

# RIFLESSIONI SUL RAPPORTO TRA POTERE E RESPONSABILITÀ NELLA TEORIA DELL'ABUSO DEL DIRITTO UNA PROSPETTIVA DI DIRITTO COSTITUZIONALE

**DANIELA BIFULCO**

*Dipartimento di Giurisprudenza, Università della Campania 'Luigi Vanvitelli'*  
danielabifulco19@gmail.com

## **ABSTRACT**

Relying on influential legal thinking, this article puts forward the underpinning of a general principle of prohibition of abuse of constitutional law. If successfully incorporated into current constitutional doctrine, this hypothesis could unlock the 'remedial' potential of constitutional law against 'correct yet improper' behaviours in constitutional praxis, thus enhancing the connection between power and responsibility. The relationship between abuse of law theory and some areas of constitutional law is here discussed as well as the idea that, in constitutional law, abuse of law deals with the abuse that can be committed both by individuals or groups and *constitutional powers*. Part 1 and part 2 give an overview of theoretical approaches that may be helpful in shaping the notion of 'abuse of constitutional law'. Part 3 provides an example of constitutional powers 'abusing' constitutional law by means of constitutional law itself.

## **KEYWORDS**

Abuse of Law, Constitutional Law, Rights v. Obligations, Power, Responsibility.

## **1. INTRODUZIONE**

L'abuso del diritto è un istituto che pone l'interprete di fronte al rebus di un esercizio del diritto formalmente lecito, ma sostanzialmente scorretto e non consentito dall'ordinamento perché deviante rispetto alla funzione e alla finalità del diritto. Quando i giuristi parlano di abuso di diritto non si riferiscono a ipotesi foneticamente simili, quali l'eccesso di potere o l'abuso di potere. L'abuso del diritto indica che un soggetto esercita un diritto, un potere, una facoltà previsti, sì, dall'ordinamento, ma al solo fine di aggirare il diritto attraverso l'esercizio del diritto stesso: ci si muove, dunque, nello spettro di ciò che l'ordinamento consente, ma per il raggiungimento di una finalità non consentita. Ricorrendo a una formula di sintesi, potremmo dire che

l'abuso del diritto si rivela in un atto o comportamento corretto ma scorretto, conforme e contrario al diritto.

Per avere un'idea di come operi questo meccanismo, può essere utile riferirsi alla differenza tra evasione fiscale e elusione fiscale: se evadere il fisco significa violare tout court la legge, eluderlo vuol dire invece servirsi delle norme fiscali, applicarle e rispettarne prima facie il disposto, ma con la precisa finalità di aggirare, nella sostanza, l'ordinamento tributario per ottenere un vantaggio fiscale. Il divieto di abuso del diritto è un istituto che trova cittadinanza in branche disparate del diritto, come si vedrà nel corso dello sviluppo di queste riflessioni. Soprattutto, esso trova radici nel diritto privato: classico esempio di divieto di abuso del diritto, nell'ordinamento italiano, è fornito dall'art. 833 c.c., a norma del quale 'Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri (cd. 'divieto di atti emulativi'). Piccola norma, quest'ultima, in apparenza anodina, che sembra alludere (complice la vicinanza della disposizione che regola le immissioni visive, acustiche, olfattive nella proprietà altrui, v. art. 844 c.c.) a zuffe condominiali, liti tra proprietari limitrofi, scatenate appunto da indebite immissioni. A prima vista, il breve articolo 833, lungi da ispirare approfondite riflessioni filosofiche o di teoria generale, spinge a immaginare tutt'al più un invidioso proprietario terriero che, accortosi del bel panorama di cui il suo vicino gode, decida di innalzare un muro nel proprio giardino al solo scopo di impedire (e qui scatta l'abuso del diritto) al limitrofo proprietario di godere del panorama di cui, prima dell'innalzamento di quel nuovo muro, egli riusciva a godere. In realtà, l'articolo 833 del codice del 1942 è una bomba a orologeria nei diritti proprietari che non sarebbero stati più pensati, da un certo momento in poi, come diritti assoluti.

Va ricordato che, all'epoca, il limite della funzione sociale della proprietà privata (art. 41 della Costituzione italiana) ancora non era stata recepito. Tanto più rilevante, allora, appare la portata di questa piccola-grande disposizione del c.c. del 1942, l'833, che brilla come una luce dispettosa e distonica nei confronti della disciplina sulla proprietà privata in cui è inserita, ponendo, se si vuole, una regola di civiltà, e proponendo, nel suo piccolo, un compromesso tra ideologie (quella proprietaria e liberale e quella solidaristica) che avrebbero separato il mondo in due parti, almeno fino alla simbolica data del 1989. Con Norbert Elias, verrebbe da dire che l'art 833 è un tassello aggiunto alla civiltà delle buone maniere. E, con René Girard, verrebbe invece da pensare che il 833 c.c. vuol condannare ed esorcizzare non certo il mio essere proprietario, bensì il mio desiderio senza oggetto, non originario, puramente rivale e puramente mimetico. Nell'esempio prima proposto: se il mio vicino di casa eleva un muro nella sua proprietà al solo scopo di impedire a me di godere del panorama, egli agisce così perché vuole espropriarmi del mio desiderio. Dopo aver notato quel di

cui io godevo, e soltanto dopo aver notato ciò, ha iniziato a sua volta, per induzione, mimeticamente, a desiderare l'oggetto del mio stesso desiderio e godimento. E ha deciso di impossessarsene (abusando del suo diritto proprietario). Non a caso, l'articolo 833 reca come titolo 'divieto di atti emulativi'; il che imprime alla norma un curioso slittamento semantico (perché non parlare, più semplicemente, di 'atti di rivalità?'), che fa pensare proprio a Girard e alla sua teoria del desiderio mimetico. Certo, etimologicamente *emulus* rinvia non soltanto all'emulo, ma anche al rivale. Ma è forse lecito chiedersi il legislatore civile, nel rubricare l'articolo 833, non abbia preferito l'espressione (più intuitiva) 'atti di rivalità', adottando invece quella, più sibillina, di 'atti emulativi'. Non è questa la sede per approfondire un dubbio siffatto, ma varrebbe forse la pena indagare i possibili rapporti tra il divieto di abuso di diritto, le sue origini e motivazioni, e la antropologia girardiana basata sulla convinzione che ogni atto di rivalità tra esseri umani discenda da un moto del desiderio mai originario e sempre emulativo.

Nel prosieguo di queste note, torneremo a insistere sul rilievo che l'idea di funzione sociale del diritto avrebbe giocato sulla dottrina dell'abuso del diritto; decisiva, in tal senso, fu la riflessione weimariana, nonché la costituzione di Weimar stessa, che, nel 1919, formalizza e limita intrinsecamente, e con parole bellissime, il diritto di proprietà, affermando che la proprietà *verpflichtet*, ovvero vincola, obbliga, sottopone a dovere, in quanto essa ha funzione sociale (art. 153 Cost. Weimar: «La proprietà obbliga. Il suo uso, oltre che al privato, deve essere rivolto al bene comune»). Qui il diritto di proprietà è limitato in vista di un senso di responsabilità inteso, prima ancora che giuridicamente, culturalmente, ovvero come consapevolezza della dipendenza dal contesto comunitario.

Si dirà poi di come l'articolo 2 della Costituzione italiana del 1948 avrebbe "aggravato" consapevolezza e conseguenze della responsabilità intesa come «dipendenza dal contesto comunitario» e ciò attraverso il principio costituzionale di solidarietà. Che la solidarietà sia declinata in senso sociale o in senso politico, essa comunque proietta tanto l'individuo quanto i poteri dello stato al di là dei rispettivi confini, inserendoli in un contesto di *responsabilità* intesa innanzitutto come consapevolezza della *dipendenza* dal contesto comunitario. È il mero fatto di questa inter-dipendenza - che lega a filo doppio individui, gruppi e poteri dello stato - a legittimare la vocazione espansiva del principio di solidarietà e a rendere l'idea di responsabilità non negoziabile. Tuttavia, rispetto ai poteri dello stato, la figura dell'abuso del diritto non viene, di norma, invocata.

Nel diritto costituzionale, il divieto di abuso del diritto non trova cittadinanza se non rispetto ai diritti fondamentali. Il tentativo perseguito in questa sede è allora quello di sondare la possibilità di delineare un divieto di abuso del diritto in capo non sol-

tanto agli individui o ai gruppi, bensì anche agli organi costituzionali, allorché si profili la minaccia di una *rottura dell'equilibrio tra potere e responsabilità*, e allorché tale minaccia di rottura derivi dal comportamento di un organo di vertice. Va premesso che tale tentativo è alquanto irrituale, dal momento che l'accostamento tra divieto di abuso del diritto, così inteso, e diritto costituzionale non trova sviluppi, né nei testi costituzionali né nella dottrina costituzionalistica (con l'eccezione di pochissimi studiosi, cui faremo riferimento). La nostra ipotesi di studio poggia su un elementare presupposto, ovvero che esista un nesso (logico, normativo, etico) tra il concetto di potere e quello di responsabilità. Da tale nesso deriva la conseguenza che, laddove esista una situazione/esercizio di potere, si dà anche una responsabilità in capo a chi quel potere eserciti. Del potere potrà essere titolare, di volta in volta, l'individuo (in quanto titolare di diritti fondamentali) oppure gli organi di vertice dello stato, che dispongono del diritto costituzionale. Un ipotetico divieto di abuso del diritto costituzionale sopravverrebbe nei casi in cui la regola che impone la corrispondenza «tanto potere quanta responsabilità» sia disattesa; e sopravverrebbe come rimedio, tra gli altri, per ripristinare la rottura dell'equilibrio dell'ordine normativo-costituzionale.

A questo punto, vorremmo introdurre l'abuso del diritto attraverso alcune disposizioni normative e citazioni giurisprudenziali. Disposti in una successione puramente cronologica e decontestualizzati dagli ordinamenti giuridici che li hanno previsti, i riferimenti qui di seguito proposti non hanno altro scopo che quello di far visualizzare al lettore l'essenza del tema, introducendolo, per un verso, alla contraddizione implicita nell'abuso del diritto, ovvero un *comportamento attraverso cui si elude il diritto attraverso il diritto stesso* e, per l'altro, allo sfavore con cui gli ordinamenti giuridici guardano a tale prassi alterata dello schema formale del diritto.

Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri (art. 833 c.c., divieto di atti emulativi).

Chiunque, allo scopo di combattere l'ordinamento liberal-democratico, abusi della libertà di espressione del pensiero, in particolare della libertà di stampa (art. 5, c. 1), della libertà di insegnamento (art. 5, c. 3), della libertà di riunione (art. 8), della libertà di associazione (art. 9), della segretezza della corrispondenza, della posta e delle telecomunicazioni (art. 10), del diritto di proprietà (art. 14) o del diritto di asilo (art. 16a), decade da questi diritti. La perdita e la misura della medesima sono pronunziate dal Tribunale Costituzionale Federale (art. 18 GG "Perdita dei diritti fondamentali", ma v. anche art. 21 GG, relativo al divieto di partiti "antisistema").

Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare

un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà fondamentali limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione (art. 17 Cedu, "Divieto dell'abuso di diritto").

Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà fondamentali limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta (art. 54 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, "Divieto dell'abuso di diritto").

«Perché possa parlarsi di comportamento abusivo, le operazioni controverse devono, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della sesta direttiva e della legislazione nazionale che la traspone, procurare un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da quelle stesse disposizioni. Non solo. Deve altresì risultare da un *insieme di elementi obiettivi* che le dette operazioni hanno essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale» (Corte di Giustizia dell'Unione europea, *Alifax e a. c Commissioners of Customs e a.*, Causa C-255/02, sentenza del 21.2.2006).

«Gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto - ricostruiti attraverso l'apporto dottrinario e giurisprudenziale - sono i seguenti: 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte... Lungi dal presupporre una violazione in senso formale, l'abuso del diritto delinea dunque *l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi* rispetto a quelli indicati dal Legislatore.... Qualora la finalità perseguita non sia quella consentita dall'ordinamento, si avrà abuso» (Cassazione sez. III civile, n. 20106 18 settembre 2009 - caso "Renault").

Dalla 'sinossi' fin qui tratteggiata, appare evidente il carattere composito della gamma di soggetti cui il divieto di abuso si rivolge, imponendo un limite: il proprietario (art. 833 c.c.) lo stato, l'individuo, i gruppi (artt. 17 Cedu e 54 Carta di Nizza), l'impresa (Cassazione 2009), il contribuente (art. 10 Statuto del contribuente). Diversi, pure, i beni o interessi suscettibili di essere lesi da un comportamento abusivo nell'esercizio del diritto: un altrui diritto soggettivo (artt. 833 c.c. e 17 Cedu), l'ordine

democratico e costituzionale (18, 21 GG), il sistema economico, il mercato (Cassazione 2009), etc.

Le norme e le decisioni appena citate hanno tuttavia un punto in comune, che qui preme evidenziare: il divieto di abusare del diritto agisce allorché si profili la minaccia di una *rottura di un equilibrio*, cui gli ordinamenti rispondono imponendo una *sintesi* tra interessi diversi. Il breve elenco di frammenti normativi con cui abbiamo aperto queste note fornisce una prima, approssimativa indicazione sull'attitudine dell'abuso del diritto ad agire come un discorso, che permea l'intero mondo del diritto, sull'intrinseco *limite* di tutte le situazioni giuridiche soggettive, in assenza del quale l'ordine (sociale, politico, normativo) degenererebbe in caos.

