioni sono molteplici e diverse: a me piace sottolineare una ragione che è più psicologica che dottrinale, quella secondo la quale lo studio dei *limiti* del diritto (attraverso la teoria dell'abuso) è fondamentalmente lo studio dei limiti ontologici della nostra esperienza *in generale*. E poiché *oggi* ammettere i limiti costitutivi della nostra esperienza si scontra con il narcisismo tipico dominante nel nostro tempo, ne segue la tentazione della rimozione, che nel nostro caso acquista il carattere di una profonda rimozione epistemologica. Il risultato è che sempre di più i giuristi continuano ad elaborare prospettive dottrinali brillanti, ma fragili, che hanno portato all'emarginazione culturale del loro sapere, oggi vistosamente assente non certo nella prassi collettiva, ma nel dibattito pubblico. È necessario – e nessuno più dei giuristi dovrebbe esserne consapevole – un cambiamento di rotta: e opere, come questa di Matteo Pompei, che qui si presenta e si raccomanda, sono un segno rilevante di un impegno in tal senso.

Introduzione

L'istituto¹ dell'abuso del diritto è una figura controversa e dai contorni piuttosto sfumati sia nel nostro ordinamento, dove non c'è mai stata una sua codificazione, sia nei sistemi giuridici in cui c'è stata un'espressa positivizzazione, che tuttavia non ha mai sopito le diverse interpretazioni che hanno stimolato i giuristi, facendone uno dei "correttivi più noti"² negli ordinamenti giuridici contemporanei.

In verità il sintagma *abuso del diritto* si presenta come una figura controversa nella sua stessa formulazione linguistica, specialmente in un'ottica di stretto positivismo legalistico. All'esercizio di un diritto, dovrebbe corrispondere infatti uno spazio di libertà inserito nella cornice delle norme di un ordinamento giuridico, mentre la situazione in esame sembra prospettare che l'esercizio di una pretesa o di una libertà in astratto garantita dal diritto positivo costituisca, nel caso concreto, un fatto illecito o comunque antiggiuridico³.

In una prospettiva diacronica, l'abuso del diritto (ove il termine "diritto" deve intendersi come espressione ellittica di "diritto soggettivo") è stato oggetto di molteplici interpretazioni e

¹ Tra le molteplici definizioni che la dottrina e la giurisprudenza attribuiscono al sintagma *abuso del diritto*, la prospettiva in esame intende qualificarlo, anche per ragioni di coerenza nell'esposizione, come *istituto*, intendendolo come complesso delle norme e delle riflessioni dottrinali e giurisprudenziali che vi si concentrano. Tale definizione non è, tuttavia, condivisa in modo unanime dalla dottrina, a causa della sua strutturale indeterminazione. Cfr. A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *L'abuso del diritto. Storia e ambiti disciplinari*, Milano 2010, Atti di Convegno, pp. 318-321.

² S. PATTI, *Abuso del diritto*, in "Digesto delle Discipline Privatistiche – Sez. civile", Torino 1987, pp. 1-2.

³ G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in "Rivista critica del diritto privato", 1/2004, p. 29.

critiche, che non hanno tuttavia scalfito i suoi elementi costitutivi, che si possono così sintetizzare:

- la titolarità di un diritto soggettivo (in senso lato) in capo ad un soggetto;
- la possibilità che l'esercizio del diritto sia effettuato secondo una pluralità di modalità non predeterminate da precise norme;
- il fatto che l'esercizio concreto del diritto, ancorché formalmente rispettoso della cornice normativa di riferimento, venga svolto secondo modalità che risultino censurabili;
- la circostanza che, in virtù della condotta abusiva, si verifichi una sproporzione tra il beneficio del titolare del diritto e il pregiudizio subito da un altro soggetto.

Il precipuo obiettivo del presente lavoro è quello di arrivare a comprendere se, ed eventualmente come, si possa esercitare un diritto in modo improprio, o – come suggerisce la radice etimologica del termine (*ab-uti*) – in modo anormale o eccessivo. La trattazione, tuttavia, non vuole avere carattere meramente ricognitivo e compilativo, ma cercherà di difendere un determinato approccio alla teoria dell'abuso e al diritto in generale.

Si cercherà dunque di compiere una ricerca meta-teorica, ossia volta ad analizzare le diverse teorie che investono la figura dell'abuso del diritto, muovendo dal terreno della dogmatica⁴ in una zona a ridosso della teoria generale del diritto⁵. Si proverà a comprendere se dietro la teoria dell'abuso del diritto esista una categoria giuridica dotata di identità propria, o si configuri una mera opzione politico-economica che dal liberalismo

⁴Nonostante la figura dell'abuso del diritto si inserisca contemporaneamente in numerose branche giuridiche, si sostiene che il terreno che più le appartiene sia quello dell'alta dogmatica, intesa come la scienza protesa all'elaborazione teoretica dei concetti giuridici, unitamente a quello della teoria generale del diritto, in quanto non contenuta all'interno dell'alveo di un'esperienza di diritto positivo specifica, ma appartenente al piano di astrazione più alto dei costrutti formali.

