

**Vito Velluzzi\***

**DIETRO LA MASCHERA  
ABUSO DEL DIRITTO SOGGETTIVO E INTERPRETAZIONE\*\***

SOMMARIO: *1. Premessa – 2. Il nucleo concettuale dell'abuso del diritto – 3. Giurisprudenza, interpretazione e abuso del diritto.*

«La perfettibilità di ciascuna costruzione consiste appunto nel rendere esplicito, con rigore di svolgimenti, quanto in essa è già compreso e nell'ordinare nelle linee deduttive che ne risultano quanto è compatibile con le premesse»

(R. Orestano, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, il Mulino, Bologna, 1978, p. 131)

### **1. Premessa**

Il Novecento del diritto ha coinvolto nelle sue evoluzioni (e involuzioni) pure i diritti soggettivi. Del diritto soggettivo si è discusso e si continua a discutere anche sul versante dell'abuso. Infatti, è stato scritto, con parole che offrono una sintesi storica appropriata, che l'abuso del diritto soggettivo è, nella cultura giuridica contemporanea, paragonabile a un fiume carsico<sup>1</sup>. Gli ultimi tre lustri segnano uno dei momenti in cui

---

\* Professore Ordinario di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano.

\*\* Scritto destinato al volume *Novecento del diritto*, di prossima pubblicazione a cura di Adriano Ballarini per l'editore Giappichelli, da non citare.

<sup>1</sup> Il riferimento è all'eccellente saggio di G. Pino, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. Maniaci (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 115-175: "La formula 'abuso del diritto' figura da molto tempo nell'armamentario e nell'immaginario dei giuristi, tanto che si è parlato a questo proposito di uno dei 'correttivi più noti' presente negli ordinamenti giuridici contemporanei. In alcuni ordinamenti (Svizzera, Germania, Spagna) esso è stato espressamente codificato o addirittura costituzionalizzato, in altri invece (Italia, Francia) ha conservato lo *status* di (controversa) creazione dottrinale. In ogni caso, la funzione della figura è di riporre un duttile strumento nelle mani dei giuristi (dei giudici e, con modalità diverse, dei dogmatici) al fine di introdurre un correttivo 'extra ordinem' nella trama del diritto puramente

l'abuso del diritto soggettivo (o, più genericamente, delle situazioni giuridiche soggettive di vantaggio) scorre con vigore in superficie e torna prepotentemente all'attenzione della filosofia del diritto, della dottrina di molti settori giuridici e, soprattutto, della giurisprudenza italiana ed europea<sup>2</sup>. L'abuso del diritto soggettivo suscita notoriamente appassionate adesioni e profonda avversione<sup>3</sup>.

---

legale, e ciò in forza di una delega che viene attribuita all'interprete dal legislatore oppure, a seconda dei casi, che l'interprete si auto-attribuisce. Nella cultura giuridica italiana, l'interesse per la figura dell'abuso del diritto ha seguito l'incerto andamento di un fiume carsico ovvero, se si vuole usare un'immagine ancora più suggestiva, ha assunto le sembianze dell'araba fenice: l'interesse è emerso sporadicamente – probabilmente in maniera non casuale – in alcuni momenti della storia della nostra cultura giuridica, destando adesioni entusiaste e critiche anche aspre, per poi attraversare lunghi periodi di malinconico confino nel ripostiglio in cui il giurista ripone gli attrezzi che non gli servono più” (la citazione è tratta dalle pp. 116-117). Queste vicende dell'abuso del diritto non sorprendono se si considera che “il diritto dei moderni è il *diritto dei diritti*” (così M. La Torre, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 410, corsivi dell'autore); e, lo si è già adombrato nel testo, un “diritto dei diritti” deve pure tener conto del suo possibile rovescio, per dirla di nuovo con le parole di G. Pino, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 2004, pp. 25-59.