Tutto ciò che concerne l'abuso del diritto – disposizioni normative, teorie, orientamenti giurisprudenziali – ha a che fare con una sintesi di tal fatta, quale che sia l'ambito disciplinare preso in considerazione. In tale trasversalità risiede, a nostro modo di vedere, l'interesse maggiore del tema, poiché da quest'ultima emerge un messaggio, e forse una sfida, che questa strana e ambigua figura, nota come “abuso del diritto”, lancia agli ordinamenti. Messaggio, o sfida, che potrebbe condensarsi nella definizione dell'abuso come “discorso sul limite”. È questo messaggio che ci auguriamo di cogliere e decifrare almeno in parte, verificando l'attitudine del diritto costituzionale ad apprestare una grammatica e un vocabolario utili a tal scopo di decrittazione. Il punto è capire perché l'abuso del diritto torni periodicamente a emersione in disparate branche del diritto, quale forza lo muova e per quale riflesso condizionato codici, costituzioni e corti tornino a invocarlo. Quando nessuno di questi tre formanti chiami in causa l'abuso del diritto, può accadere che siano gli studiosi a farlo. Nella dottrina costituzionalistica italiana, ad esempio, pur in assenza di disposizioni che lo prevedano, se ne è talvolta argomentata la plausibilità<sup>1</sup>. Da ultimo, si è tornato a ipotizzare la figura dell'abuso del diritto costituzionale allorché la rottura dell'anzidetto equilibrio derivi da un comportamento di un organo di vertice<sup>2</sup>.

### 1.1. *Trasversalità del tema*

La categoria “abuso del diritto” rileva da varie prospettive: una prospettiva di *diritto positivo*, certamente. Soprattutto, la sua efficacia euristica si dispiega maggiormente su un piano di riflessione più generale, di *teoria generale del diritto*, e anche su un li-

<sup>1</sup> A. CARIOLA, *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano 1994, pp. 338-342.

<sup>2</sup> G. SILVESTRI, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *Rivistaic.it*, 2/2016.

vello che non esiteremmo a chiamare *filosofico*, offrendo l'abuso la possibilità di ragionare sul senso del limite del diritto, in generale<sup>3</sup>, e dei diritti, in particolare.

Dal punto di vista della *teoria generale*, l'abuso del diritto si dimostra argomento utile per rivisitare e attualizzare il pensiero istituzionalista. Esso può essere infatti analizzato tanto dal lato del soggetto-individuo (abuso dei diritti fondamentali) quanto dell'oggetto, ovvero l'ordinamento costituzionale (abuso del diritto costituzionale da parte degli organi costituzionali). Osservato da questa doppia prospettiva (soggetto/oggetto), esso permette, se non di ricondurre a unità soggettivismo e oggettivismo – ovvero «due forme di vita» che già l'istituzionalismo aveva riavvicinato<sup>4</sup> - almeno di non immaginarle come contrapposte l'una all'altra. A tal fine, assume rilievo l'inquadramento dell'abuso del diritto nel contesto della teoria dei diritti fondamentali intesi come “istituzioni” (§2.3).

Da un punto di vista *filosofico*, la categoria in questione favorisce una visione del diritto utile a superare, o a relativizzare almeno, la dicotomia soggettivismo e oggettivismo, soggetto/oggetto (predominio del soggetto o della realtà, filosofie del soggetto/filosofie del realismo); una dicotomia che è anche al centro di uno dei dilemmi filosofici contemporanei e che ha riguardo alla primazia del soggetto-individuo sulla realtà (come nel costruttivismo, ad esempio, e in parte, e con molteplici modulazioni quanto alla posizione del soggetto rispetto alla realtà, nel post-strutturalismo<sup>5</sup>) o, al converso, del reale, dell'oggetto, della realtà (cd. nuovo realismo<sup>6</sup>) sull'individuo.

A tematizzare l'abuso del diritto in queste due prospettive, filosofica e di teoria generale, viene in aiuto la critica che Hans Kelsen mosse alla distinzione tra diritto soggettivo e oggettivo; distinzione «ideologica», in quanto tesa a tener ferma l'idea che il diritto soggettivo e, più propriamente, «la proprietà privata sia, di fronte al diritto oggettivo, una categoria trascendente, un'istituzione nella quale la formazione dell'ordinamento giuridico trovi un ostacolo insormontabile»<sup>7</sup>. Senza volere adottare il pensiero kelseniano nelle sue estreme conseguenze (e, cioè, fino alla identificazione del concetto di diritto con quello di stato), ne utilizzeremo, ciononostante, quella parte che ha saputo cogliere la «contraddizione di principio» che albergava nella teoria

<sup>3</sup> Indicazioni utili in D. CORNELL, *The Philosophy of the Limit*, Routledge, London-New York 1992-2016, dove la «filosofia del limite» è un altro nome per decostruttivismo, applicato a tematiche giuridiche e di interpretazione giuridica.

<sup>4</sup> Così F. MODUGNO, con riferimento a W. CESARINI SFORZA, *Istituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano 1973, p. 72.

<sup>5</sup> Per una sintesi, D. TARIZZO, *Il pensiero libero. La filosofia francese dopo lo strutturalismo*, Cortina, Milano 2003.

<sup>6</sup> Una selezione di tali tendenze è di recente stata proposta da S. DE SANCTIS (a cura di), *I Nuovi realismi*, Bompiani, Firenze-Milano 2017.

<sup>7</sup> H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), ed. it. a cura di R. TREVES, Einaudi, Torino 2000, p. 80.

generale del diritto del tempo (e che caratterizza, tuttavia, in parte anche il nostro tempo), vale a dire il dualismo di diritto oggettivo e soggettivo: secondo la sua intenzione originaria «il dualismo tra il diritto oggettivo e soggettivo esprime l'idea che questo preceda quello tanto logicamente quanto temporalmente. L'idea è chiara: dapprima si formano i diritti soggettivi, prima di tutto la proprietà, il prototipo del diritto soggettivo (e cioè per via dell'appropriazione originaria), soltanto più tardi appare il diritto oggettivo come ordinamento statale che protegge, riconosce e garantisce i diritti soggettivi formati indipendentemente da esso»<sup>8</sup>.

Ora, il divieto di abuso del diritto, che storicamente nasce soprattutto come limite a quel «prototipo del diritto soggettivo» che è la proprietà privata (si veda, per un'esemplificazione, l'art. 833 c.c., *retro* § 1), smentisce questa pretesa priorità (logico-cronologica) del diritto di proprietà, e dei diritti fondamentali, in generale, sul diritto cd. oggettivo. Esso indica, invece, che diritti e diritto(-ordinamento) sono vasi comunicanti, perennemente interdipendenti. D'altra parte, le dinamiche attraverso le quali l'affermazione dei diritti individuali (come il diritto di proprietà) e i connessi divieti di abuso del diritto si sono "rincorsi", nel tempo, giustapposti e amalgamati, suggeriscono all'interprete l'utilità di un approccio al tema che non sia esclusivamente normativistico: quelle dinamiche indicano, infatti, come diritti e diritto(-ordinamento) siano da valutare, prima ancora che come norme, come fatti, incentrati su *aspettative di comportamento* funzionalmente collegate le une alle altre<sup>9</sup>. Si è detto di come l'articolo 833 c.c., nel porre timidamente un limite a un diritto a lungo considerato "assoluto" (il diritto di proprietà), fa luce su tale concatenazione di aspettative di comportamento, storicamente invertecesi, nonché sul processo di «civilizzazione» di tali aspettative<sup>10</sup>.

L'abuso del diritto è un tema che si presta a essere osservato anche da una prospettiva di *filosofia politica*, fornendo esso l'occasione per riflettere sulle trasformazioni contemporanee del potere<sup>11</sup>. Ove si guardi, infatti, al divieto di abuso del diritto come ad uno «strumento duttile e prezioso, almeno là dove arbitrio, anormalità, offesa al comune sentimento siano un *fenomeno non più individuale, ma di classi o di gruppi o di concentrazione del potere*»<sup>12</sup>, si reimposta il problema del potere, che

<sup>8</sup> Ivi, p. 78.

<sup>9</sup> N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione* (1999), ed. it a cura di G. PALOMBELLA e L. PENNARALE, Dedalo, Bari 2002, *passim*.

<sup>10</sup> Ivi, p. 153. Con N. ELIAS, *Il processo di civilizzazione* (1939), tr. it a cura di G. PANZIERI, il Mulino, Bologna 1988, potremmo anzi dire che il divieto di abuso del diritto (almeno, nella limitata forma dell'art. 833 c.c.) è un tassello aggiunto alla «civiltà delle buone maniere».

<sup>11</sup> Per la derivazione del concetto dell'abuso dal concetto di potere, v. D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano 1998, pp. 2, 6-9, 15.

<sup>12</sup> P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1965, anno XI, parte prima, p. 289.

non viene più pensato soltanto nella forma tradizionale della dialettica autorità/libertà, Stato/individuo (quella forma che talvolta vizia un po', ancora oggi, il tradizionale approccio costituzionalistico al concetto di forma di stato), bensì anche nella dialettica orizzontale tra individuo/i, stato, poteri privati, gruppi (politici, economici, sociali). In tal senso, resta più che mai utile ed attuale l'approccio al tema di Pietro Rescigno, che aveva inquadrato l'abuso del diritto nella prospettiva della dialettica tra corpi intermedi, stato e persona<sup>13</sup>.

Dal punto di vista più strettamente *costituzionalistico*, l'abuso del diritto indirizza, da un lato, verso una rilettura dei diritti fondamentali come "istituzioni"; una visione, dunque, fortemente incentrata sui molteplici riflessi del diritto fondamentale in sfere esterne a quelle strettamente individuali e che si avvale altresì del contributo apportato dalle teorie degli effetti orizzontali dei diritti fondamentali (*infra*, § 2.3). D'altro lato, un approfondimento della teoria dell'abuso del diritto potrebbe consentire di ampliare la riflessione sul nesso tra potere e responsabilità e, più precisamente, sul nesso tra i poteri dei singoli organi costituzionali e il concetto di responsabilità (*infra*, §§ 3-4).

Risulterà forse chiara, a questo punto, l'intenzione di spostare il fuoco dell'attenzione dal luogo in cui, tradizionalmente, l'abuso del diritto è stato osservato e collocato, quello dell'interpretazione, verso una prospettiva in cui si incrociano diverse coordinate teoriche. Se è e resta condivisibile l'opinione secondo cui, quando la discussione verte sull'abuso del diritto, assistiamo sempre a un confronto su diverse concezioni «dei compiti del giudice e della funzione dell'interpretazione»<sup>14</sup>, è anche vero che troppo sacrificati ci appaiono i confini concettuali che, da tale constatazione, sono stati fatti derivare. In quanto forma "soft", vaga, un po' indefinita di antigiuridicità, l'abuso del diritto viene spesso considerato strumento ermeneutico utile al giudice per ridefinire, di volta in volta, la categoria della legalità<sup>15</sup>. Al di là dell'indubbia utilità di un approccio che analizzi, caso per caso, le valutazioni sull'abuso del diritto espresse dalle corti, va anche detto che la scelta di affidare l'abuso unicamente e completamente all'interpretazione giurisprudenziale, alla casistica e/o all'analisi di singoli contesti normativi, rischierebbe di impoverire un tema dalle mille risonanze teoriche. Mireremo, dunque, a utilizzare giurisprudenze, norme e contesti al solo fine di isolare le fila di un discorso più generale e di ascoltare attentamente quel che il paradosso

<sup>13</sup> Ivi, *passim*. Ma si vedano anche le pagine 244 e 283, per la formulazione - ancor più esplicita - del tema in tale prospettiva.

<sup>14</sup> P. RESCIGNO, cit., p. 213.

<sup>15</sup> In tal senso, v. ad esempio N. LIPARI, *On Abuse of Rights and Judicial Creativity*, in *The Italian Law Journal*, 1/2017, vol. 3, p. 74. In ambito internazionalistico: D. RUSSO, *Sull'uso della ragionevolezza da parte della Corte Internazionale di Giustizia nel controllo sull'esercizio dei poteri discrezionali degli Stati*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 516.

“abuso del diritto”<sup>16</sup> intende raccontarci a proposito dell’essenza del fenomeno giuridico.