⁵La prospettiva giusteologica assume un ruolo fondamentale nella trattazione in esame, poiché analizza sia le categorie utilizzate per affrontare il tema – quali ad esempio le regole regolative, le regole costitutive, le regole sovra-inclusive e sotto-inclusive – sia i confini che delimitano tali categorie, come ad esempio i principi e le regole.

viri verso un approdo di stampo sociale⁶, o ancora vi sia solo uno schermo dietro il quale i giudici tendano a giustificare le proprie decisioni arbitrarie⁷.

La teoria dell'abuso, infatti, può essere letta sotto molteplici lenti nel contesto di "giochi interpretativi"⁸ diversi, come quello volto a trovare la giustificazione di un procedimento giudiziale o quello finalizzato ad un'attività esegetica per individuare un principio implicito all'interno dell'ordinamento. In questa sede, si tenterà di affrontare l'argomento in esame in una prospettiva giusteoria⁹, con riferimento sia alla riflessione circa i ragionamenti della giurisprudenza dogmatica e giudiziaria, sia intorno ai concetti giuridici protesi a dare una precisa collocazione all'abuso del diritto¹⁰.

Questi temi verranno affrontati provando ad analizzare il ruolo della figura in esame nell'alveo del diritto nella sua unità, considerando altresì alcune implicazioni che sfociano necessariamente nella morale o addirittura nell'economia e nella politica, benché l'obiettivo precipuo della presente trattazione, come detto, sia quello di provare a compiere una ricognizione teorica del concetto di abuso del diritto.

⁶ S. PATTI, *Abuso del diritto*, cit., pp. 8 e 9.

⁷ C. SARRA, *L'abuso del diritto*, in F. ZANUSO (a cura di), *Custodire il fuoco. Saggi di filosofia del diritto*, Roma 2014, pp. 236-245.

⁸ L. WITTGENSTEIN, *Ricerche filosofiche*, Vienna 1936, trad. it. (a cura di) C.G.M. COLOMBO, Torino 1967, pp. 48 e ss.

⁹ Il precipuo obiettivo della teoria del diritto non è quello di rilevare cosa il diritto stabilisca, né cosa esso dovrebbe stabilire, né cogliere il grado di effettività delle norme, ossia lo stato di osservanza di fatto rispetto a quanto il diritto stabilisce. La teoria generale mira soltanto a definire ed analizzare i concetti (quindi "cosa sono" e non "quali sono" o "debbono essere" o ancora "come operano di fatto") e a connetterli in una rete coerente di postulati, definizioni e teoremi. La teoria del diritto, quale sistema di concetti e di asserti distinto ed autonomo rispetto alle discipline giuridiche particolari è tradizionalmente volta all'identificazione e all'analisi delle strutture formali degli ordinamenti giuridici indipendentemente dai valori che li informano e dai loro concreti e variabili contenuti prescrittivi. Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari 2007, p. 43.

¹⁰ G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano 2006, p. 121.

Tale analisi teorica ha molteplici finalità: la prima è quella di porsi in una prospettiva giusfilosofica¹¹, che abbia quindi ad oggetto il diritto non per come esso si produca in una catena di cause e di effetti, bensì per quello che possa manifestare la sua ragion d'essere¹². In particolare, si cercherà di “cogliere il senso” della natura e della struttura del diritto soggettivo, con le sue inevitabili implicazioni tra diritto e morale o tra regole e principi. Obiettivo arduo e rischioso, che necessita di una fatica improba, ma come scriveva Platone “è indubbio che questo rischio esista, ma è un rischio bello”¹³. La seconda prospettiva è quella dogmatica, ossia finalizzata alla ricognizione delle norme e dei concetti giuridici, al fine di cogliere i fondamenti e i limiti dell'abuso del diritto. L'ultima prospettiva, che forse è sintetica delle due summenzionate, prende le mosse dalla “meta-dogmatica in funzione teorica”¹⁴ o “alta dogmatica”, che riguarda una ricostruzione concettuale dei ragionamenti in tema di abuso del diritto, volta a cogliere i presupposti teorici su cui essi si fondano.