<sup>2</sup> Nella sconfinata letteratura è impossibile omettere il fondamentale studio di P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 1965, p. 205 ss.; un quadro ricco e aggiornato dei contributi si trova in F. Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 343-457, e ancor più di recente in C. Amato, *Considerazioni a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *Europa e dir. priv.*, 1, 2017, p. 209 ss.; riflessioni che intersecano teoria del diritto e aspetti più strettamente civilistici si trovano in M. Grondona, *Il problema dell'abuso tra tecnica e politica del diritto*, in G. Visintini (a cura di), *L'abuso del diritto*, Esi, Napoli, 2016, pp. 177-200. Per la filosofia del diritto v. il noto volumetto di M. Atienza e J. Ruiz Manero, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, trad. it., il Mulino, Bologna, 2004, cap. II, intorno al quale è fiorita una approfondita discussione, l'esito è reperibile su *Europa e diritto privato*, 3, 2006; si aggiungano gli scritti di G. Zaccaria, *L'abuso del diritto nella prospettiva della filosofia del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2016, pp. 744-758; P. Comanducci, *Abuso del diritto e interpretazione giuridica*, in V. Velluzzi (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Ets, Pisa, 2012, pp. 19-30; G. Pino, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *Ragion pratica*, 24, 2005, p. 169 ss. (dello stesso autore si vedano anche i saggi già citati alla nota precedente); G. Palombella, *L'abuso del diritto, del potere, del rule of law*, in Id., *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Dedalo, Bari, 2006. Per la giurisprudenza, prevalentemente nazionale, si veda, oltre alle sentenze citate *infra*, la rassegna di C. Santoriello, *Abuso del diritto e conseguenze penali*, Eutekne, Torino, 2017, parte II, dove si riportano parecchie decisioni civili e tributarie dell'ultimo periodo; per un accostamento alla giurisprudenza europea v. F. Losurdo, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo: storia e giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2011. Per la ricostruzione dell'itinerario giurisprudenziale, dogmatico e teorico del divieto di abuso del diritto si raccomanda la lettura di Comm. Trib. Prov. di Trento, n. 8 del 2.2.2009.

<sup>3</sup> Restare indifferenti innanzi a ciò che viene presentato come un (presunto) abuso è difficile. Tra coloro che vedono con favore il divieto di abuso del diritto N. Lipari, *L'abuso del diritto e la creatività della giurisprudenza*, in Id., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 193: “Nell'ottica dell'abuso si supera la forza privilegiata della teoria della validità e il diritto riscopre la sua ineludibile connessione ad un tessuto di premesse morali e di valori condivisi, senza del quale l'idea stessa di giuridicità sarebbe priva di senso”; tra i critici (o comunque scettici) R. Sacco, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Utet, Torino, 2012, p. 31, per il quale l'abuso del diritto è “in qualche caso un medio logico inutile, negli altri casi un doppione inutile. L'inclusione di una categoria parassitaria non vale ad arricchire il sistema del giurista; lo rende più confuso”; C. Salvi, *Abuso del diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 5, sostiene che il risultato ottenuto grazie al divieto di abuso del diritto può già essere ottenuto attraverso alcune clausole generali presenti nel codice civile.

Sull'abuso del diritto soggettivo è stato versato davvero molto inchiostro, tuttavia può tornare utile proseguire la riflessione. In particolare, vale la pena soffermarsi sul modo in cui l'abuso è normalmente inteso e impiegato (specialmente nel ragionamento giudiziale). Ciò consente, infatti, di ribadire e di mettere meglio a fuoco alcune questioni filosofico giuridiche interessanti. Si tratta, cioè, di evidenziare alcune "criticità" legate proprio ai modi in cui l'abuso del diritto è delineato e utilizzato, soprattutto nei ragionamenti compiuti dai giudici<sup>4</sup>.