## 2. L’ABUSO DEL DIRITTO COSTITUZIONALE. ARGOMENTI A SUPPORTO DI TALE IPOTESI

### 2.1. *Dimensione oggettiva e soggettiva dell’abuso del diritto*

Che l’abuso del diritto possa declinarsi anche come abuso del diritto costituzionale è un’ipotesi non peregrina in dottrina; nei tempi più recenti, si è anzi sostenuto che il rilievo costituzionalistico del tema sarebbe tale da assorbire quello privatistico, posto che la logica generale del sistema costituzionale «include in sé sia il diritto privato che quello pubblico»<sup>17</sup>. Tale opinione individua nella solidarietà (di cui all’art. 2 Cost.it.), e nella sua valenza fortemente espansiva, il principio costituzionalistico che presterebbe fondamento al divieto di esercitare il proprio diritto con modalità tali da recare offesa (e quindi danno ingiusto) ad altri soggetti. Trarremo spunto da tale suggestione, senza per questo “forzare” la figura in parola nelle maglie del diritto costituzionale. Una specifica configurabilità dell’abuso del diritto costituzionale è un’ipotesi la cui plausibilità acquisirà consistenza, nel caso, in conclusione di queste riflessioni, a condizione che sarà stato possibile rinvenire nella logica del diritto costituzionale alcuni addentellati e qualche buon argomento, utili per giustificare un discorso sull’abuso del diritto costituzionale.

Siamo, per così dire, nell’ambito di una *sperimentazione*, non certo di un assunto o di una petizione di principio e, men che meno, di una rivendicazione disciplinare tesa a “impossessarsi” di un tema che, tradizionalmente, è stato indagato dagli studiosi di diritto privato. Rispetto a tale ultimo rilievo, si è già avuto modo di notare che i profili più significativi dell’abuso del diritto risiedono, a sommosso avviso di chi scrive, non già nelle ricadute dell’istituto in questa o quella branca del diritto, bensì nell’esser il tema un pretesto per riflettere su tematiche molto più generali, spontaneamente trasversali, concernenti le trasformazioni contemporanee del potere e del rapporto tra potere e libertà. Che il tema possa considerarsi interdisciplinare, è dimostrato dall’approccio con cui autorevoli studiosi del diritto privato stesso si sono avvicinati al tema, guardando ad esso come si guarda a un pretesto teorico, orfano di pa-

<sup>16</sup> Sulla fecondità dei paradossi nell’analisi giuridica e, in particolare, nell’ambito di qualsivoglia «reasoning» o «decision-making» che si vogliano «coerenti», v. N. LUHMANN, *The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History*, in *Journal of Law and Society*, 2/1988, p. 153 ss. Sui paradossi nel diritto (ma con conclusioni diverse da quelle proposte da Luhmann), cfr. anche G. FLETCHER, *Paradoxes in Legal Thought*, in *Columbia Law Review*, 6/1985, vol. 85, p. 1263 ss.

<sup>17</sup> G. SILVESTRI, cit., p. 3.

ternità disciplinari nettamente individuabili, e utile per ragionare, in primo luogo, di teoria generale: Davide Messinetti, pur riservando al tema una trattazione attenta ai profili civilistici, lo introduceva – assai significativamente e in modo da svincolarlo da ipoteche dogmatiche – come problema di teoria generale e, forse, di filosofia politica, utile a far luce, *in primis*, sul concetto di potere e sulle sue trasformazioni<sup>18</sup>. Sempre in via introduttiva, Giovanni Cazzetta ha osservato giustamente come quello dell'abuso del diritto sia innanzitutto «un problema di diversa percezione di modelli dell'ordine»<sup>19</sup>. Pietro Rescigno, da parte sua, ha ribadito, in diversi luoghi del suo lavoro, la natura innanzitutto storico-ideologica del tema in questione<sup>20</sup>.

Muovendo dal percorso già battuto da questa e altra autorevole dottrina, quel che più ci interessa sondare è la possibilità di affiancare all'abuso dei diritti fondamentali l'ipotesi dell'abuso del diritto costituzionale, *considerando entrambe le categorie come parte di un unico problema*. Se l'abuso dei diritti fondamentali costituisce il profilo più sondato dai costituzionalisti (incoraggiati a ciò da significativi indizi normativi: si pensi all'art. 17 Cedu, dedicato proprio all'abuso del diritto fondamentale, o all'art. 18 GG; v. *retro*, § 1), l'abuso del diritto costituzionale non ha ricevuto eguale attenzione in dottrina<sup>21</sup>, ma, non per questo, esso deve ritenersi privo di interesse. La possibile utilità di un approccio volto ad articolare i due piani – soggettivo e oggettivo – della riflessione è presto detta: quanto più ci si allontana da una visione esclusivamente individualistica dell'abuso del diritto, tanto più si inizia a scorgere uno spazio in cui esso sprigiona una valenza di limite generale. Un limite, cioè, suscettibile di agire *contro* una pluralità di soggetti (l'individuo o gli individui – gruppi, formazioni sociali – i poteri dello stato, lo stato-sovrano stesso), e che obblighi tali soggettività a convivere in uno spazio comune.

L'idea che il divieto di abuso del diritto concerna non soltanto i singoli individui e i gruppi, ma anche lo stato e gli organi di vertice dello stesso, non è priva di precipui agganci normativi: è soprattutto il già citato articolo 17 Cedu ad incoraggiare una siffatta lettura “bidimensionale” dell'abuso del diritto, prevedendo, esso, che «nessuna

<sup>18</sup> D. MESSINETTI, cit. (v. *retro*, nota 11).

<sup>19</sup> G. CAZZETTA, *Abuso del diritto e forma di unità del giuridico*, in *Rivista di diritto civile*, 3/2017, p. 560.

<sup>20</sup> Anche tra gli interpreti inclini a impostare l'abuso come problema prettamente giuridico, osserva P. RESCIGNO, cit., p. 207, si riscontrano «sensibili differenze», riconducibili a differenti ideologie, sulle quali v. spec. parte II, §§ 4-8 (p. 216 ss.).

<sup>21</sup> Tra le eccezioni: A. CARIOLA, cit. (v. *retro*, nota 1), G. SILVESTRI, cit. (v. *retro*, nota 2) e, di recente, S. POLIMENI, *I controlimiti nel «dialogo» tra le Corti*, in *Controlimiti e identità costituzionale nazionale*, Editoriale scientifica, Napoli 2018, pp. 95-101. Benché l'abuso del diritto non venga menzionato esplicitamente, abbiamo rinvenuto assonanze col nostro tema in S. ORTINO, *La responsabilità «costituzionale» del Presidente della Repubblica*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XVII/1973, p. 17 ss. e L. VENTURA, *Le sanzioni costituzionali*, Giuffrè, Milano 1981, tra gli altri (*infra*, § 3 ss.).

disposizione della presente convenzione può essere interpretata nel senso di comportare *il diritto di uno stato, un gruppo o un individuo* di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione». Lo stesso discorso vale per la seconda parte della disposizione che, rivolgendosi ai medesimi soggetti (stato, gruppi, individuo), e virando verso l'attitudine dell'istituto a valere soprattutto come principio ermeneutico, fa divieto di «imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione»<sup>22</sup>.

È evidente come, già muovendo soltanto dall'art. 17 Cedu, il divieto di abuso del diritto sveli il suo ampio raggio d'azione, dirigendosi esso a limitare tanto i singoli quanto lo stato e, dunque, potenzialmente, anche gli organi di vertice dell'ordinamento costituzionale<sup>23</sup>. A questo punto, potrà obiettarsi che tale azione di freno, per come concepita dall'articolo 17 Cedu, è, sì, rivolta anche contro gli organi statali, ma soltanto limitatamente a un comportamento di questi ultimi che sia suscettibile di ledere i diritti fondamentali<sup>24</sup>. Nulla vieta, tuttavia, di articolare una riflessione che, prendendo spunto anche da tale disposizione e guardando a principi basilari del costituzionalismo, si interroghi su ulteriori significati e funzioni del divieto di abuso del diritto. Si pensi, ad esempio, a quei paesi-membri dell'Unione europea, facenti parte del cd. blocco di Visegrad, e alle torsioni illiberali che essi hanno impresso ai propri ordinamenti interni negli ultimi anni, con conseguenti limitazioni e violazioni di taluni diritti fondamentali. L'alibi politico-normativo di cui tale torsione illiberale è stata ammantata è stato quello dell'identità nazionale, tutelata dall'art. 4 Tr.Ue (cd. identity clause, in cui si afferma che la Ue rispetta l'identità nazionale degli stati membri). Ebbene, qui potrebbe configurarsi un abuso del diritto convenzionale (le-

<sup>22</sup> La seconda parte dell'art. 17 Cedu pare rivolgersi, in primis, agli organi di garanzia, come le corti, nell'attività interpretativa dei diritti, ma, in astratto, anche allo stato-legislatore, oppure ai gruppi (es: i sindacati).

<sup>23</sup> Stando alla lettera del testo, il divieto dell'abuso, secondo la lettura che qui proponiamo, è molto più di quel che versione inglese del testo Cedu denomina «prohibition of abuse of rights»; più rispondente all'idea che qui stiamo proponendo è invece il testo francese della Convenzione, che riferendosi a un «abus de droit», declinato al singolare, lascia nel dubbio il lettore, il quale può pensare tanto al diritto in senso oggettivo quanto ai diritti fondamentali.

<sup>24</sup> D'interesse sarebbe indagare, da questo punto di vista, la plausibilità del concetto di “abuse of law” in quei sistemi costituzionali, come quello statunitense, che non riconoscono effetti orizzontali ai diritti fondamentali, se non in presenza di una cd. “state action”, vale a dire un'azione di un soggetto pubblico da cui promani la violazione del diritto fondamentale. Più in particolare, potrebbe rivelarsi fruttuosa un'indagine che approfondisse la relazione tra abuso del diritto e teoria e prassi del cd. constitutional tort, ovvero quell'insieme di «remedies» a favore di «individuals who are harmed by a federal or state official's violation of the Constitution» (così sintetizza l'istituto del *constitutional tort* J.J. PARK, *The Constitutional Tort Action as Individual Remedy*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 38/2003, p. 393).

sione dell'art. 17 Cedu) e un abuso del diritto dell'Ue (art. 4 Tr.), posto che l'Unione, attraverso l'identity clause, non ha certo inteso accettare qualsivoglia provvedimento liberticida adottato dai suoi stati membri in nome di un sedicente diritto alla 'identità nazional-costituzionale'.

Parafrasando l'art 17 Cedu, e avendo in mente l'ordinamento costituzionale interno, potrebbe immaginarsi, allora, che il divieto di abuso del diritto costituzionale sia riassumibile in un'ipotetica disposizione, a norma della quale: "nessuna disposizione della costituzione può interpretarsi nel senso di comportare il diritto dello stato (e quindi degli organi costituzionali), di un gruppo o di un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione/rottura dell'equilibrio costituzionale". Dove, per "equilibrio costituzionale", si allude al nucleo stesso del costituzionalismo, nello spirito dell'articolo 16 della Dichiarazione francese del 1789, che consta essenzialmente, come è noto, del rispetto della separazione dei poteri e del riconoscimento/tutela dei diritti fondamentali. Sulla falsariga di quanto già proposto in dottrina, potrebbe parlarsi dunque di abuso del diritto non soltanto in riferimento all'abuso, da parte dei singoli o di gruppi, dei diritti fondamentali, ma anche di un abuso del diritto costituzionale inteso come «atto o comportamento di un organo di vertice dell'ordinamento che possa rompere, o anche soltanto turbare, non solo l'equilibrio sotteso al principio di separazione dei poteri, ma anche quello tra sfera della politica e sfera delle garanzie»<sup>25</sup>.

La plausibilità di una tale lettura (ovvero, l'incidenza del divieto di abuso del diritto non soltanto sulla sfera dei diritti fondamentali, ma anche sulla sfera statale, il suo porsi quale limite all'azione dei poteri statali) può argomentarsi tenendo congiunti i due piani della riflessione: da un lato, il piano a partire dal quale, tradizionalmente, viene a configurarsi la figura dell'abuso, cioè quello della sfera soggettiva, dei diritti fondamentali, dall'altro, il piano della dimensione ordinamentale, della organizzazione costituzionale.

È attraverso questa connessione tra i due piani, soggettivo ed oggettivo, che emerge, forse, la possibilità di proporre una visione dell'abuso del diritto come categoria propria del diritto costituzionale. Lo strumento utile a tal fine è lettura "forte" dei diritti fondamentali intesi come istituzioni (*infra*, § 2.4), una lettura, se si vuole, molto anti-individualista dei diritti stessi: l'eventualità di perderli, come prevede il GG, implica che essi siano, sì, consustanziali all'individuo, ma non in virtù di una precedenza logica o meta-giuridica di quest'ultimo, e dei suoi diritti, rispetto all'ordinamento.

<sup>25</sup> G. SILVESTRI, cit., p. 6. Per l'ipotesi adombrata con riferimento all'abuso dell'identità costituzionale' dei paesi di Visegrad e, segnatamente, dell'Ungheria, si veda invece G. HALMAI, *Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E (2) of the Fundamental Law*, in *Review of Central and East European law*, 43/2018, No. 1, pp. 23-42.

Nella logica del GG, l'individuo resta tale .... anche senza qualche diritto, cioè anche laddove egli sia colpito dalla (certo gravissima) sanzione della perdita di un diritto fondamentale, ex art. 18 GG; allo stesso modo, e su scala più ridotta, il concetto sottostante al divieto di atti emulativi (art. 833 c.c., vedi *retro* §1) implica che anche il più assoluto dei diritti (la proprietà privata, a lungo, come è noto, ritenuta tale) assoluto non è, in quanto vincolato ad una *funzione* anche *sociale*.