È bene segnalare, dunque, che questa analisi teorica, con tutte le sue declinazioni, non si limiterà a ridurre l'argomento dell'abuso a una mera statuizione positiva, giustificata solo dalla volontà sovrana dei diversi legislatori. L'approccio epistemologico della presente trattazione respinge, infatti, la prospettiva riduzionista e “giuspositivista etica”¹⁵, in quanto vorrebbe cogliere nell'analisi del diritto la “verità”, intesa come concetto trascendentale¹⁶.

¹¹ Come avvertiva Hegel, la filosofia non ha la possibilità di avere preconstituito il proprio oggetto, al pari delle altre forme sapienziali. Deve sempre fronteggiare il compito preliminare di delimitare le proprie competenze. A ciò non sfugge, ovviamente la filosofia del diritto. Cfr. F. D'AGOSTINO, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, Torino 2006, pp. 1 e ss.

¹² F. D'AGOSTINO, *Corso breve di filosofia del diritto*, Torino 2011, p. 18.

¹³ “*Kalòs ho kíndynos*”. Cfr. PLATONE, *Fedone*, 114 d, trad. it. (a cura di) G. GIARDINI, Milano 1998.

¹⁴ G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica*, cit., p. 123.

¹⁵ Nella prospettiva in esame per “giuspositivismo etico” intendiamo una specie di relativismo assiologico, che non contempi il bene in sé e, pertanto, abbia come unico punto di riferimento ciò che è statuito nelle norme positive. Cfr. F. D'AGOSTINO, *Corso breve di filosofia del diritto*, cit., p. 54.

¹⁶ F. D'AGOSTINO, *Corso breve di filosofia del diritto*, cit., p. 28.

Il primo capitolo del presente studio sull'abuso del diritto è dedicato a una ricerca storica: si ritiene, infatti, che i concetti giuridici abbiano un'origine e uno sviluppo, sicché le questioni dibattute in un determinato periodo storico sono il frutto di azioni e pensieri precedenti. Solo avendone contezza, quindi, si possono comprendere appieno le tesi proposte nel dibattito attuale. È importante, dunque, considerare la temperie nella quale si è sviluppata la teoria dell'abuso e, a tal proposito, i primi capitoli sono dedicati proprio alla disamina dei diversi contesti storici e ambientali nei quali ha trovato cittadinanza l'abuso del diritto, sebbene secondo declinazioni spesso non univoche.

Si potrà constatare, infatti, che la figura dell'abuso del diritto, nei termini in cui se ne dibatte oggi, emerge solo nella seconda metà del XIX secolo, con il precipuo obiettivo di contrastare le forme di esercizio indiscriminato dei diritti individuali che scaturì dalla Rivoluzione francese¹⁷.

Un aspetto critico dello sviluppo dell'abuso del diritto, quindi, riguarda i sistemi giuridici entro cui tale figura è stata fagocitata. Ed infatti, se inizialmente è sorto come strumento di reazione al formalismo legale, nella presente trattazione si noterà che l'abuso del diritto è cresciuto proprio in quei sistemi dove il diritto scritto aveva un ruolo centrale, dominava la cultura giuspositivistica ed era diffusa la tecnica applicativa della sussunzione¹⁸, intesa come deduzione logica, quale strumento essenziale per individuare il diritto¹⁹.

Non v'è infatti una corrispondenza univoca nei sistemi di *Common Law*, ove non è presente un sistema imperniato sulla stretta legalità e sulla certezza del diritto. Ne consegue che l'abuso del diritto non appare mai come una figura eversiva protesa al superamento delle regole, anzi, è destinata a calarsi in regole che potrebbero assumere la fisionomia di clausole generali²⁰.

¹⁷ G. LEVI, *L'abuso del diritto*, Milano 1993, pp. 4-32.

¹⁸ F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, Milano 2013, p. 79.

¹⁹ A. KAUFMANN, *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, in "Ars interpretandi", 2001, p. 321, ove si rileva che in passato il metodo della sussunzione del caso sotto la norma era l'unico strumento a disposizione per ogni studioso della Teoria generale del diritto.

²⁰ F.D. BUSNELLI, *Illeciti atipici e il dibattito tra regole e principi*, in "Europa e diritto privato", 2006, pp. 1036 e ss.

Nel prosieguo del testo si vorrà comprendere quale sia la qualificazione giuridica che meglio possa dipingere la figura dell'abuso del diritto: una prima distinzione necessaria, seppur oggetto di interpretazioni non convergenti, riguarda la dicotomia tra norme e principi²¹. Per quanto concerne questi ultimi, oltretutto, sarà opportuno verificare se sia possibile ponderarli sull'altare del bilanciamento degli interessi²² o se godono di una validità universale e incondizionata, in quanto ontologicamente appartenenti alla dimensione del giusto²³. Ulteriori profili critici si legano alle "sottocategorie" che ne derivano, come i *precetti di ottimizzazione* o i *policies*, che sono stati oggetto di acute riflessioni da parte della migliore dottrina²⁴.

