

Introduzione

DIVIETO DELL'ABUSO DEL DIRITTO E BILANCIAMENTO DEI DIRITTI: DUE TECNICHE DISTINTE

1. L'obiezione che la scienza giuridica 'di ogni epoca' ha sollevato rispetto alla stessa configurabilità della figura giuridica del divieto dell'abuso del diritto si riassume nella celebre 'formula': "*le droit cesse où l'abus commence*" ("il diritto cessa dove comincia l'abuso")¹.

La dogmatica del divieto d'abuso del diritto sarebbe, insomma, geneticamente inficiata da un'insuperabile *contraddizione logica e filosofica*. O l'esercizio di un diritto è 'coperto' dall'ombrello dell'ordinamento oggettivo e allora si ha l'*atto lecito*. O, al contrario, l'esercizio del diritto non lo è e allora si ha l'*atto illecito*. *Tertium non datur*.

2. La contraddizione è più apparente che reale. Una cosa è l'*astratto riconoscimento* di una situazione giuridica soggettiva (momento statico), altra cosa è il *concreto esercizio* della stessa da parte del suo titolare (momento dinamico)². L'elemento dell'abuso non rileva sul piano della qualificazione formale della situazione giuridica, ma piuttosto sul piano del suo svolgimento nella realtà.

La dogmatica del divieto dell'abuso del diritto ha un 'senso' a partire dal presupposto ermeneutico dell'esistenza di uno *spazio*

¹ L'obiezione risale a M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1949, 337.

² A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, 37 ss.

indeterminato tra la norma (la fattispecie astratta) e il caso della vita (la fattispecie concreta). Diversamente, la considerazione esclusiva della esteriore conformità del comportamento del soggetto al contenuto di un suo diritto, astraendo totalmente dai riflessi negativi che quel comportamento può avere nei confronti del prossimo o della collettività, si esaurirebbe nell'affermazione del dominio incontrastato del singolo e nella correlativa negazione di ogni vera autorità della legge³.

L'esercizio dell'autonomia privata – per fare uno degli esempi al contempo più tradizionali e attuali – non deve ridursi ad un abuso del contraente forte a danno di quello debole⁴. Così come – su un piano diverso – l'esercizio dei diritti fondamentali deve essere conforme alla loro funzione⁵, o, come si suole dire, al loro 'spirito'⁶. O ancora – per giungere alla declinazione del divieto dell'abuso più rilevante dal punto di vista giuridico-dogmatico – l'esercizio delle libertà economiche fondamentali, riconosciute al cittadino europeo, non deve ridursi a strumento di pura elusione delle normative degli Stati membri⁷.

Le diverse manifestazioni giurisprudenziali del divieto dell'abuso del diritto sono accomunate dall'idea che sia necessaria anche una '*valutazione*' – sulla base di parametri giuridici – *dell'esercizio del diritto* e che tale valutazione determini qualche significativa conseguenza sul piano giuridico-dogmatico.

³ U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958, 18 ss.

⁴ Si pensi a tutta la giurisprudenza italiana e comunitaria sui contratti caratterizzati da asimmetria di potere contrattuale, a cominciare da quelli tra consumatore e professionista.

⁵ Con riferimento al diritto potestativo al congedo parentale si veda la sentenza della Cassazione sez. lav., 16 giugno 2008, n. 16207 (richiamata al par. 3.4).

⁶ Si veda il 'famigerato' caso Garaudy: sentenza 24 giugno 2003, *Garaudy v. France*, (ricorso n. 65831/01), (analizzata al par. 5.4).

⁷ Si tratta del filone giurisprudenziale della Corte di Giustizia aperto dalla sentenza 3 dicembre 1974 causa C-33/74, *Maria Van Binsbergen*, Racc., I-1299.

3. Il riproporsi nel discorso giuridico europeo di diverse declinazioni della tecnica del divieto dell'abuso rappresenta un sintomo significativo della sempre più forte insoddisfazione della scienza giuridica europea per le irrisolte 'aporie' insite nella tecnica del bilanciamento⁸.

Originariamente congegnata come strumento in mano alla Corte costituzionale per la tutela e il presidio dei principi costituzionali, la tecnica del bilanciamento si è trasformata in uno strumento in mano a qualsiasi giudice ordinario per praticare una sorta di sindacato diffuso di costituzionalità improprio, pervertendo il testo delle leggi per desumerne norme in forzata armonia con la Costituzione⁹.