## 2.2. *La concatenazione di diritti e doveri. Centralità dei doveri di solidarietà politica per una teoria dell'abuso del diritto costituzionale*

Un argomento a favore dell'idea dell'abuso del diritto costituzionale può trarsi dal nesso che la trama costituzionale istituisce tra diritti fondamentali/inviolabili e doveri inderogabili<sup>26</sup>. Consustanziali, forse anche più dei diritti, al concetto di stato<sup>27</sup>, i doveri costituzionali, benché meno numerosi dei diritti, godono di una centralità indiscussa per fondare tanto il divieto di abusare dei diritti fondamentali quanto il divieto di abuso del diritto costituzionale: basti pensare all'art. 53 Cost.it, rispetto al quale la categoria "abuso di diritto" viene di norma invocata in tema di elusione fiscale; categoria, quest'ultima, che la giurisprudenza tende a distinguere dall'evasione fiscale proprio facendo leva sul concetto di abuso del diritto<sup>28</sup>.

Alla centralità della categoria dei doveri costituzionali per il nostro tema va aggiunta una specificazione (di per sé, ancora una volta, evidente, ma che preferiamo rendere più esplicita, per i medesimi motivi di cui sopra): riferendoci alla rilevanza di tale categoria per la teoria dell'abuso, non parliamo di doveri quali che siano, bensì di doveri di *solidarietà* (politica, in particolare). A suggerire tale delimitazione è il testo costituzionale stesso, se è vero che *l'unica* indicazione fornita, in via preliminare, dalla costituzione italiana in tema di doveri è che essi non possano essere diversi da quelli imposti dalla *solidarietà* (politica, economica e sociale)<sup>29</sup>. È dalla solidarietà, e da nessun altro principio, che lo stato può ricavare doveri da imporre ai singoli. Questa chiamata alle armi, per così dire, è lì a ricordare che il disegno costituzionale italiano non si basa né su un individualismo senza limiti, né sull'individualismo *tout court*, fondandosi esso, invece, sull'idea che i singoli individui partecipino, volenti o nolenti,

<sup>26</sup> Per una formulazione tanto sintetica quanto efficace di tale nesso, v. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), ed. it. a cura di S. COTTA e R. TREVES, Edizioni di Comunità, Milano 1954, p. 76: «La mia libertà giuridica è sempre il vincolo giuridico altrui, il mio diritto è sempre l'altrui dovere giuridico».

<sup>27</sup> G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, F. PALLANTE, *Lineamenti di diritto costituzionale*, Le Monnier, Firenze 2014, p. 304.

<sup>28</sup> Cfr. Corte di Cassazione, S.U., n. 30055 del 23 dicembre 2008 (punto 2.2 dei «motivi della decisione»).

<sup>29</sup> G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, F. PALLANTE, cit., p. 306.

«ai problemi di ordine collettivo» e rinuncino «a qualcosa di individuale ed egoistico per il bene di tutti»<sup>30</sup>. In una repubblica, inoltre, i doveri non sono imposti a vantaggio esclusivo dello stato, come nel caso degli stati autoritari, bensì a vantaggio dello stato-società, cioè di tutti<sup>31</sup>. In tal senso, adempiere a un dovere inderogabile è un “favore” che si rende a se stessi, anche a voler prescindere da qualsivoglia tensione altruistico-solidaristica.

Che il principio costituzionale di solidarietà sia declinato in senso sociale<sup>32</sup> o politico<sup>33</sup>, esso finisce comunque per proiettare l'individuo al di là di sé stesso, e i poteri dello stato al di là dei rispettivi confini, inserendoli in un contesto di *responsabilità* intesa innanzitutto come *dipendenza* dal contesto comunitario<sup>34</sup>. È il mero fatto di questa dipendenza a legittimare la vocazione espansiva del principio di solidarietà, il quale lega a filo doppio individui, gruppi, poteri dello stato. Intuitane l'importanza, il costituente, non a caso, ha fatto ricorso a «una esplicita formulazione generale» (articolo 2), così da «estendere la operatività del principio di solidarietà oltre l'ambito segnato dalle disposizioni particolari»<sup>35</sup>.

Criticando posizioni contrarie a ricostruire i concetti di lesione e danno a partire da una nozione così vaga e controversa come quella di «ingiustizia», Stefano Rodotà affermava, già nel 1967, che «tutte queste costruzioni trascurano un più generale mutamento rinvenibile nella codificazione, e che ha le sue radici ben oltre l'ambito particolare della responsabilità civile»<sup>36</sup>. Tali radici, egli le ravvisava nel «*limite della solidarietà, che non esaurisce la propria operatività in un rapporto giuridico già definito (...), ma investe interamente la posizione dei soggetti in quanto membri della medesima comunità*»<sup>37</sup>. A distanza di anni da questo importante contributo della dottrina, la Corte costituzionale ebbe a esprimere la medesima idea, affermando che la «base

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> *Ivi*, p. 304.

<sup>32</sup> Espressione particolarmente significativa, per il divieto di abuso del diritto, del principio di solidarietà sociale è il concetto di *buona fede in senso oggettivo*, ovvero quel principio di correttezza e lealtà di condotte che, a parere della giurisprudenza, deve informare i comportamenti delle parti con riguardo al «*complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto*» (Cass., sez. III civile, n. 20106 18 settembre 2009. Corsivi nostri). Ciò equivale a dire che la buona fede opera su un livello oggettivo, di *interessi altri, molto più generali* e molto più numerosi di quelli propri delle singole parti di un rapporto giuridico: cfr. Cass. 15.2.2007 n. 3462 e Cass., sez. III civile, n. 20106 18 settembre 2009 (caso “Renault”, v. *retro*, § 1).

<sup>33</sup> A. CARIOLA, *Referendum abrogativo*, cit., pp. 339-40; G. SILVESTRI, cit., p. 3.

<sup>34</sup> C. MAIORCA, *Responsabilità (teoria gen.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano 1988, p. 1005.

<sup>35</sup> S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano 1967, p. 104 (in linea con tesi di costituzionalisti; l'A. cita qui, in particolare, C. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive*, Cedam, Padova 1952-1953).

<sup>36</sup> *Ivi*, p. 89.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

*della convivenza sociale* normativamente prefigurata dal Costituente» è la solidarietà, ovvero il «principio che, comportando l'*originaria* connotazione dell'uomo *uti socius*, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico». <sup>38</sup>

In tal senso affermavamo, poco sopra, che il principio costituzionale di solidarietà vincola gli individui ad una reciproca responsabilità, la quale, prima ancora di connotarsi per un significato giuridico, va intesa innanzitutto come *inevitabile dipendenza* dal contesto comunitario; è dalla consapevolezza di tale ineludibilità che nascono, d'altra parte, le istituzioni<sup>39</sup>. Quanto al significato più propriamente giuridico di detta inevitabile dipendenza, può notarsi, intanto, che essa porta con sé la non negoziabilità dei doveri, dato il loro rilievo pubblicistico<sup>40</sup>, che conforma, d'altronde, i diritti stessi: la Costituzione, infatti, «non legittima i singoli a pretendere diritti e libertà in linea di principio, cioè disciolti da corrispondenti doveri, in quanto i singoli sono garantiti dallo Stato come portatori di situazioni giuridiche soggettive non solo come entità singolarmente assolute e finite in sé, ma anche in quanto *cives*, soggetti politici»<sup>41</sup>.

Ciò vale per gli individui (e/o i gruppi) come - e a maggior ragione - per i poteri statali: il valore fortemente espansivo che, «nella logica generale del sistema costituzionale acquista ...il principio di solidarietà» è «tale da poter essere declinato, in forme diverse, sia nei rapporti tra singoli o tra gruppi all'interno della cosiddetta società civile, sia nei rapporti tra cittadini e potere pubblico, sia infine *nei rapporti tra poteri dello stato*»<sup>42</sup>. Così come il singolo individuo non può vantare un diritto se «si chiama fuori» dai doveri di solidarietà, allo stesso modo un potere dello stato non potrà esercitare le proprie funzioni e prerogative se non adempiendo, al contempo, al dovere di solidarietà politica che obbliga ciascun potere a rispettare funzioni e prerogative degli altri poteri.

A questo punto, potremmo iniziare a ipotizzare che un esercizio *formalmente corretto* di un potere/ facoltà/prerogativa costituzionale da parte di un organo di vertice dello stato, *ma sostanzialmente* mirato a obiettivi diversi rispetto a quelli indicati dalla costituzione (obiettivi cioè contrari a quell'*ordine costituzionale*<sup>43</sup> basato sul principio di solidarietà, anche politica), possa dar luogo a un abuso del diritto costituzionale.

<sup>38</sup> Corte cost. 75/1992, 28 febbraio 1992, punto 2 del 'considerato in diritto'.

<sup>39</sup> Sulla necessità del processo di istituzionalizzazione, derivante dal fatto che «l'uomo nasce quale essere bisognoso», v. N. MATTEUCCI, *Libertà (scienze sociali)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano 1974, pp. 250-51. Per questa visione, v. anche N. LUHMANN, *infra*, nota 73.

<sup>40</sup> Sulla centralità del principio di solidarietà per l'ordine costituzionale, v., da ultimo, R. DICKMANN, *Ordine costituzionale e vocazione solidale dello stato*, in *www.federalismi.it*.

<sup>41</sup> *Ivi*, p. 5.

<sup>42</sup> G. SILVESTRI, *cit.*, p. 3 (corsivo nostro).

<sup>43</sup> R. DICKMANN, *cit.*, *passim*.

In virtù del limite posto dalla solidarietà, che si caratterizza per una valenza generale ed espansiva, clausole generali civilistiche, come quella della buona fede, sono state interpretate, nel tempo, ad ampio raggio, ben al di là, cioè, dei confini del rapporto contrattuale, e sono state interpretate proprio attraverso la lente dell'articolo 2 della Costituzione, che ha contribuito ad arricchire quelle clausole generali di significati giuridici ulteriori. Cosa significherebbe, altrimenti, affermare che esiste, oltre a una buona fede in senso soggettivo, una buona fede anche *oggettiva* (*retro*, nota 42), se non qualificare giuridicamente e ulteriormente il dovere di correttezza<sup>44</sup>, ricordando alle parti che, il loro, non è un rapporto *vis-à-vis*, gravitando, invece, attorno a quel rapporto, una galassia di interessi *altri*?

Il codice civile del 1942 aveva già fatto un passo relevantissimo, in questo senso, come abbiamo appena ricordato con le parole di Stefano Rodotà<sup>45</sup>. Attraverso l'articolo 2, la costituzione del 1948 avrebbe "aggravato" consapevolezza e conseguenze della responsabilità intesa come «dipendenza dal contesto comunitario» (v. nota 44). La costituzionalizzazione del principio di solidarietà avrebbe infatti continuato a prestar eco, tra alti e bassi normativi e giurisprudenziali, alla lezione del mai dimenticato Karl Polanyi, per il quale «la vera critica alla società di mercato non è che essa si basasse sull'economia (qualunque società deve basarsi su di essa), ma che la sua economia fosse basata sull'interesse individuale»<sup>46</sup>. È questa critica che già la costituzione di Weimar aveva fatto propria, invero, trent'anni prima rispetto alle costituzioni del secondo dopoguerra, affermando (con bel gioco linguistico, intraducibile in italiano) che la proprietà *verpflichtet*, ovvero vincola, obbliga, sottopone a *dovere*, in quanto essa ha funzione sociale (art. 153: «La proprietà *obbliga*. Il suo uso, oltre che al privato, deve essere rivolto al bene comune»<sup>47</sup>).

Il diritto di proprietà è qui «marcato stretto» dai suoi storici avversari (*Pflicht* dovere, solidarietà, funzione sociale del diritto e dei diritti, diritti fondamentali come istituzioni: *infra*, § 2.4). È dal diritto di proprietà, non a caso, che la teoria dell'abuso del diritto avrebbe preso le mosse.

Se nel 1965 restava indubbio che «gli articoli 2 e 3, c.2, della Costituzione italiana» non bastassero a fondare anche la pretesa di impostare e risolvere il problema dell'abuso<sup>48</sup>, è anche vero che, da allora, teoria e prassi degli effetti orizzontali dei di-

<sup>44</sup> «...la correttezza che impone l'art. 1175 non è soltanto un generico dovere di condotta morale; è un dovere giuridico qualificato dall'osservanza dei principi di solidarietà...» (S. RODOTÀ, cit., in riferimento alla Relazione al codice del 1942, p. 90).

<sup>45</sup> Ivi, pp. 89-90.

<sup>46</sup> K. POLANYI, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca* (1944), tr. it. a cura di R. VIGEVANI, Einaudi, Torino 1974, p. 311.

<sup>47</sup> «Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste».

<sup>48</sup> P. RESCIGNO, cit., p. 282.

ritti fondamentali<sup>49</sup> e, ancor prima, la teoria dei diritti fondamentali intesi come “istituzioni”, avrebbero aperto la strada a questa possibilità, rendendo meno “isolato” l’articolo 2 della Costituzione e puntellandolo di nuovi contenuti, norme, ragioni. È il momento, dunque, di passare a indicare alcuni di questi puntelli.