Senza pretese di esaustività, si sfioreranno ulteriori questioni dogmatiche ed epistemologiche, al fine di comprendere se l'abuso del diritto possa qualificarsi come un *concetto giuridico*²⁵, o meglio un *concetto giuridico operativo*²⁶, essendo in grado di procedere ad una ricostruzione della realtà sociale che l'ordinamento giuridico è chiamato a regolare²⁷. Proprio in tema di concetti giuridici sarà opportuno dare evidenza della dicotomia tra *concetti fattuali* e *concetti qualificatori*²⁸, oltre che

²¹ M. ATIENZ, J. RUIZ MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento del potere*, Madrid 2000, trad. it. (a cura di) F. FERRARO, Bologna 2004, pp. 42 e ss.

²² R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Berlino 1983 trad. it. (a cura di) L. DI CARLO, Milano 1998.

²³ J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, Francoforte 1981, trad. it. (a cura di) G.E. RUSCONI, Milano 1996.

²⁴ R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., p. 49.

²⁵ A. PINTORE, *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Napoli 1990, pp. 4, 5, ove si sostiene che "occuparsi dei concetti del diritto è un modo più circoscritto e interno di occuparsi del concetto di diritto".

²⁶ T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in "Problemi giuridici", I, Milano 1959, pp. 76-78. L'insigne autore auspicava, ai fini dell'applicazione del diritto, una continua ricostruzione tipologica, cosicché "accanto a quelle che, riprendendo il passo paolino, diremo le *regulae juris*, i riassunti mnemonici della disciplina, incontreremo sempre quei concetti che, servendo a determinare lo stesso ambito di applicazione della norma, altrimenti inapplicabile, attengono a una costruzione tipologica della realtà in funzione della norma".

²⁷ F. CASA, *Tullio Ascarelli, Dell'interpretazione giuridica tra positivismo e idealismo*, Napoli 1999, pp. 101-102.

²⁸ U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio giuridico*, Torino 1959, pp. 68-69.

discernere i due momenti che la riflessione epistemologica sul tema ci suggerisce: il *momento generalizzante* e il *momento individualizzante*²⁹.

Sulla base di questi profili storici, procedurali e dogmatici, si innescherà inevitabilmente la riflessione sulla possibilità che la teoria sull'abuso del diritto sia connaturata in qualche misura a ciascuno studioso del diritto, in quanto ogni giurista – o probabilmente ogni uomo – dovrebbe sentire il bisogno di stabilire un criterio di *recta ratio* e, quindi, di verità delle azioni umane, come d'altra parte emerge nella storia e nella filosofia del diritto almeno sin dai tempi di Aristotele³⁰.

Ed infatti, la questione di fondo di questo volume pertiene alla possibilità, o forse all'esigenza umana, che esista un diritto (meta-positivo) oltre al diritto (positivo), che viene quindi percepito come insufficiente. In altri termini, oltre alla lettera della legge, che rappresenta lo "stretto diritto", il giurista sente la necessità di coglierne sempre la *ratio legis*, che è invece il "vero diritto".

Un obiettivo del presente lavoro è, dunque, quello di comprendere se l'abuso del diritto possa rappresentare un efficace scudo contro ogni deriva formalistica che tenti di rescindere il legame tra diritto e giustizia e che identifichi le norme giuridiche solo sulla base della volontà arbitraria di chi le pone³¹.

Il concetto di giustizia, a dire il vero, sembra ormai non appassionare i teorici del diritto, che lo confinano troppo spesso nel perimetro politico ed extra-giuridico della giustizia sociale³², mentre il presente lavoro ha la finalità di cercare di ricollocare la giustizia all'interno del terreno che le è proprio, ossia quello giuridico.

²⁹ Sul punto, l'autorevole parere di Tullio Ascarelli era quello di riuscire a far coesistere una concezione della scienza fondata sul carattere empirico e classificatorio dei suoi concetti, insieme alla dottrina del carattere storicistico e individualizzante dell'attività interpretativa. Tale carattere veniva dedotto da tutti i presupposti gnoseologici della dottrina crociana, relativamente al giudizio storico, inteso come sintesi di universale e particolare. Cfr. F. CASA, *Tullio Ascarelli, Dell'interpretazione giuridica tra positivismo e idealismo*, cit., pp. 107-108.

³⁰ "Bisogna che sia determinata qual è la retta ragione e qual è la misura che la definisce", ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, 1138b.

³¹ F. D'AGOSTINO, *Corso breve di filosofia del diritto*, cit., p. 42.