Si profila all'orizzonte un 'nuovo' *occasionalismo*, frutto dell'impossibilità di ricondurre ad un qualche ordine giuridico oggettivo i cangianti bilanciamenti giudiziali. Il rischio che il *nichilismo interpretativo* possa diventare la vera cifra della scienza giuridica contemporanea¹⁰.

All'idea che attraverso questa tecnica il giudice sarebbe stato in grado di individuare sempre *la soluzione più giusta* – progressiva – del caso concreto¹¹, si affianca il timore che, al contrario, un giudice lasciato libero di elaborare le regole modellate sulle variabili esigenze dei casi sottoposti alla sua attenzione possa essere incline – anche per la sua provenienza sociale e per la stessa struttura del processo – a depotenziare i conflitti, a favorire soluzioni compro-

⁸ G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari, 2006.

⁹ M. LUCIANI, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Diritto e società*, 2009, 1 ss.

¹⁰ Si vedano i contributi contenuti in A. CANTARO (a cura di), *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, Torino, 2011 tra i quali ci permettiamo di rinviare al nostro *La 'tecnica del bilanciamento' alla prova della "sua giustizia"*.

¹¹ F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari-Roma, 2009.

missorie mediane e, in ultima analisi, a *proteggere gli interessi sociali più forti*¹².

Di quest'ultima aporia il filone giurisprudenziale comunitario, aperto dai casi *Viking e Laval*, è un esempio 'fulminante', in quanto è l'espressione di un *capovolgimento della gerarchia assiologica* tra diritti sociali e libertà economiche scolpita nella nostra Costituzione¹³.

4. Il divieto dell'abuso del diritto ha una consolidata tradizione nella scienza giuridica europea. Esso è stato codificato in gran parte degli ordinamenti civilistici europei, mentre ha trovato riconoscimento solo in poche Costituzioni degli Stati membri, e massimamente nel *Grundgesetz (Parte Prima)*.

Negli ordinamenti civilistici degli Stati membri, il divieto dell'abuso si estrinseca nella fissazione di un *limite 'interno'* alle *tradizionali prerogative assolute* – diritto di proprietà e autonomia contrattuale – in ragione di istanze di giustizia, volte a temperare i rigori della certezza del diritto (*Capitolo I*).

Le sue radici normative risalgono, per certi versi, al diritto intermedio, se non addirittura al diritto romano. L'equità 'naturale' (*naturalis aequitas*) del giurista romano e l'equità 'cristiana' del giurista medioevale erano, tuttavia, l'espressione di un'equità del caso concreto, che il giurista traeva da un sistema di valori esterno all'ordinamento positivo dato. Il divieto dell'abuso del diritto in senso contemporaneo è invece – nel clima culturale della crisi delle codificazioni civili tradizionali e dell'emergere di una legislazione di carattere sociale¹⁴ – l'espressione di un'etica che trova defini-

¹² G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale, Relazione al Convegno Valori e Costituzione: a cinquant'anni dall'incontro di Ebrach*, tenutosi presso l'Università Luiss-Guido Carli di Roma, 26 ottobre 2009, disponibile su www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹³ Per tutti si veda M.V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia 'bilancia' il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, n. 2, 2008, 371 ss.

¹⁴ Su questi aspetti, non si può fare a meno di vedere G. SOLARI, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, Milano, 1911; quest'opera veniva ristampata successivamente sotto il titolo di *Filosofia del diritto privato*, Torino,

zione in principi giuridici positivi del Codice tramite le clausole generali.

Nella Costituzione della Repubblica federale tedesca il divieto dell'abuso sottolinea un *limite 'interno'* dei *diritti fondamentali*, in ragione di un'“etica della responsabilità”, della responsabilità nei confronti della comunità nella quale si vive, del suo ordinamento democratico e dei suoi valori costitutivi (*Capitolo 2*).

Espressione della peculiare *democrazia 'protetta'*, il divieto dovrebbe segnare un limite 'invalicabile' nell'esercizio dei diritti fondamentali, specialmente quelli attinenti alla libertà d'espressione. Alla luce della storia peculiare della Germania ben si comprende questa codificazione; senonché qui ci imbattiamo in un'idea di giustizia 'assoluta' che rischia, nelle applicazioni pratiche, di trascendere in vera e propria '*giustizia politica*', in quanto rivolta a erigere una 'palizzata' di fronte ai 'nemici' della democrazia.