### 2.3. *Vocazione istituzionale ed effetto orizzontale dei diritti fondamentali*

Se il nesso tra doveri di solidarietà e divieto di abuso del diritto è intuitivo, meno automatico è forse il passaggio che collega l’idea dei diritti fondamentali al divieto di abuso degli stessi. Retaggi ideologici e culturali, risalenti all’epoca dell’apogeo borghese, rendono più invisibile l’idea di limitare i diritti fondamentali e, segnatamente, il diritto da cui è scaturita la riflessione stessa sull’abuso, ovvero la proprietà privata.

A rafforzare questo più delicato passaggio soccorre la teoria dei diritti fondamentali come istituzioni. Tale opzione teorica insiste infatti sull’incidenza dei diritti fondamentali all’esterno della sfera prettamente individuale, l’irradiarsi (effetto radiante: LüthUrteil<sup>50</sup>) della loro efficacia in una sfera comune, pubblica, collettiva. L’utilità di un tale approccio ai diritti fondamentali viene in evidenza sia ove si considerino le teorie classiche<sup>51</sup>, e più risalenti, sui diritti fondamentali sia le più recenti attualizzazioni<sup>52</sup>.

Per quel che riguarda le prime, il riferimento naturale è alla costituzione di Weimar e, in particolare, al già richiamato art. 153, dove l’idea della dimensione istituzionale dei diritti fondamentali prende forma in riferimento, innanzitutto, alla proprietà privata (il cui uso, «oltre che al privato, deve essere rivolto al bene comune»: art. 153). È in tale contesto che acquista massimo spessore teorico l’idea di una dimensione istituzionale dei diritti fondamentali: «già verso la fine della Repubblica di Weimar», osserva Preuß, «ci si era resi conto che i diritti fondamentali non erano soltanto diritti che tutelavano il soggetto da eventuali prevaricazioni dello stato, ma avevano e hanno una dimensione istituzionale al pari di istituzioni sociali nelle quali si esprime l’interesse collettivo della società (...) Tale idea venne elaborata innanzitutto in riferi-

<sup>49</sup> *Ibidem*: con lungimiranza, l’Autore segnalava, già allora, l’importanza di quella che sarebbe stata poi denominata teoria degli effetti orizzontali dei diritti fondamentali.

<sup>50</sup> *BVerfG*, 198, p. 203 ss.

<sup>51</sup> Tra i primi, in Italia, a intervenire sul tema, G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 1970.

<sup>52</sup> G. TEUBNER, *La matrice anonima. Quando ‘privati’ attori transnazionali violano i diritti dell’uomo*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2006 (spec. p. 12, nota 67, per riferimenti bibliografici sul neo-istituzionalismo). A. JR GOLIA, *Imprese transnazionali e vincoli costituzionali*, FrancoAngeli, Milano 2019; ID., *Costituzionalismo sociale (teoria del)*, in *Digesto delle discipline giuridiche*, Utet, Torino 2017, p. 235.

mento alla garanzia della proprietà»<sup>53</sup>. Date queste premesse, si è poi osservato che è esattamente da una siffatta visione istituzionale dei diritti fondamentali, e di conseguenza dall'enfasi posta sulla funzione sociale dei diritti stessi, che muove la teoria dell'abuso del diritto<sup>54</sup>.

Anche nella contemporaneità, crediamo, questa visione dei diritti fondamentali intesi come istituzioni può arricchire e, soprattutto, contribuire a fondare più efficacemente una eventuale teoria dell'abuso del diritto costituzionale. Tematizzando, infatti, i diritti fondamentali a partire dal concetto di *istituzione* - oltre, o forse prima ancora, che da quello di *costituzione* - si enfatizza non tanto, o non soltanto, l'interesse o bene materiale protetto dai diritti fondamentali (in tal senso, e solo in questo senso, il nostro discorso è «anti-individualista»<sup>55</sup>), quanto la *funzione* che essi svolgono all'interno di un sistema sociale, sia esso statale o non statale<sup>56</sup>.

Ad ogni modo, il punto di partenza per visualizzare la vocazione istituzionale dei diritti fondamentali è la posizione del Tribunale costituzionale tedesco, che, a partire da una nota e risalente pronuncia - cd. *LüthUrteil*<sup>57</sup> - ha interpretato questi ultimi non soltanto come diritti di difesa del cittadino nei confronti dello Stato, ma anche come *elementi dell'ordinamento nella sua oggettività, dunque «norme di diritto oggettivo (...) che reclamano validità in tutti i campi del diritto»*<sup>58</sup>. Di tale pronuncia è stato rimarcato il carattere di «pietra miliare della giurisprudenza in materia di diritti fondamentali, che (sollevando) i diritti fondamentali dalla loro mera funzione di difesa, (ne ha fatto) la regola decisiva di ogni azione statale»<sup>59</sup>.

<sup>53</sup> U. K. PREUR, *Prospettive di sviluppo nella scienza giuridica*, in *Politica del Diritto*, 1/1992, p. 37.

<sup>54</sup> P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale* (1983), tr. it. a cura di P. RIDOLA, NIS, Urbino 1993, p. 43-44.

<sup>55</sup> In assonanza con i rilievi di G. TEUBNER, *La matrice anonima...*, cit., pp. 4-5 (da nota 39 a 46).

<sup>56</sup> Questa è la torsione (in senso «istituzionalista») che G. TEUBNER, *ivi*, p. 9 ss., imprime alle tradizionali teorie degli effetti orizzontali, con intuizione, a noi sembra, assai felice.

<sup>57</sup> V. nota 60.

<sup>58</sup> H.P. SCHNEIDER, *Carattere e funzione dei diritti fondamentali nello Stato costituzionale democratico*, in *Diritto e società*, 2/1979, p. 220 (il corsivo è nostro).

<sup>59</sup> *Ivi*, p. 221. Sul punto si veda N. TROCKER, *I rapporti tra cittadini e Stato nella Costituzione di Bonn: significato storico e politico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1973, pp. 1175-1176. L'effetto cd. «radiante» dei diritti fondamentali è stato esteso anche ai diritti sociali. Nell'ambito della dottrina italiana, v. M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano 1964, p. 804. Sulla struttura composita dei diritti sociali, v. M. LUCIANI, *Sui diritti sociali* in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Giappichelli, Torino 1994, spec. p. 96. Questa struttura complessa, propria anche dei diritti sociali, giunge a contraddire ulteriormente l'idea che la proprietà privata (dei mezzi di produzione) possa considerarsi illimitata. Qui torna in speciale rilievo il significato dell'art. 153 Cost. Weimar; siamo di fronte a un modo di considerare i diritti fondamentali come strumento affinché quel carattere «obbligante» («verpflichtend»: *retro*, nota 57) acquisti effettività. In questa visione, nessun esercizio abusivo del diritto di proprietà è quindi più ammissibile.

La vocazione istituzionale dei diritti fondamentali avrebbe trovato sviluppi ulteriori alla luce delle teorie degli effetti orizzontali dei diritti fondamentali. Anche a voler soffermarsi soltanto sulle più classiche, tra queste ultime, non può non vedersi come l'idea che le norme costituzionali sui diritti fondamentali vincolino non soltanto lo stato, ma anche l'azione dei privati, abbia una ricaduta immediata sul concetto di abuso del diritto. In tale prospettiva, il divieto di abuso del diritto si dirige, infatti, sia verso l'azione dello stato, sia verso quella dei privati. Proprio tenendo in considerazione il più ampio spettro di soggetti verso cui, con l'evoluzione novecentesca, il divieto di abuso andava rivolgendosi, Pietro Rescigno notava, già nel 1965, che la teoria dell'abuso del diritto acquista rilievo allorché «arbitrio, anormalità, offesa a comune sentimento siano *un fenomeno non più individuale, ma di classi o di gruppi o di concentrazione del potere*»: situazioni, dunque, nelle quali una «combinazione di forze si avvalga di una libertà a discapito di altri» (*retro*, nota 12)<sup>60</sup>. Le tesi di Rescigno recavano *in nuce*, già allora, anticipazioni importanti sul nesso tra l'abuso del diritto e le teorie degli effetti orizzontali dei diritti fondamentali che sarebbero state, poi, elaborate.

A quanto già esposto, va aggiunta, a questo punto, una breve osservazione, che potrà forse apparire implicita in quanto scritto finora. L'idea che i diritti fondamentali conformino l'azione dei poteri pubblici e privati non poteva affiorare se la teoria dell'istituzionalismo non avesse creato, già nel primo Novecento, i presupposti concettuali di tale rinnovata concezione: ripensando il rapporto tra soggettivismo e oggettivismo, l'istituzionalismo ripensò anche il rapporto stato-società, alla luce degli sconvolgimenti sociali dell'epoca. Come già ricordato (*retro* § 1.1), il concetto di istituzione prese forma a partire dall'esigenza, allora avvertita in tutta la sua urgenza, di riformulare il tema del conflitto individuo-Stato-società che, come avvertito dalla dottrina della prima metà del Novecento, «è solo un aspetto empirico e superficiale della relazione necessaria tra soggettivismo e oggettivismo»<sup>61</sup>. Il concetto di abuso del diritto chiama di nuovo in causa, oggi, il conflitto/relazione tra soggetto, società e stato.

<sup>60</sup> P. RESCIGNO, cit., p. 289 (corsivi nostri). «I diritti fondamentali sarebbero posti in discussione come istituti qualora, ad esempio, una molteplicità di titolari abusasse di questi»: P. HÄBERLE, cit., p. 149.

<sup>61</sup> F. MODUGNO, cit., p. 72 (cfr. *retro*, nota 4). Vogliamo qui soltanto accennare alla fecondità che un approfondimento filosofico della teoria dell'istituzione così impostata - a partire cioè dal rapporto tra soggettivismo e oggettivismo (e, quindi, tra diritti e diritto, tra individuo e ordinamento, etc.) - apporterebbe anche allo studio dell'abuso del diritto. Non può non vedersi, infatti, il potenziale liberante e, al contempo, repressivo insito nel concetto di istituzione (sul punto, v. P. BOJANIC, in [www.sifp.it](http://www.sifp.it)), del tutto speculare al concetto di divieto di abuso del diritto. Anche quest'ultimo è, infatti, apertura di campo (perché l'abuso del diritto fa intravedere la possibilità di esercitare il diritto... a propria immagine e somiglianza, per così dire, senza incorrere necessariamente in sanzioni) ma, al tempo stesso, restrizione (attraverso le previsioni sul divieto di abusare del diritto). Per un primo approfondimento filosofico della teoria dell'istituzione, F. Modugno indica G. RE-

Quel che la vocazione istituzionale dei diritti fondamentali comporta, dunque, è che essi, per il tramite della loro dimensione anche *oggettiva*, acquisiscano un'attitudine non più soltanto *antagonistica*, bensì anche *conformativa*<sup>62</sup> rispetto sia ai pubblici poteri sia ai poteri privati. Tale attitudine - anche - conformativa dei diritti fondamentali rispetto all'azione statale e a quella dei privati è stata messa in luce da chi, intuendo il peso decisivo che la crescente differenziazione e complessità sociale, propria della modernità, avrebbe avuto sul destino dei diritti fondamentali, scriveva, decenni orsono, che «i diritti fondamentali non solo proteggono l'individuo dallo stato; ma strutturano l'ambiente della burocrazia in modo da consolidare lo stato come sottosistema della società»<sup>63</sup>.

Quest'incidenza dei diritti fondamentali sull'«ambiente della burocrazia», dunque sullo stato stesso, è, nella visione di Niklas Luhmann, una *funzione* che i diritti fondamentali riescono a svolgere in virtù della loro *struttura*: essendo, prima ancora che norme, «aspettative di comportamento», i diritti fondamentali possono contare sul consenso sociale. Così intesi, diritti fondamentali e stato sono, più che mai, vasi *co-municanti*: questo non vuol dire che lo stato va dove i diritti fondamentali vogliono che esso vada, ma soltanto che esiste *un gioco incrociato di aspettative reciproche* che le istituzioni in parola - diritti fondamentali e stato - devono tener presente<sup>64</sup>.

Ora, è ipotizzabile che esistano, nel corpo sociale, una aspettativa diffusa e un implicito consenso *a che nessuno abusi dei propri diritti fondamentali affinché ognuno possa continuare a farne regolare esercizio*, pur in assenza di un'esplicita previsione costituzionale che dia forma a tale aspettativa. È lecito, cioè, supporre che esistano non soltanto quelle «aspettative di comportamento istituzionalizzate e attualizzate nelle situazioni concrete», denominate da Luhmann «diritti fondamentali come istituzioni», ma altresì un'aspettativa che nessuno abusi di tali diritti (dove l'auspicio sociale ultimo, potremmo dire con Häberle e Luhmann, è quello della stabilità<sup>65</sup>).

NARD (*Entre l'individualisme et le sociologisme: la théorie de l'institution*, 1929); a nostra volta, rinviamo alle riflessioni di P. BOJANIC, cit., sull'idea di istituzione in E. Husserl, M. Merleau-Ponty e P. Ricoeur.

<sup>62</sup> Cfr., a titolo esemplificativo, l'articolo 35 della Cost. svizzera e l'art. 1, c. 3, del GG tedesco. Per ulteriori esempi di esplicita costituzionalizzazione dell'effetto orizzontale dei diritti fondamentali, v. l'art. 8, sez.1-3 della Costituzione del Sudafrica.