³² S. COTTA, *Primato o complementarità della giustizia?*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1973, L, pp. 623 e ss.

A sostegno di tale impostazione, opere immortali come l'*Etica Nicomachea* o la *Summa Theologica* ci rammentano che solo grazie alla virtù dell'*epicheia*, probabilmente una “costola” della giustizia, l'uomo riesce a non essere succube del diritto e del suo stampo legalistico³³. Ma come opera l'*epicheia*? È una virtù che deve essere applicata di volta in volta al caso concreto – sulla scorta dell'*aequitas* del diritto romano – o c'è un orientamento epistemologico di fondo capace di seguire un paradigma giuridico senza sfociare nel rischio di etero-integrazione del diritto³⁴, visto che in genere si invoca l'*epicheia* ogniqualvolta si ritenga che una legge, pur formalmente valida, non sia degna di obbligare moralmente un individuo³⁵?

Tali questioni investono la parte centrale della trattazione. Difatti, benché, come sosteneva uno dei massimi filosofi del diritto del secolo scorso³⁶, la morale guarda all'agente mentre il diritto guarda all'azione, la figura dell'abuso del diritto sembra suggerirci di non tracciare una netta separazione concettuale tra il diritto vigente e il sistema morale che lo fonda³⁷ e, nel presente elaborato, si tenterà di comprenderne le ragioni sottese³⁸.

Il sistema morale su cui si fonda il diritto, infatti, non dovrebbe allontanarsi dal suo perimetro giuridico, altrimenti si configurerebbe – come è stato felicemente affermato³⁹ – alla stregua di una “convenzione che si autoannulla”, perché nonostante ven-

³³ F. D'AGOSTINO, *Epicheia. Il tema dell'equità nell'antichità greca*, Milano 1973.

³⁴ G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in “Ragion pratica”, 1/2005, p. 180.

³⁵ F. D'AGOSTINO, *Dimensioni dell'equità*, Torino 1977, p. 59.

³⁶ G. CAPOGRASSI, *Introduzione alla vita etica*, Roma 1976.

³⁷ G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti*, cit., p. 180.

³⁸ R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, 1992, Friburgo trad. it. (a cura di) F. FIORE, Milano 1997, p. 18, ove si evidenzia che “Non c'è nulla di logicamente contraddittorio nell'affermare che una norma valida non sia più tale se collide con principi non necessariamente giuridici come quello che difende il valore assoluto e l'inviolabilità della persona”; G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti*, cit., 2.

³⁹ J.C. BAYON, *Indeterminatezza, fragilità del diritto e positivismo giuridico*, trad. it. (a cura di) R. CARACCILO, in *Isonomia*, 13, 2000, pp. 88-117.

ga stabilita a priori una data disciplina, questa potrà sempre essere modificata, o addirittura stravolta, per mezzo di considerazioni ed argomenti totalmente estranei rispetto alla stessa convenzione giuridica⁴⁰.

Il filo conduttore che dovrebbe sostenere ogni convenzione giuridica, invero, non andrebbe legato all'idea della natura univoca della valutazione di giuridicità⁴¹, ma dovrebbe piuttosto allinearsi ad una certa misura di giustizia, come è stato trasversalmente sostenuto dalla migliore dottrina⁴², ma troppo spesso l'idea di giustizia viene dequalificata a prodotto dell'ideologia e dell'argomentazione⁴³. Tale aspetto risulta dirimente nella presente trattazione, sicché si cercherà di esaminarlo anche alla luce delle codificazioni nazionali ed europee, che ovviamente ne accentuano i profili problematici.

È dunque il rapporto tra diritto e giustizia che nel presente lavoro assume un ruolo fondamentale, in quanto se si fa ricorso alla figura dell'abuso del diritto per correggere un dettato legislativo, si percepisce l'insufficienza dello stretto diritto in ossequio ad un'evidente esigenza di giustizia, ove per giustizia intendiamo il principio categorico di matrice kantiana, che induce l'uomo a riconoscere le spettanze proprie di ogni essere umano, inducendolo ad agire per la loro compiuta realizzazione⁴⁴. Il sentiero che si cercherà di seguire nella trattazione in esame non sarà quello del volontarismo né tantomeno del tradizionalismo⁴⁵, ma sarà

⁴⁰ G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti*, cit., 13.

⁴¹ F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, cit., p. 88.