5. La dogmatica del divieto dell'abuso del diritto ha una consolidata tradizione anche nel nostro ordinamento giuridico, ma non ha trovato una espressa codificazione nella Costituzione Repubblicana, poiché né i “limiti impliciti” alla libertà di manifestazione del pensiero, né il “dovere di fedeltà alla Repubblica” sembrano costituire un solido fondamento, in considerazione anche della netta presa di distanza della scienza giuridica italiana dagli strumenti della democrazia 'protetta' (*Parte Seconda*).

Nell'ordinamento (civilistico) italiano, il divieto dell'abuso del diritto è una delle più significative manifestazioni dell'efficacia dei diritti fondamentali nei rapporti interprivati¹⁵. Il divieto dell'abuso del diritto è rivolto a ristabilire nei rapporti tra privati l'equilibrio, turbato dall'esercizio emulativo del diritto di proprietà¹⁶, oppure

1939-1940, divisa in due volumi: *Individualismo e diritto privato* e *Storicismo e diritto privato*.

¹⁵ Fondamentale sul punto G.M. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970.

¹⁶ S. MANGIAMELI, *La proprietà privata nella Costituzione: profili generali*, Milano, 1986.

dalla prevaricazione abusiva di un contraente forte ai danni di un contraente debole¹⁷ (*Capitolo 3*).

‘Oltre’ il concetto di democrazia ‘protetta’, è tuttavia possibile ipotizzare una ‘rinnovata’ valenza giuridico-dogmatica del divieto dell’abuso del diritto anche nel nostro ordinamento costituzionale come limite ‘interno’ con riguardo a taluni diritti fondamentali ‘a rilevanza sociale’ (*Capitolo 4*).

Il diritto di sciopero, in particolare, fortemente menomato nel suo nucleo essenziale dal bilanciamento ineguale operato dalla giurisprudenza comunitaria, sembra poter riguadagnare forza e vigore, ove, al contrario, ad esso si applichi la tecnica del divieto dell’abuso¹⁸.

6. La dogmatica del divieto dell’abuso del diritto investe pienamente anche lo *spazio giuridico europeo*: per un verso l’ordinamento della Convenzione europea di salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali del 1950 (d’ora innanzi la Cedu); per altro verso l’ordinamento dell’Unione europea (*Parte Terza*).

Nella Cedu il divieto dell’abuso dei diritti fondamentali – depurato delle sue connotazioni più fortemente ideologiche – è stato espressamente codificato all’art. 17. Il ruolo del divieto dell’abuso nella Cedu costituisce, ad ogni modo, un filo rosso in piena continuità con le riflessioni sviluppatesi nell’ambito degli ordinamenti costituzionali tedesco ed italiano. Il divieto dell’abuso fissa un limite ‘interno’ all’esercizio della libertà d’espressione, soprattutto quando essa assuma le forme ‘scivolose’ del “totalitarismo” e del “negazionismo” (*Capitolo 5*).

Nell’ordinamento dell’Unione europea il divieto dell’abuso del diritto rappresenta un limite ‘interno’ all’esercizio delle libertà economiche fondamentali, in funzione di un’etica dell’integrazione

¹⁷ D. LA ROCCA, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Torino, 2008, spec. 55 ss.

¹⁸ B. CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione?*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, INT – 61/2008.

(europea); di un'etica, cioè, che dovrebbe impedire che la *'scelta del diritto' applicabile* – una delle principali prerogative del cittadino comunitario – si trasformi in un suo *esercizio "abusivo" o "fraudolento"*, a detrimento delle legittime istanze protettive degli Stati membri (*Capitolo 6*).

7. Il diritto di proprietà e l'autonomia contrattuale, la libertà d'espressione e le libertà economiche fondamentali delimitano, attualmente, il campo d'applicazione del divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo.

In ciascuna delle sue articolate declinazioni, la *tecnica giudiziale del divieto dell'abuso* conserva caratteristiche strutturali che ne garantiscono una piena *autonomia giuridico-dogmatica* rispetto alla *tecnica giudiziale del bilanciamento*, nonostante che una parte rilevante della scienza giuridica europea tenda a sovrapporle e confonderle.