<sup>63</sup> N. LUHMANN, *I diritti...*, cit., p. 86.

<sup>64</sup> Per esemplificare questo concetto, può riproporsi il disposto dell'art. 35 della Costituzione svizzera, a norma del quale, da un lato, i diritti fondamentali devono improntare l'intero ordinamento giuridico e devono essere realizzati anche nelle relazioni tra privati, dall'altro, essi avranno effetti indiretti *nei limiti* in cui i diritti fondamentali si prestino a tale estensione.

<sup>65</sup> P. HÄBERLE, cit., p. 149.

È da un'aspettativa siffatta, forse, che sorgono norme come l'articolo 18 GG (divieto di abuso dei diritti fondamentali) o gli articoli 17 Cedu e 54 Nizza (v. *retro* § 1)<sup>66</sup>. D'altronde, l'assenza di esplicite previsioni costituzionali in tema di abuso dei diritti (come nel caso italiano) nulla toglie alla sostanza di tale aspettativa. Allo stesso modo, l'assenza, nel testo fondamentale, di un esplicito divieto di abuso del diritto costituzionale nulla toglie alla sostanza di una siffatta aspettativa: l'uno (divieto di abuso dei diritti fondamentali) come l'altro (divieto di abuso del diritto costituzionale) possono rimandare tanto ad «aspettative di comportamento» (già) «istituzionalizzate» quanto ad aspettative da «attualizzare nel caso concreto»<sup>67</sup>.

È il caso allora di iniziare a verificare la possibilità che la «aspettativa» che nessun potere abusi del diritto costituzionale, per quanto non «istituzionalizzata», e dunque non prevista dal testo costituzionale, possa trovare attuazione in un «caso concreto».

### 3. UNA IPOTESI DI ABUSO DEL DIRITTO COSTITUZIONALE

Si immagini che il paradosso (tipicamente ricorrente nello schema dell'abuso del diritto) di un comportamento «corretto *prima facie*, ma scorretto»<sup>68</sup> si attagli alla condotta di un organo costituzionale. In ipotesi, il Presidente della Repubblica (da qui: PdR) potrebbe attentare alla forma di governo attraverso un esercizio abusivo del diritto costituzionale, vale a dire ponendo in essere una serie di atti o comportamenti «formalmente legittimi» (profilandosi, questi ultimi, «come integrazioni delle norme costituzionali scritte e quindi ancora formalmente legittimi»),<sup>69</sup> ma sostanzialmente illegittimi e, anzi, incostituzionali, perché tesi, nel loro insieme, a modificare la forma di governo.

Non è casuale la scelta di iniziare a sondare la plausibilità dell'abuso del diritto costituzionale muovendo dal PdR, ovvero un organo costituzionale regolato, più di altri, anche da convenzioni costituzionali; ad essere disciplinato da convenzioni («quando vi sono») è, tra l'altro, tutto ciò che attiene a quello scivoloso ambito relativo alla cd. responsabilità politica diffusa del Presidente<sup>70</sup>. In effetti, è nello spazio di manovra lasciato in ombra dalle convenzioni costituzionali che la maggiore possibilità di abuso del diritto costituzionale, forse, si annida, essendo quello spazio, per sua natura, ter-

<sup>66</sup> Per altri casi di costituzionalizzazione/codificazione del divieto di abuso del diritto, v. F. LOSURDO, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo*, Giappichelli, Torino 2011, p. 25 ss.

<sup>67</sup> N. LUHMANN, *I diritti...*, cit., p. 45.

<sup>68</sup> G. CAZZETTA, cit., p. 560.

<sup>69</sup> S. ORTINO, cit., p. 73.

<sup>70</sup> Attraverso la quale si farebbe oggi valere nei confronti del Capo dello Stato «una responsabilità 'giuridica' senza sanzione giuridica»: G.U. RESCIGNO, *Responsabilità (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano 1988, pp. 1361-62.

reno elettivo dell'autonomia politica degli organi costituzionali. Ciò non significa, tuttavia, dover anche negare necessariamente qualsivoglia «portata prescrittiva» alle convenzioni<sup>71</sup>. L'abuso del diritto costituzionale interverrebbe a problematizzare i limiti di tale autonomia politica, in modo che essa non si traduca anche in una insindacabile libertà dei fini degli organi costituzionali<sup>72</sup>. In altre parole, il divieto di abuso del diritto costituzionale funzionerebbe come un segnalatore d'incendio, indicando agli organi costituzionali un limite da non oltrepassare, pena la rottura dell'equilibrio del sistema; scoppio l'incendio, quel divieto farebbe scattare una o più *sanzioni costituzionali*.

L'ipotesi che vorremmo avanzare è volta, dunque, a configurare il divieto di abuso del diritto costituzionale quale norma corredata di *sanzioni costituzionali* da azionare allorché un organo di vertice, “approfittando” della naturale flessibilità del concetto di autonomia politica, e altresì dello scudo apprestato dal paradosso del «corretto ma scorretto», «conforme e contrario», proprio della condotta abusiva del diritto, ponga in essere condotte anticostituzionali. Il nostro discorso parte, allora, da ciò che già esiste (le sanzioni cd. costituzionali), ma vuol insistere su quella gamma di comportamenti, atti o fatti che, svolgendosi sotto il cono d'ombra di convenzioni costituzionali, si avvantaggi impunemente della flessibilità di queste ultime al fine di operare trasformazioni eversive dell'ordine costituzionale.

Nell'esempio con cui abbiamo aperto questo paragrafo, sarebbero le condotte (più precisamente: un preciso insieme di condotte, atti, comportamenti, omissioni) del PdR ad esser poste in essere con l'intenzione di produrre non già un risultato quale che sia, bensì un risultato volto a operare un cambiamento di forma di governo<sup>73</sup>.

Come è noto, le sanzioni costituzionali non sono molto numerose. Anche per quel che ha riguardo a tale esiguità, non è casuale la scelta di riferirsi al PdR, dal mo-

<sup>71</sup> Lo ricorda S. BARTOLE, *Le convenzioni della Costituzione tra storia e scienza politica*, in *Il Politico*, 2/1983, spec. pp. 259 ss. e 264, in dissenso rispetto alle tesi di G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, Cedam, Padova 1972.

<sup>72</sup> S. ORTINO, cit., p. 74, nota 87, dove l'A., confrontandosi con la dottrina costituzionalistica italiana in tema di consuetudini e convenzioni costituzionali, prende le distanze soprattutto dalle tesi di G.U. Rescigno.

<sup>73</sup> L'ipotesi “tiene” a condizione di continuare ad attribuire al concetto di forma di governo un significato nobile, per così dire, e ormai forse un po' démodé : «appare evidente che diventa sempre meno credibile parlare di 'forme di governo', intendendo per forma quella che dat esse rei, e più realistico dequotarle a *tecniche di governo*, tutte egualmente funzionali al raggiungimento dell'obiettivo unico nel quale è doveroso riconoscersi: l'elezione di un capo cui i cittadini delegano, senza intermediazioni, l'esercizio del potere (c.d. democrazia delegataria)». Così A. DI GIOVINE, in A. DI GIOVINE, A. ALGOSTINO, F. LONGO, A. MASTROMARINO, *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Le Monnier, Firenze 2017, p. 55.

mento che l'articolo 90 della costituzione, pur nella sua vaghezza<sup>74</sup>, rimanda a un'ipotesi di turbamento-rottura degli equilibri complessivi del sistema costituzionale, corredata da sanzioni. Quel che, di questa disposizione, più rileva in questa sede non è evidentemente il profilo della *responsabilità* penale, bensì quello della responsabilità precipuamente *costituzionale*<sup>75</sup>. Premettiamo, dunque, che prendiamo qui le distanze da quelle ricostruzioni dottrinali che tendono a ravvisare «una comune indole penale» in tutto ciò (sanzioni, procedimento, comportamenti etc.) che riguarda le fattispecie previste dall'articolo 90<sup>76</sup>; più convincenti appaiono le indicazioni di chi ha rilevato che la definizione della responsabilità giuridico-costituzionale del Presidente non possa ritenersi *tout court* assorbita in quella penale, in quanto non suscettibile di «restare condizionata a fattispecie di reato delineate astrattamente in via preventiva ed incapaci di confrontarsi con la necessaria elasticità ed indeterminatezza dell'agire nella sfera dei rapporti politici, dove è indubbiamente collocato il Presidente»<sup>77</sup>.

Come si dirà tra poco, è il giuramento (art. 91 Cost.) che contribuisce a dare fondamento ad un autonomo (rispetto alla responsabilità penale) profilo di responsabilità costituzionale alle ipotesi previste dall'articolo 90. Posto che quest'ultimo apre una significativa breccia nel tradizionale principio di irresponsabilità del Presidente, prevedendo «due cospicue finestre di responsabilità giuridico-costituzionale»<sup>78</sup>, possiamo immaginare che anche l'ipotetico caso da cui abbiamo preso le mosse porti a emersione un profilo di responsabilità costituzionale, avendo il Presidente tentato di operare un surrettizio cambiamento della forma di governo.

L'aver abusato delle prerogative costituzionali, facendosi usbergo del «corretto ma scorretto», «conforme ma contrario», comporterebbe l'irrogazione di sanzioni pro-

<sup>74</sup> «Intuendo, pur confusamente, che non ci sarebbe stata *attribuzione autentica di potere* nel nuovo organo senza ipotizzare in qualche modo una vera *responsabilità giuridica*, ecco che il Costituente apre una breccia nel principio tradizionale: non più dunque irresponsabilità assoluta per il Presidente della Repubblica, bensì, entro il muro normale di quel principio, forme di responsabilità giuridico-costituzionale»: S. GALEOTTI, B. PEZZINI, *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Utet, Torino 1996, p. 446 (corsivi nostri).

<sup>75</sup> L'art. 283 c.p., pur concernendo in astratto la nostra ipotesi («chiunque commette un fatto diretto a mutare la costituzione o la forma del Governo, con mezzi non consentiti dall'ordinamento costituzionale dello Stato, è punito con la reclusione...»), non è adatto a qualificare l'attentato alla costituzione di cui all'art. 90 cost., e ciò in vista dei diversi motivi sui quali si sofferma A. SPADARO, *Art. 90*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino 2006, vol. II, pp. 1759-60.

<sup>76</sup> G. SCARLATO, *Presidente della Repubblica (Responsabilità penale del Presidente della Repubblica)*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma 1991, p. 1.

<sup>77</sup> S. GALEOTTI, B. PEZZINI, cit., p. 449.

<sup>78</sup> Ivi, p. 446.

priamente costituzionali. Queste ultime, del resto, già sono previste dal sistema<sup>79</sup>. Se così è, quale sarebbe l'utilità di introdurre, accanto alle sanzioni costituzionali, anche un più generale divieto di abuso del diritto costituzionale? Quest'ultimo, riferito alla responsabilità del PdR, servirebbe a sistematizzare le sanzioni costituzionali previste per il Presidente, a distinguerle ancor più chiaramente dalle sanzioni di natura penale, conferendo così loro una specifica e nettamente distinta visibilità. L'operare una più esplicita distinzione tra sanzioni penali e sanzioni costituzionali troverebbe la sua ragion d'essere nel collegamento con l'art. 91 della Costituzione, dove si disciplina il giuramento del PdR.

Da quel giuramento deriva, infatti, non soltanto il dovere di «non compiere alcunché contro la parola data, ma anche di agire con la massima efficacia nel senso dei valori cui la parola si riferisce»<sup>80</sup>. Lo spettro di atti e comportamenti potenzialmente implicato dal «dovere di *agire* con la massima efficacia» introduce nel discorso, evidentemente, un elemento di forte complessità, vale a dire un margine di discrezionalità politica da imbrigliare, per un verso, nei limiti della irresponsabilità (o limitata responsabilità politica diffusa che dir si voglia) del PdR, dall'altro, nelle deroghe che, a tale irresponsabilità, il sistema costituzionale (convenzionale, soprattutto) apporta (*infra*, nota 92).

<sup>79</sup> V. articolo 15 della l.cost. 1/1953, secondo cui la Corte «determina ... sanzioni penali...nonché sanzioni costituzionali, amministrative e civili».