⁴² F. D'AGOSTINO, *Corso breve di filosofia del diritto*, cit., pp. 55-56, ove si rileva come "la difesa del diritto, la difesa della giustizia, la difesa della dignità dell'uomo, la difesa della coesistenza sociale siano essenzialmente la stessa cosa"; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite, Leggi diritti giustizia*, Torino 1992, pp. 140-147, il quale rileva che: "Auschwitz è un evento bivalente. Esso ci mostra quel che non avrebbe mai dovuto accadere, secondo ciò che ci rappresentiamo di essere, ma ci mostra che è accaduto. Ed è accaduto perché così è stato voluto non da altri che da uomini. Nella natura umana c'è l'orrore per Auschwitz, ma ci sono anche le cause che l'hanno determinato".

⁴³ F. D'AGOSTINO, *Dimensioni dell'equità*, cit., p. 15.

⁴⁴ Si noti che la percezione da parte dell'uomo del principio di giustizia non è mai un fattore misticheggiante ma riguarda un "fatto della ragione". F. D'AGOSTINO, *Corso breve di filosofia del diritto*, cit., p. 35.

⁴⁵ F. D'AGOSTINO, *Diritto e religione*, Roma 2013, pp. 89-94, ove viene

quello degli *universali costitutivi di dialogo*⁴⁶ aventi come sfondo proprio la giustizia, nell'arduo tentativo di costruire un processo in cui l'argomentazione, rivolta all'intesa, costituisca il criterio razionale per ogni giustificazione normativa⁴⁷.

In buona sostanza, se in linea generale si conviene circa la carenza dello stretto diritto, va da sé che si percepisce l'insufficienza strutturale del metodo giuspositivistico, dal quale se ci allontaniamo diminuisce sì la certezza del diritto, ma probabilmente aumenta la giustizia⁴⁸, anche perché l'idea che oggetto del sapere della scienza giuridica sia esclusivamente la norma positiva porterebbe con sé la constatazione che la scienza giuridica sia un "sapere relativo ad un altro sapere"⁴⁹. In altri termini, è solo dalla comprensione e dalla tensione che si crea tra certezza e giustizia che il giurista può riconciliarsi con la giurisprudenza e con il diritto nella sua visione d'insieme⁵⁰.

Non sembra dunque possibile condividere l'idea secondo la quale il sistema giuridico debba essere considerato come un contesto logicamente chiuso e autonomo, in cui ogni elemento che risulti estraneo ad esso, in quanto non riconoscibile secondo i criteri formali che il sistema stesso pone al suo interno, non sia costitutivo del concetto di diritto⁵¹.

acutamente notato che "Il modello tradizionalistico, identificando il diritto con i *mores maiorum*, con le consuetudini, con valori che si radicano nel tempo e che emergono nel tempo, o con la volontà normativa di Dio, possiede un'ineliminabile venatura etnico-identitaria, a volte nobilissima, ma inevitabilmente discriminante".

⁴⁶ J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, cit., p. 548. Si osservi che qualunque precetto, inteso come atto linguistico regolativo, avanza pretese di validità e di giustezza, sicché la verifica di tali pretese può realizzarsi attraverso la manifestazione di un consenso della comunità dei parlanti. Va rilevato, tuttavia, che questo consenso non consiste in una mera sovrapposizione di volontà: la giustificazione pratica è garantita dalla razionalità che ogni argomentazione deve presupporre e non dalle buone ragioni che ogni individuo eventualmente può avanzare.

⁴⁷ R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., pp. 82 e ss.

⁴⁸ A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., p. 325.

⁴⁹ W. CESARINI SFORZA, *Sulla relatività dei concetti giuridici*, in N. IRTI (a cura di), *La polemica sui concetti giuridici*, Milano 2004, pp. 156-157.

⁵⁰ A.C. AMATO MANGIAMELI, *Sfide di teoria giuridica*, Padova 2010, p. 14.

⁵¹ H.L.A. HART, *Positivismo giuridico e separazione tra legge e morale*, in *Saggi di giurisprudenza*, Oxford 1983, trad. it. a cura di V. FROSINI, Roma 1992, p. 593.

Nel modello esplicativo di un certo positivismo giuridico e nella tradizione di pensiero in cui esso si sostanzia, troppo spesso si oblitera la funzione critica della scienza giuridica, riconoscendole solo la possibilità di esprimere una valutazione basata sul criterio formale della legalità. Ebbene, il presente lavoro è invece orientato a dare precedenza a ciò che è giusto rispetto a ciò che è legale, in quanto si sente la necessità di andare alla costante ricerca del fondamento che giustifichi l'obbligatorietà del diritto, distinguendolo dal mero atto di imposizione⁵².

Ciò avviene perché ogni studioso del diritto è cosciente che il suo mestiere non possa ridursi ad una pura e semplice tecnica meccanicistica scevra di contenuto o ad un getto formalismo positivistico⁵³. Ancorché ogni giurista non debba mai perdere di vista il dato strettamente positivo, la ricerca giuridica non può accantonare il tema della giustizia e, soprattutto, della verità sotto il profilo non solo processuale.