Scorrendo le decisioni giudiziali si trae la sensazione, che il lettore potrà trovare confermata o smentita nel prosieguo del saggio, dell'uso del divieto di abuso del diritto come una tecnica argomentativa un po' "carente": una nozione, quella di abuso del diritto, sovente costruita e impiegata per accreditare la conclusione di un ragionamento la cui giustificazione avrebbe richiesto, altrimenti, percorsi argomentativi più articolati e impegnativi. Si tratta, per così dire, dell'uso a mo' di "maschera argomentativa" dell'abuso del diritto: una maschera rivolta a coprire, suscitando facili quanto emotive adesioni, il volto delle operazioni ampiamente discrezionali compiute dagli interpreti<sup>5</sup>. Non va dimenticato, infatti, che se la discrezionalità degli interpreti è ineliminabile, agli stessi interpreti va chiesto di esercitarla responsabilmente, soprattutto laddove l'esito dell'esercizio in questione incide, com'è per il divieto di abuso del diritto, su una situazione giuridica soggettiva di vantaggio.

Questo scritto ha obiettivi mirati e limitati rispetto alle molte questioni che l'abuso del diritto porta con sé, si tratta, in particolare, di: a) riassumere i principali impieghi

---

<sup>4</sup> È ben noto che l'abuso del diritto ha ricevuto nuova linfa da alcune decisioni giurisprudenziali, in particolare da Cass. civ., n. 20106 del 18.09.2009 (la cosiddetta sentenza Renault); e per il diritto tributario Cass. civ., Sez. Un., n. 30055, 30056, 30057 del 23.12.2008. Sulla sentenza Renault i commenti sono innumerevoli, per lo più critici, si vedano almeno quelli contenuti in S. Pagliantini (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Giappichelli, Torino, 2010. Sull'abuso del diritto in campo tributario mi permetto di rinviare ai miei scritti *Interpretazione e tributi. Argomenti, analogia, abuso del diritto*, Mucchi, Modena, 2015 e *L'abuso del diritto dalla prospettiva della filosofia giuridica*, in G. Visintini (a cura di), *L'abuso del diritto*, cit., pp. 173-176 per una prima lettura del Decreto legislativo n. 128 del 2015 che ha espressamente regolato l'abuso del diritto nel settore dei tributi; sul tema si rinvia pure a M. Versiglioni, *Abuso del diritto. Logica e Costituzione*, Pacini, Pisa, 2016 e, per quanto anteriori all'introduzione della regolazione del 2015, alle acute osservazioni di C. Sarra, *L'imposizione nell'era della positività pluritipica: la giustizia tributaria e la Filosofia del diritto contemporanea*, in F. Zanuso (a cura di), *Custodire il fuoco. Saggi di Filosofia del diritto*, Franco Angeli, Milano, 2013, p. 247 ss. La previsione espressa del divieto di abuso del diritto per il settore tributario ha costituito un esempio paradigmatico del "netto mutamento di rapporti tra il *diritto vigente*, prodotto dal legislatore e il *diritto vivente*, espresso dalla giurisprudenza. Il diritto vivente, che dovrebbe essere il prodotto, la derivazione, razionalmente argomentata, del diritto vigente, si sta progressivamente emancipando dalla sua matrice. Anzi, quasi si assiste a un'inversione del fisiologico rapporto tra le due sfere, nel senso che è il diritto vigente ad inseguire quello vivente, assumendo a modello e traducendo in legge indirizzi giurisprudenziali di natura più o meno creativa", sono le efficaci parole espresse da Paolo Ferrua in tutt'altro contesto rispetto a quello qui esaminato, v. P. Ferrua, *L'inammissibilità del ricorso: a proposito dei rapporti tra diritto vigente e diritto vivente*, in F. Alonzi (a cura di), *Inammissibilità: sanzione o deflazione?*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2018, p. 23, corsivi dell'autore.