<sup>80</sup> L. VENTURA, *Le sanzioni costituzionali*, Giuffrè, Milano 1981, p. 30, in senso adesivo alle tesi di G. RAGNO, *I delitti di alto tradimento ed attentato alla Costituzione*, Milano 1974, cui la citazione nel testo si riferisce. Un recente esempio di tale 'massima efficacia' di tutela dei valori impliciti nel giuramento è stato offerto, a nostro avviso, dalla scelta del Presidente Mattarella di opporre il suo veto alla nomina del Prof. Savona come Ministro dell'Economia, scelta che avrebbe poi portato il Presidente del Consiglio incaricato, Prof. Conte, a rimettere il primo mandato. Tra i valori che il PdR ha il dovere di tutelare figura, infatti, l'unità nazionale (sull'intrinseca politicità del concetto, v. O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Jovene, Napoli 2010, pp. 46-52.). Nell'ambito dell'unità nazionale, si collocano oramai interessi che «oltrepassano gli ambiti dell'indirizzo politico di maggioranza», come rilevato da A. D'ALOIA, *Nomina dei Ministri, interessi costituzionali fondamentali, poteri del Presidente della Repubblica. Appunti a margine del caso 'Savona'*, in *Osservatoriocostituzionale.it*, 2/2018, p. 4, cui si rinvia anche per le tesi in senso adesivo a quelle riportate dall'A. Tra tali interessi figurano, oggi, «l'appartenenza all'euro (...), il mantenimento di condizioni di stabilità economica e finanziaria come strumento di coesione sociale e di tutela dei risparmiatori». A tali e altri interessi concernenti l'unità nazionale, Il Presidente della Repubblica ha fatto riferimento nel motivare, con comunicato del 27 maggio 2018, il suo veto, rimanendo nei confini del «suo potere di partecipazione alla formazione del governo attraverso la nomina del Presidente del Consiglio e, su proposta di questo, dei ministri» ex art. 92 Cost. (ivi, p. 5). In tal senso, v. anche C. PINELLI, *L'inedito ricorso alla comunicazione pubblica nel procedimento di formazione del governo Conte*, in *Osservatoriocostituzionale.it*, 2/2018, p. 8, il quale osserva come il diniego presidenziale alla nomina di un ministro avesse «alle spalle una lunga tradizione di precedenti». La novità del caso 'Savona', nota giustamente l'A., risiede nelle *modalità comunicative* che hanno caratterizzato la vicenda.

Simbolicamente, rimuovere il PdR (sanzione costituzionale) è decisione anche più significativa dell'irrogazione d'una sanzione penale: data, infatti, «la particolare posizione giuridico-politica della persona posta al vertice dello Stato, data la sua funzione di garante della Costituzione e del corretto funzionamento delle istituzioni repubblicane dello Stato», può ben dirsi che «ad una comunità, e quindi a un ordinamento giuridico, potrebbe interessare di più rimuovere dalla carica il Capo dello Stato che si renda responsabile di gravi atti, anziché infliggere alla sua persona una sanzione penale. In altri termini, se la sanzione costituzionale è uno strumento per garantire che l'ordinamento costituzionale violato o posto in pericolo riaffermi la propria autorità e la propria integrità, dovrebbe essere l'applicazione di tale sanzione a costituire l'interesse più immediato e pregnante di fronte a gravi violazioni compiute dal Capo dello Stato»<sup>81</sup>.

Qui di seguito, si propone allora una sistematizzazione delle sanzioni costituzionali che potrebbero azionarsi allorché il PdR, abusando del diritto costituzionale e di poteri e prerogative<sup>82</sup> che quest'ultimo gli conferisce, tentasse un sovvertimento della forma di governo. Ribadiamo che stiamo provando a configurare le sanzioni costituzionali come sanzioni autonome rispetto a quelle penali. Ribadiamo altresì che le (già esistenti<sup>83</sup>, ma non sistematizzate) sanzioni costituzionali possono intendersi basate non soltanto sulla violazione dell'articolo 90 (e, indirettamente, del 91), ma anche sulla violazione di un ipotetico divieto di abuso del diritto costituzionale. Per quel che ri-

<sup>81</sup> L. VENTURA, cit., pp. 30-31. Allo stesso modo, lo *scioglimento* di un partito antisistema è misura costituzionalmente più significativa della *repressione penale*, costituendo lo scioglimento la precipua garanzia d'istituto della XII disposizione transitoria e finale della Costituzione italiana (così come dell'art. 21 GG): sul punto, B. PEZZINI, *Attualità della Resistenza: la matrice antifascista della Costituzione italiana*, in B. PEZZINI, S. ROSSI (a cura di), *I giuristi e la Resistenza. Una biografia intellettuale del Paese*, FrancoAngeli, Milano 2016, p. 238. Sulla medesima linea, e per una lettura critica della sentenza del *BVerG* del 17 gennaio 2017 sul partito neonazista tedesco (e del mancato scioglimento dello stesso), cfr. M. BONINI, *La democrazia alla prova dei suoi valori: Ripudiare il partito neonazista tedesco senza scioglierlo*, in *Osservatorioaic.it*, 2/2017, dove la vicenda tedesca è ricostruita anche alla luce del parallelo con le formazioni neofasciste che, dal 1976 al 2016, hanno riguardato l'esperienza italiana.

<sup>82</sup> Ai fini di un corretto inquadramento del discorso sull'abuso del diritto costituzionale, non è superfluo ricordare che il PdR, oltre a poteri e funzioni, ha anche "prerogative", con tutto il significato di «garanzia rinforzata e derogatoria» che il termine comporta (G.F. CIAURRO, *Prerogative costituzionali*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano 1986, p. 3), rispetto ai principi dell'ordinamento costituzionale. Le prerogative del PdR consentono a quest'ultimo di porre in essere atti caratterizzati da autonoma discrezionalità, in deroga, evidentemente, al principio di irresponsabilità implicito negli articoli 89 e 90 della Costituzione italiana.

<sup>83</sup> Art. 15, legge cost. 9 febbraio 1948, n. 1: «Per i reati di attentato alla Costituzione e di alto tradimento commessi dal Presidente della Repubblica, la Corte costituzionale, nel pronunciare sentenza di condanna, determina le sanzioni penali (...), nonché *le sanzioni costituzionali*, amministrative e civili adeguate al fatto».

guarda il PdR, un approssimativo elenco delle sanzioni costituzionali, così intese, potrebbe somigliare al seguente:

1) rimozione/destituzione;

2) dimissioni non volontarie, bensì indotte da altri poteri dello Stato, dai quali proviene la “minaccia” di sanzioni costituzionali; non essendo spontanee – e dunque non motivate sulla base, ad esempio, di motivi personali<sup>84</sup> – bensì indotte, le dimissioni sarebbero espressione in tal caso non soltanto di una sanzione politica, ma anche di una sanzione costituzionale;

3) conseguente impedimento al seggio di senatore a vita – art. 59 Cost. – e, quindi, ai poteri-prerogative che, una volta esaurito il mandato e divenuto l'ex Presidente senatore a vita, egli avrebbe potuto esercitare sulla base di convenzioni costituzionali (si pensi al ruolo di “consiglieri” che gli ex Presidenti possono svolgere nel procedimento di formazione del Governo<sup>85</sup>);

4) interdizione perpetua dai pubblici uffici (quando essa non segua *ope legis* l'eventuale condanna) o, più limitatamente, talune privazioni comprese in tale pena accessoria, come, ad esempio, la perdita di diritti politici<sup>86</sup>.

Quest'ultima misura avvicina le sanzioni costituzionali a quelle sanzioni contemplate da taluni ordinamenti in caso di violazione del divieto d'abuso del diritto: si pensi alla perdita dei diritti fondamentali prevista dall'art. 18 GG (*retro*, § 1, sinossi). Nell'un caso (art. 18 GG) come nell'altro (perdita di diritti fondamentali del PdR), la risposta fornita dall'ordinamento potrebbe dirsi caratterizzata da una medesima logica, quella che riconduce ogni quota di potere a una quota di responsabilità (*infra*, § 4). In tal senso, il divieto di abusare dei *diritti fondamentali* non è dissimile dal divieto di abusare dei *poteri e/o prerogative costituzionali*; e l'una sanzione non è dissimile dall'altra. Se è vero che le comuni responsabilità giuridiche subiscono ovvie torsioni nel diritto costituzionale, è vero anche che «l'elemento caratterizzante della prerogativa costituzionale non può essere ricercato nella soggettività dell'organo che ne è titolare, quasi ne rappresenti un carattere ontologicamente indefettibile, che il diritto positivo si limiti a dichiarare o a riconoscere: quanto piuttosto (...) nel suo *collegamento*

<sup>84</sup> A. BALDASSARRE, *Il Capo dello Stato*, in G. AMATO e A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, vol. II, il Mulino, Bologna 1997, p. 225. Il caso di dimissioni indotte del PdR non è di scuola: come si ricorderà, il Presidente Giovanni Leone fu “spinto” dal sistema politico a dimettersi, nel giugno del 1978, con un anticipo di ben sei mesi e quindici giorni rispetto al termine del mandato. A. Baldassarre rievoca la presidenza Leone come la «più aderente» al modello costituzionale rispetto alle precedenti esperienze: «se un limite ha avuto sul piano costituzionale, è se mai quello di essere stata (una presidenza) troppo supina rispetto al partito di maggioranza relativa» (ivi, p. 261).

<sup>85</sup> M. AINIS, *L'ex Presidente della Repubblica*, in G. SILVESTRI (a cura di), *La Figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano 1985, p. 263 ss.

<sup>86</sup> G. SCARLATO, cit., p. 6.

*teleologico con una funzione di interesse pubblico, rispetto alla quale si pone come uno strumento concreto per il suo migliore espletamento»<sup>87</sup>.*

#### 4. CONCLUSIONI INTERLOCUTORIE SUL NESSO POTERE-RESPONSABILITÀ E ABUSO DEL DIRITTO COSTITUZIONALE

Tutto quanto detto e ipotizzato fin qui ha avuto come presupposto il nesso (logico, normativo, morale) tra il concetto di potere e quello di responsabilità. Laddove esista una situazione di potere, deriva evidentemente una responsabilità in capo a chi quel potere esercita: il potere potrà essere, di volta in volta, quello dell'individuo, che dispone di diritti fondamentali, oppure quello degli organi di vertice dello stato, che dispongono del diritto costituzionale. L'abuso del diritto (sia esso declinato in senso soggettivo: abuso dei diritti fondamentali, sia esso declinato in senso oggettivo: abuso del diritto costituzionale) sopravviene nei casi in cui la corrispondenza tra potere e responsabilità, la regola «tanto potere quanta responsabilità»<sup>88</sup>, siano tradite; e sopravviene *ad adiuvandum*, come rimedio tra gli altri, per ripristinare la rottura dell'equilibrio<sup>89</sup> dell'ordine normativo-costituzionale. In quest'ultimo, il divieto di abuso può agire, anzi, non soltanto come rimedio, ma anche come minaccia, dunque in via preventiva. In tal senso agisce, ad esempio, una disposizione come l'articolo 18 GG: sebbene, ad oggi, essa non abbia trovato concreta applicazione, indiscusse sono considerate in dottrina la sua validità e la sua utilità<sup>90</sup>. Il valore aggiunto del rimedio/minaccia apprestato dall'abuso del diritto in null'altro risiede, forse, che nella sua attitudine a rappresentare in termini di unità quel che al giurista (ma non soltanto a lui) spesso appare come diviso: l'io e l'ordine giuridico, i diritti fondamentali e lo stato, la società e lo stato, i diritti e i doveri, gli individui e le istituzioni, i diritti e il diritto.

Buona parte della teoria e prassi del diritto costituzionale è volta a immaginare e trattare questi binomi in termini dialogici, anziché necessariamente oppositivi. Impresa, certo, non facile e non sempre destinata al successo. La teoria dell'abuso del diritto

<sup>87</sup> G.F. CIAURRO, cit., p. 2 (corsivi nostri). A muovere cautamente nella direzione dell'ipotesi adombrata in questo paragrafo, ci indirizza il saggio già citato di Sergio Ortino, del 1973, sull'attentato alla costituzione da parte del PdR, in cui Ortino proponeva una lettura dell'articolo 90 della Costituzione italiana «oltre le ipotesi penalistiche strettamente intese» (S. ORTINO, cit., p. 75).

<sup>88</sup> S. ORTINO, cit., p. 18; A. CARIOLA, cit., p. 342. G.U. RESCIGNO, *Responsabilità (dir. cost.)*, cit., pp. 1349-50.

<sup>89</sup> G. SILVESTRI, cit.

<sup>90</sup> R. BIFULCO, A. CELOTTO, *Articolo 54*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, il Mulino, Bologna 2001, p. 368 e, per riferimenti alla dottrina tedesca, p. 369.

to (comprensiva dell'abuso del diritto costituzionale) può forse servire a questo scopo. A ciò potrà obiettarsi che manca, nel testo costituzionale italiano, una previsione sull'abuso del diritto. Tale assenza potrebbe scoraggiare la ricerca, soprattutto ove si considerino quei sistemi costituzionali e sovranazionali, nei quali il divieto di abuso ha legittima "cittadinanza", essendo esso esplicitamente previsto (come negli ordinamenti costituzionali tedesco - *retro*, § 1 - e greco - art. 25, c.3, Cost. - e negli articoli 17 Cedu e 54 della Carta di Nizza). Prendendo in prestito, a mo' di incoraggiamento, le parole di Pietro Rescigno, preferiamo pensare che quell'assenza renda invece la ricerca «più sottile e più preziosa»<sup>91</sup>. Così come già nel diritto privato italiano, anche nel diritto costituzionale la ricerca si fa più "preziosa" nel senso che, dovesse l'abuso del diritto a buona ragione emergere dall'impianto costituzionale, ciò avverrà, un bel giorno, come «risultato di un *processo critico* compiuto, dalla pratica e dalla dottrina, all'interno del sistema»<sup>92</sup>.