A questo rilievo, bisogna sempre affiancare la riflessione che senza certezza del diritto non vi sarebbe Stato di diritto⁵⁴. Finanche in una prospettiva giuspositivistica, tuttavia, è opportuno sempre tenere a mente che le disposizioni legislative non offrono delle soluzioni ma solo dei meri criteri e, pertanto, il diritto non è mai *ordo ordinatus* bensì *ordo ordinans*⁵⁵.

⁵² A.C. AMATO MANGIAMELI, *Sfide di teoria giuridica*, cit., p. 26.

⁵³ U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", XII, 1958, pp. 18-26.

⁵⁴ A.C. AMATO MANGIAMELI, *Sfide di teoria giuridica*, cit., p. 20.

⁵⁵ A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., p. 172.

PARTE I
ANALISI STORICA DELL'ISTITUTO

I

VISIONE DI INSIEME STORICA

Sommario

1.1. Epoca classica: A) Periodo greco. – B) Periodo romano. – 1.2. Epoca medievale. – 1.3. Epoca contemporanea.

Il concetto di abuso del diritto si è sviluppato cronologicamente all'interno di tre macro-periodi storici:

- I. epoca classica;
- II. epoca medievale;
- III. epoca contemporanea.

Si consideri, tuttavia, che la figura in esame ha avuto un'evoluzione diacronica piuttosto oscillante e non uniforme. Spesso, infatti, il concetto di abuso del diritto viene espresso per indicare figure giuridiche con elementi strutturali diversi – come l'*exceptio doli* – ma che erano ad esso affini, in quanto avevano come precipuo scopo quello di varcare il confine di un approccio normativo eccessivamente formalistico.

L'emersione dell'istituto dell'abuso del diritto nei termini in cui se ne dibatte nell'epoca attuale, appartiene alla seconda metà del diciannovesimo secolo e nasce come moto di reazione al c.d. assolutismo dei diritti, che scaturiva dalla proclamazione dei diritti individuali della Rivoluzione francese, fino a tradursi in un accentuato formalismo legalistico.

1.1. Epoca classica

A. Il periodo greco

Muovendo dall'epoca classica è necessario partire dal periodo greco, ove chiaramente non era stato teorizzato il concetto di abuso del diritto. Tuttavia, ai fini di una trattazione giusteorica del concetto in esame, si ritiene opportuno esaminare la figura dell'*epicheia*, come perno di quel moto volto a dare luce all'essenza della legge e non alla sua struttura formale.

Riguardo all'estrema complessità semantica del termine *epicheia* e alle sue affascinanti implicazioni linguistiche si rinvia a dottrina più autorevole¹. In questa sede ci si limiterà ad esaminare i profili problematici che scaturiscono da tale formulazione, grazie al prezioso contributo dei più importanti filosofi della Grecia classica: Platone e Aristotele.

Il primo tratta il tema dell'*epicheia* nel *Politico*², ove viene alternativamente tradotto come "equità", "convenienza" o "moderazione". In ogni caso, il filo conduttore che lega l'*epicheia* secondo Platone si declina nell'accordare preferenza al monarca piuttosto che alla legge, giacché quest'ultima, imprigionata nella scrittura, non può adattarsi al mutare delle situazioni e *non permette perciò di fare nel necessario momento ciò che è veramente necessario*³.

In tale ottica, Platone scorge il limite intrinseco delle leggi scritte che, essendo di portata generale, non possono attribuire con precisione a ciascun individuo ciò che davvero gli conviene⁴. Il governante perfetto, invece, avendo la virtù dell'*epicheia* può rendere superfluo il formalismo legale, perché sa sempre come applicare la legge al caso concreto⁵.

¹ F. D'AGOSTINO, *Epieikeia. Il tema dell'equità nell'antichità greca*, cit.

² PLATONE, *Politico*, p. 295, trad. it. (a cura di) G. REALE (a cura di), *Opere*, Milano 1992.

³ W. JAEGERE, *Paideia. La formazione dell'uomo greco*, Firenze 1936, III, p. 371.

⁴ PLATONE, *Politico*, cit., 296.

⁵ A. RODRÍGUEZ LUÑO, *La virtù dell'epicheia. Teoria, storia e applicazione. Dalla Grecia classica fino a F. Suarez*, in *Acta Philosophica*, VI, 1997, p. 199.

Tale prospettiva è ovviamente permeata del tipico idealismo platonico, vista la difficoltà – se non l'impossibilità reale – di trovare un sovrano perfetto. L'approccio platonico, anzi, rischia di trascinare la *polis* nel dominio tirannico e arbitrario del governante.