<sup>5</sup> Si tratta di insistere sullo studio dell'abuso del diritto come argomento (per richiamare il titolo dell'ottimo saggio di A. Gentili, *L'abuso del diritto come argomento*, in V. Velluzzi, *L'abuso del diritto*, cit., pp. 149-186), specie al fine di capire se e perché si tratti di un argomento insoddisfacente o deficitario; per usare le icastiche parole dello stesso Gentili, va compreso se si tratti di un argomento in grado di far sì che "la correzione del dettato legale sia solo il sentimento enfaticamente espresso con la connotazione furba dell'abuso".

giurisprudenziali dell'abuso del diritto, guardando soprattutto alle tecniche interpretative che caratterizzano l'abuso del diritto e agli scopi perseguiti invocando l'abuso del diritto; b) guardare dietro la maschera dell'abuso del diritto così come utilizzato; c) cercare di comprendere se, e in quale misura, ciò che sta dietro la maschera dell'abuso del diritto soggettivo avrebbe richiesto all'interprete maggiori sforzi argomentativi rispetto a quelli usualmente compiuti<sup>6</sup>.

## 2. Il nucleo concettuale dell'abuso del diritto

Gli ambiti di rilevanza dell'abuso del diritto sono fortemente cresciuti negli ultimi anni. Si è passati dagli atti emulativi e dai contratti, terreni tradizionalmente percorsi dal divieto di abuso del diritto soggettivo, a molti settori, per esempio dei tributi, del diritto dell'energia, della concorrenza, del processo civile, amministrativo e penale<sup>7</sup>. La prassi giurisprudenziale degli ultimi dieci, quindici anni, e l'attività normativa recente, paiono aver trasformato l'abuso del diritto da fenomeno carsico a fenomeno stabilmente di superficie, destinato a non inabissarsi più, in costante e inarrestabile diffusione. Se ciò è verosimile, conviene, ad onta dell'affollata (e spesso qualitativamente elevata) letteratura sul tema, guardare ancora all'abuso del diritto. Bisogna farlo prendendo le mosse dagli interrogativi basilari riguardanti l'abuso del diritto e, attraverso le risposte,

---

<sup>6</sup> Bisogna stabilire, cioè, se per mezzo dell'uso dell'abuso del diritto come argomento si danno per pacifiche premesse che pacifiche non sono, si omettono passaggi importanti considerandoli, invece, superflui, si dà per scontato ciò che va giustificato. Non va dimenticato, infatti, che "Some arguments, however, are good arguments, and some are bad arguments; and one ought to be persuaded only by the good ones" (così M. P. Golding, *Legal Reasoning*, Broadview Press, Peterborough, 2001, p. V).

<sup>7</sup> Per un quadro ad ampio spettro si veda il volume curato da G. Visintini, *L'abuso del diritto*, cit.; per il diritto penale il recente volume di P. Sorbello, *Abuso del diritto e repressione penale*, Dike, Roma, 2018; non va trascurata l'importanza che l'abuso del diritto sta assumendo nell'ambito della regolazione nel settore energetico, con riflessi molto interessanti in ordine alle conseguenze dell'abuso del diritto v. M. Q. Silvi, *Abuso della regolazione nel diritto dell'energia*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2, 2018, pp. 297-322.

Sull'abuso del processo, per gli aspetti generali e con particolare riguardo al processo amministrativo, è imprescindibile G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Esi, Napoli, 2015. In giurisprudenza è diffusa l'idea che l'abuso del processo sia una specie del genere abuso del diritto, v. Cass. Civ., n. 5677 del 7.3.2017: "La domanda di concordato preventivo presentata dal debitore non per regolare la crisi d'impresa attraverso un accordo con i suoi creditori, ma con il palese scopo di differire la dichiarazione di fallimento integra gli estremi di abuso del processo. Tale richiesta, specie se reiterata, è meramente dilatoria e costituisce una fattispecie di abuso del diritto del debitore, essendo funzionale ad allungare i tempi tesi a pervenire alla regolazione dello stato di dissesto"; Cons. Stato, n. 5403 del 21.12.2016: "Nel processo amministrativo è inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata in appello dalla stessa parte che aveva adito la medesima giurisdizione con l'atto introduttivo di primo grado, poiché tale regola processuale si basa sul divieto di abuso del diritto"; per il processo penale v. Cass. pen., Sez. Un., n. 155 del 10.1.2012: "è oramai acquisita una nozione minima comune dell'abuso del processo che riposa sull'altrettanto consolidata e risalente nozione generale dell'abuso del diritto, riconducibile al paradigma dell'utilizzazione per finalità oggettivamente non già solo diverse ma collidenti ('pregiudizievoli') rispetto all'interesse in funzione del quale il diritto è riconosciuto. Il carattere generale del principio dipende dal fatto che, come osserva autorevole Dottrina, ogni ordinamento che aspiri a un minimo di ordine e completezza tende a darsi misure, per così dire di autotutela, al fine di evitare che i diritti da esso garantiti siano esercitati o realizzati, pure a mezzo di un intervento giurisdizionale, in maniera abusiva, ovvero eccessiva e distorta".