Con riferimento al nostro tema, questo *processo critico* dovrebbe concernere una riflessione sempre rinnovata dei concetti di diritto oggettivo, diritti soggettivi/fondamentali e del concetto di potere. Intendiamo dire che l'abuso del diritto può funzionare come lente di ingrandimento utile a visualizzare le metamorfosi dei concetti di *potere* e di *diritti* fondamentali (*retro*, § 1.1). Così come, in area privatistica, l'istituto in parola, le sue evoluzioni nel tempo, sono serviti, e tuttora servono, anche a gettare nuova luce sulle trasformazioni del concetto di diritto soggettivo, così, in area costituzionalistica, esso può servire a far luce sulla metamorfosi della teoria e prassi del potere e, segnatamente, dei poteri degli organi costituzionali. In entrambi i casi, appare, ancora oggi, più che mai fondata l'impressione che la prospettazione in chiave soggettiva dell'abuso non fissi del tutto «le condizioni di validità del concetto di abusività»<sup>93</sup>.

L'insufficienza del concetto tradizionale di diritto soggettivo e di potere ai fini di una convincente ricostruzione dell'abuso del diritto era stata già rilevata da chi, anni addietro, intervenendo sul concetto di potere nel diritto privato, notava che «protagonista del discorso nuovo» doveva intendersi il «nudo potere giuridico», inteso come potere di reazione a tutela di interessi non previamente qualificati in termini di situazioni giuridiche soggettive, ma «valutati come meritevoli di non subire compressione in conseguenza dell'agire del titolare di un diritto soggettivo»<sup>94</sup>. Appare eloquente, ai nostri fini, che Angelo Lener individuasse proprio nell'articolo 833 c.c. (*retro*, § 1)

<sup>91</sup> P. RESCIGNO, cit., p. 220.

<sup>92</sup> *Ibidem*.

<sup>93</sup> D. MESSINETTI, cit., p. 11, nota 20 (con riferimento al pur "moderato" Trabucchi, che arrivava alla medesima conclusione).

<sup>94</sup> A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano 1985, p. 641.

una delle più significative punte di emersione di tale evoluzione del concetto di potere nel diritto privato. Tenuto conto di quanto profondamente radicato sia stato, nell'ordine liberale otto-novecentesco, il concetto di assolutezza dei diritti proprietari, di non poco conto appariva quella piccola disposizione che abilitava alla reazione di tutela chiunque sia leso o molestato («in *un interesse che sia valutato come meritevole dall'ordinamento*») dal comportamento del proprietario che non abbia altro scopo che quello di nuocere o di recare molestia<sup>95</sup>.

Inadeguato, oramai, a dar conto della posizione dell'individuo nel contesto dell'ordinamento giuridico privato, il concetto di diritto soggettivo, deprivato di quella centralità attribuitagli dal pensiero ottocentesco - «che rimandava alla idea della posidenza di beni, anche mediata da una pretesa, come nel diritto di credito» - si era trasformato in una «costellazione di poteri giuridici» di varia natura e in diversa correlazione reciproca<sup>96</sup>.

Tale costellazione finiva per introdurre nella sfera soggettiva un elemento, se si vuole, di disturbo: ovvero un insieme di altri interessi giuridici, antagonisti ai tradizionali diritti soggettivi (un insieme che Lener denominava «anti-diritti»), confliggenti col diritto soggettivo, «i quali non occupano una posizione autonoma, inserendosi invece *nella stessa area del diritto soggettivo* al quale si contrappongono»<sup>97</sup>. Questo elemento di disturbo era costituito, dunque, non da questo o quell'interesse particolare, bensì da un fascio di *interessi altri* che giungevano a scompaginare il pregresso ordine con cui il diritto soggettivo aveva costruito se stesso, scompaginando altresì *la struttura stessa del diritto soggettivo*, «affollandolo» di limiti<sup>98</sup>. In sintesi, ci stiamo riferendo a una linea evolutiva lungo la quale si è prodotto «l'abbandono del privilegio teorico del diritto soggettivo come costruzione di potere nei rapporti privati». Espressione significativa di tale evoluzione è, come si è osservato, la teoria degli effetti orizzontali dei diritti fondamentali, nelle sue varie declinazioni (*retro*, § 2.4). Da quella linea evolutiva sarebbero derivati «sviluppi fondamentali del problema dell'abuso, comprensivi dei rapporti storici tra il potere e il discorso giuridico»<sup>99</sup>.

<sup>95</sup> *Ibidem*.

<sup>96</sup> *Ibidem*.

<sup>97</sup> Ivi, pp. 640-41. Il concetto coincide, in parte, con la tesi - già riportata *sub* nota 36, v. *retro* - di H. KELSEN (*retro*, nota 36) sulla co-essenzialità di diritti e doveri.

<sup>98</sup> Linea evolutiva che, nella storia della giustizia costituzionale italiana, reca come data d'inizio la prima sentenza della Corte costituzionale (sentenza del 5 giugno 1956, n.1).

<sup>99</sup> D. MESSINETTI, cit., p. 13, nota 22. Tra gli esiti degli «sviluppi fondamentali» del problema dell'abuso l'A. segnala - sulla scia di P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, 1996, p. 270, al quale espressamente rinvia - il controllo dell'uso dei poteri discrezionali e, dunque, la vasta area dei diritti cd. potestativi.

La dinamica per cui un elemento di “disturbo” irrompe nei ranghi della tradizionale struttura di una situazione giuridica soggettiva si manifesta anche, e *a fortiori*, nel diritto costituzionale, dove nessuno degli organi di vertice può immaginare di esercitare le proprie funzioni, prerogative (*retro*, nota 92) e poteri indipendentemente da quelli degli altri organi di vertice. Quando ciò non accada, quando cioè il limite (che avevamo genericamente definito nei termini di “interesse generale”, *retro*, § 1) non venga rispettato e l'equilibrio rischi, così, di essere turbato da comportamenti “corretti, ma scorretti” da parte di un potere dello stato che pretenda di agire da “solista”, sarà non a caso frequente il richiamo alla “leale collaborazione”, che può considerarsi, per traslato, il corrispondente della buona fede oggettiva, ovvero un dovere di correttezza (*retro*, § nota n. 42)<sup>100</sup>. Quest'ultimo, nella sfera costituzionale, configura uno scenario in cui si contrappongono non già due interessi soltanto, e non già due parti soltanto, bensì una sinfonia di interessi<sup>101</sup>. Il potere di un singolo organo di vertice bisogna dunque immaginarlo come inevitabilmente parcellizzato: esso non ha autonomia se non pensato in correlazione con una molteplicità di altri interessi costituzionali, di natura più generale, attinenti all'interesse generale, all'equilibrio del sistema costituzionale.

Un ipotetico divieto di abuso del diritto costituzionale potrebbe servire a scolpire ancor più chiaramente questa elementare evidenza, spesso tradita per il tramite di comportamenti «*non coerenti, contraddittori, dilatori, pretestuosi, ambigui, incongrui*»<sup>102</sup>?

In fondo, l'elasticità, l'intrinseca politicità del diritto costituzionale, l'assenza di una struttura/vocazione sanzionatoria dello stesso, si sono dimostrate tanto spesso essere il terreno ideale per esercizi formalmente leciti del diritto, ma sostanzialmente scorretti e, di base, non consentiti dall'ordinamento perché devianti, nel momento appunto dell'esercizio, rispetto alla funzione e alla finalità del diritto. Terreno elettivo – sebbene non esclusivo – di tali dinamiche è lo spazio d'azione lasciato in ombra dalle con-

<sup>100</sup> Come si evince esemplarmente dalla sentenza della Corte cost. n. 379 del 1992, relativa al “concerto” tra C.S.M. e Ministro della giustizia (v. spec. punti 6 e 7 del ‘considerato in diritto’). La sentenza in parola è stata decisiva – nota R. BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra i poteri*, in *Robertobin.it* – affinché la mera «*possibilità* di una collaborazione tra poteri divenisse anche una *necessità* e, quindi, la *regola* nei rapporti tra i poteri dello Stato». Riflessione che riporta alla mente le parole di S. RODOTÀ, cit., p. 101, sulla buona fede e sul dovere di correttezza nell'ambito civilistico (*retro*, note 54-55, e anche nota 42): «La buona fede, nell'accezione dell'art. 1337, non può essere considerata come un requisito del comportamento, ma è essa stessa una *regola* dell'agire» (corsivo nostro).

<sup>101</sup> O «intreccio» di interessi: v. Corte cost. n. 8/1985, in relazione ai rapporti Stato-Regioni.

<sup>102</sup> Il riferimento è a Corte cost. n. 379/1992: v. nota 125.

venzioni costituzionali, data l'ambiguità della discrezionalità del potere che, in quegli indefiniti spazi, può dispiegarsi (*retro*, § 3)<sup>103</sup>.

Per come qui proposto, l'abuso del diritto, prima ancora che categoria interpretativa o concetto dotato di autonoma sostanza dogmatica, è un discorso sull'idea regolativa del limite: non già un discorso sui diritti, sui doveri, sullo stato (sulla responsabilità degli organi costituzionali, in particolare), bensì qualcosa che si pone al crocevia di tutto questo. Nella lettura che qui suggeriamo, l'abuso del diritto è un'idea (un rimedio?) che riemerge, di tanto in tanto, a mo' di monito, allorché la fame di diritti e di potere tenda a ridivenire incontrollata. E, quando riemerge, esso segna un punto a favore non già dello stato, né del singolo (i quali, anzi, *sono agiti* dal divieto di abuso), bensì del diritto, inteso come regola e come limite all'egoismo del potere (del potere statale o individuale, poco importa).

L'abuso del diritto è dunque qui considerato come un tassello che va ad inserirsi in un processo più ampio, tipicamente occidentale, iniziato col diritto pubblico romano e dominato dall'idea che la *res publica* sarebbe consistita in una «volontà politica *spersonalizzata*»<sup>104</sup>. L'abuso del diritto «spersonalizza», nel senso che depotenzia l'individualismo; cognitivamente, esso sposta cioè il fuoco del discorso dall'individuo (che ha, sì, dei diritti, ma non può abusarne), e dallo stato (e dagli organi dello stato, che hanno, sì, poteri/prerogative/garanzie, ma non possono abusarne), alla logica del sistema, costituendo una vittoria, per così dire, del diritto come discorso o soggetto epistemico<sup>105</sup> sull'individuo e sullo stato (sui poteri statali/organi costituzionali).

L'abuso del diritto è figura/teoria/istituto che implica, dunque, un indebolimento dell'individuo, dello statuto giuridico del soggetto, in un'era invece contrassegnata, per molti versi, dal suo trionfo, dalla dignità umana, dall'avanzare dei diritti fondamentali, dal «diritto di avere diritti». Esso è creatura perciò impopolare, cui si rimprovera d'esser fuori tempo e fuori moda; le sue riapparizioni (in un codice, in una sentenza) generano puntualmente le reazioni per lo più contrariate dei giuristi, agli occhi dei quali pochi altri istituti appaiono così contro-intuitivi come l'abuso del diritto.

Ancora oggi, l'abuso del diritto è qual era: pietra dello scandalo, tabù, non-diritto, assurdo logico, controsenso, perché dice di *un'auto-detrazione della soggettività giuridica, tanto del soggetto-individuo quanto del soggetto-stato*. Per affermarsi, quindi, esso ha avuto bisogno, storicamente, di pesanti spinte ideologiche: quella solidaristica, *in primis*, che avrebbe contrastato l'ordine liberale borghese, per il quale l'abuso del diritto appariva, non a caso, come «la minaccia più insidiosa alla certezza del diritto».

<sup>103</sup> Ad altre ipotesi di abuso del diritto costituzionale abbiamo fatto riferimento in *L'abuso del diritto costituzionale. Un'ipotesi di lavoro*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2018, p. 49 ss., cui sia consentito rinviare.

<sup>104</sup> M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna 1994, p. 73 ss.

<sup>105</sup> G. TEUBNER, *Il diritto come soggetto epistemico: per un'epistemologia giuridica costruttivista*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1-2/1992, p. 287 ss.

to»<sup>106</sup> e alla pienezza dei diritti proprietari. Così, oggi, nel contesto sovranazionale, l'impopolare creatura in tanto trova cittadinanza in quanto riesca ad esser funzionale al discorso sulla *primauté* del diritto dell'Unione europea (Ue). Anche qui, nel diritto Ue, l'abuso del diritto è, ancor prima che un istituto o categoria interpretativa, un *discorso* teso a creare una *sintesi* utile a rintuzzare interessi particolari (degli individui, di gruppi di individui, di imprese, degli stati membri): una sintesi che si risolve a vantaggio di un interesse - che gli organi dell'Ue *vogliono* generale - ovvero la *primauté*<sup>107</sup>.

<sup>106</sup> P. RESCIGNO, cit., p. 205.

<sup>107</sup> Tale sintesi, che spersonalizza, de-soggettivizza il diritto, sembra esemplarmente rappresentata nella decisione della Corte di Giustizia Ue 'Alifax e a. c Commissioners of Customs', in cui l'abuso del diritto viene definitivamente concepito come principio generale del diritto Ue (CGUE, Causa C-255/02, Alifax e a. c Commissioners of Customs e a., sentenza 21.2.2006; cfr. in particolare le conclusioni dell'Avvocato Generale M. Poiares Maduro, punto 71).