In verità, sempre nel *Politico* si coglie poi una visione di Platone più pragmatica e aderente alla realtà, in quanto si ritiene in un secondo momento che le leggi, ancorché nei limiti strutturali dovuti dal loro carattere generale, debbano essere fatte rispettare con rigore assoluto e senza eccezioni di sorta⁶.

È interessante notare che un altro filosofo che ha offerto al tema dell'*epicheia* un contributo fondamentale è Aristotele, ossia un filosofo avente una visione molto diversa da quella platonica. Ad Aristotele dobbiamo lo studio più completo e organico sull'*epicheia*: su tutti, i testi che spiccano sono l'*Etica Nicomachea* e la *Retorica*.

Nel primo libro, Aristotele tocca il tema dell'*epicheia* rapportandolo alla giustizia, ritenendo che *epicheia* e giustizia abbiano lo stesso *genus*, ma appartengano a due *species* distinte⁷.

In particolare, Aristotele intende l'*epicheia* come una virtù morale in senso rigoroso, che, pertanto, non si manifesta come l'interpretazione della legge operata dal giudice o dal legislatore allorché i termini della legge stessa siano nebulosi. È qualcosa in più: è la virtù che può avere ogni uomo retto al fine di condurre una vita onesta ed integra. Ed infatti, Aristotele sostiene che l'equo è giusto, anzi migliore di un "certo tipo di giusto"⁸.

In altri termini, nella risoluzione di un caso concreto, l'*epicheia* – che possiamo quindi tradurre con *equità* – non è una virtù che può essere invocata ai fini di addivenire ad una soluzione, giacché è essa stessa il principio dell'unica scelta che può essere portata a termine per evitare di giungere ad una scelta moralmente negativa. L'*epicheia* viene dunque dipinta come la

⁶ PLATONE, *Politico*, cit., 297.

⁷ ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, trad. it (a cura di) C. MAZZARELLI, Milano 1993.

⁸ A. RODRÍGUEZ LUÑO, *La virtù dell'epicheia. Teoria, storia e applicazione. Dalla Grecia classica fino a F. Suarez*, cit., p. 204.

perfezione tesa a coronare la giustizia e non come una mera tecnica interpretativa.

Aristotele ritiene che la legge sia imperfetta perché strutturata universalmente e, pertanto, non sempre tutte le situazioni rientrano a pieno titolo nelle norme universali⁹. In tale ottica, l'*epicheia* è in grado di correggere, o meglio, dirigere¹⁰ la legge verso una sua corretta applicazione.

Aristotele intuisce, quindi, una criticità che è alla base di tutte le dissertazioni in tema di abuso del diritto, allorché un comportamento concreto possa essere ricompreso in una determinata disposizione normativa, ma non rientri in realtà nello spirito della stessa legge¹¹.

Al riguardo, ad ogni giurista verrebbe spontaneo chiedersi quali siano i criteri ispiratori che permettano di disapplicare una prescrizione normativa in presenza di un determinato caso concreto. Ebbene, Aristotele dà una risposta affascinante, affermando che è legittimo considerare ciò che lo stesso legislatore direbbe se fosse presente e che avrebbe incluso nella legge se avesse potuto conoscere il caso in questione¹².

Senza voler toccare ambiti che non appartengono al presente elaborato, sembra evidente il richiamo di Aristotele alla *ratio iustitiae* che ispira la legge, ponendo l'*epicheia* alla stregua delle norme superiori del diritto naturale.

Nella Retorica, Aristotele tocca nuovamente il tema dell'*epicheia*, asserendo che l'equo – ossia ciò di cui è permeata la virtù dell'*epicheia* – sembra essere giusto, ma è in realtà il giusto che va oltre la legge scritta¹³, ed infatti afferma: “Essere qui significa essere indulgenti verso i casi umani, cioè badare non alla leg-

⁹ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, cit.

¹⁰ F. D'AGOSTINO, *Epieikeia. Il tema dell'equità nell'antichità greca*, cit., p. 77. L'opinione in esame ritiene di aderire a quella scuola di pensiero secondo cui il termine “dirigere” sia da preferire a “correggere”, in quanto Aristotele sembra indicare che l'*epicheia* non abbia tanto la finalità di correggere un errore insito nella legge, ma quella di dirigerla verso una giusta applicazione del caso concreto.

¹¹ A. RODRÍGUEZ LUÑO, *La virtù dell'epicheia. Teoria, storia e applicazione. Dalla Grecia classica fino a F. Suarez*, cit., p. 204.

¹² ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, cit.

¹³ ARISTOTELE, *Retorica*, I, trad. it (a cura di) A. PLEBE, in “*Opere di Aristotele*”, Bari 1988, pp. 56-57.