L'elemento ricorrente nelle variegate declinazioni della tecnica del divieto dell'abuso consiste nel fatto che il giudice determina, anzitutto, il contenuto della sfera giuridica del soggetto che esercita un diritto, valutando se questo sia stato esercitato in *conformità alla funzione, scopo, ratio*, riconosciuti dall'ordinamento giuridico, e, in caso negativo, sottrae al diritto in questione la tutela giuridica¹⁹.

Si delinea, dunque, la principale differenza tra le due tecniche giudiziali. La tecnica del bilanciamento fissa un *limite 'esterno'* all'esercizio del diritto, cioè un limite discendente dal confronto con altri interessi, principi, valori concorrenti; la tecnica del divieto dell'abuso, invece, fissa un *limite 'interno'* all'esercizio del diritto, cioè un limite connaturato alla *ratio* del riconoscimento normativo di quello stesso diritto.

8. Gli sforzi di limitare l'esercizio dei diritti con riferimento a *principi di giustizia* costituiscono un comune punto di riferimento delle due tecniche giudiziali e sono una chiara prova del fatto che

¹⁹ A. SAJÒ, *Abuse of fundamental rights or the difficulties of purposiveness*, in ID., (a cura di) *Abuse: the dark side of fundamental rights*, vol. III di *Issues in Constitutional law*, Utrecht, 2006, 29 ss.

la prassi giuridica comune europea non conosce una separazione rigida tra diritto e morale²⁰.

I principi di giustizia ai quali si richiama la tecnica del bilanciamento risiedono *al di fuori* dell'ordinamento giuridico, poiché tendono a collocarsi in una dimensione "pre-costituzionale", a riempirsi di contenuti "cosmopolitici ed universali", per i quali l'ultima parola "spetta ai giudici"²¹.

I principi di giustizia ai quali si richiama la tecnica del divieto dell'abuso risiedono *dentro* l'ordinamento giuridico, poiché correggono la 'normale' applicazione del diritto, in conformità alla *ratio*, funzione, scopo della norma positiva.

L'idea di giustizia posta a fondamento della tecnica del bilanciamento mira al perseguimento di una giustizia nella quale è prevalente la tensione alla *soddisfazione incessante di nuovi diritti*, che rifiutano l'esistenza di limiti in nome di corrispondenti doveri.

L'idea di giustizia posta a fondamento della tecnica del divieto dell'abuso mira al perseguimento di una giustizia nella quale è dominante la logica dell'*equilibrio tra diritti e doveri*, nella quale, anzi la sfera giuridica dei doveri è connaturata a quella dei diritti²².

Il ri-equilibrio tra la dimensione dei diritti e la dimensione dei doveri potrebbe essere il frutto più fecondo di una teoria del divieto dell'abuso nell'ordinamento europeo, nella consapevolezza che tacere sui doveri significa lasciare i diritti largamente indefiniti, suscettibili solo di scendere sul piede di guerra gli uni contro gli altri²³. Di ciò costituisce una dimostrazione esemplare l'aperto conflitto tra diritti sociali collettivi e libertà economiche fondamentali nello spazio giuridico europeo.

²⁰ M. MORLOK, *L'abuso dei diritti*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee*, Padova, 2007, 629 ss.

²¹ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 385-386.

²² N. REICH, *Il consumatore come cittadino – il cittadino come consumatore: riflessioni sull'attuale stato della teoria del diritto dei consumatori nell'Unione europea*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, II, 345 ss.

²³ A. CANTARO, *Il secolo lungo. Lavoro e diritti sociali nella storia europea*, Roma, 2006.

Ringrazio il Prof. Lanfranco Ferroni, mio tutor nel Dottorato di ricerca '*Persona e mercato*', nell'ambito del quale ho elaborato la tesi dalla quale prende avvio il presente lavoro; il Prof. Rudolf Streinz per avermi consentito di portare avanti parte significativa della ricerca presso la Ludwig Maximilian Universität di Monaco; il Prof. Antonio Cantaro, direttore della Collana che ospita il volume; il Prof. Stelio Mangiameli dell'Università di Teramo e la Prof.ssa Delia La Rocca dell'Università di Catania per i preziosi suggerimenti in corso d'opera.

Un caloroso ringraziamento va, infine, alla dott.ssa Ilaria Severo per il paziente lavoro di revisione del volume.