bisogna individuare il nucleo concettuale e indagare gli abituali impieghi argomentativi del divieto di abuso del diritto soggettivo.

Si può abusare di un diritto soggettivo? Qualora si ritenga di sì, a quali condizioni? Le condizioni variano a seconda dell'ambito disciplinare? Qual è il rapporto tra interpretazione giuridica e abuso del diritto?<sup>8</sup>

Nel prosieguo mi propongo di fornire in termini sintetici, ma si spera attendibili, percorsi di risposta agli interrogativi, segnalando la provenienza, la base filosofica giuridica a cui si legano le risposte ed evidenziando, principalmente, le implicazioni riguardanti il nesso tra l'esercizio delle situazioni giuridiche soggettive di vantaggio e l'argomentazione interpretativa.

Ripetiamo il primo interrogativo: si può abusare di una situazione giuridica soggettiva di vantaggio, di un diritto soggettivo? I critici dell'abuso del diritto reputano l'interrogativo privo di sostanza e, quindi, l'abuso del diritto non configurabile sul piano concettuale: o il comportamento tenuto ricade nel campo dell'esercizio di un diritto soggettivo ed è lecito, oppure il comportamento ricade nella sfera dell'illecito<sup>9</sup>. La rilevanza giuridica del comportamento si esaurisce nella coppia liceità/illiceità, non v'è spazio per una nozione rivolta a censurare comportamenti "formalmente leciti" per un verso, ma "sostanzialmente non consentiti" per l'altro verso, o, per dirla con alte parole, a valutare un comportamento "corretto *prima facie* ma scorretto, abusivo appunto, a un più attento esame"<sup>10</sup>. Così ragionando, quella di abuso del diritto soggettivo sarebbe una nozione inopportuna, uno strumento costruito *ad hoc* per rendere "non consentito" ciò che è lecito per il diritto (oggettivo)<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Questa impostazione allo studio del tema è già presente nella breve introduzione da me scritta al volume *L'abuso del diritto. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, cit.

<sup>9</sup> Scrive U. Gualazzini, *Abuso del diritto (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 163, che l'abuso del diritto è, in astratto, un assurdo "in quanto se esiste un diritto, il suo uso è sempre lecito, e se il diritto non esiste si ha un comportamento antiggiuridico". Si veda pure G. Zaccaria, *L'abuso del diritto nella prospettiva della filosofia del diritto*, cit., p. 744 che rileva "l'intima contraddittorietà e quasi il carattere di ossimoro di una formulazione, peraltro ormai stabilmente acquisita dalla dottrina, che contrappone il diritto, inteso come esercizio di libertà e volontà, al superamento di limiti del diritto, ai quali si allude peraltro in modo vago e sfuggente, dal momento che non è affatto semplice situare sbrigativamente l'abuso nell'area dell'illecito".

<sup>10</sup> Le citazioni sono tratte dal mio *L'abuso del diritto in poche parole*, in V. Velluzzi, *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all'interpretazione*, Ets, Pisa, 2012, p. 98.

<sup>11</sup> Ciò varrebbe anche laddove vi fossero disposizioni normative che fanno espresso divieto di abusare del diritto soggettivo. Queste disposizioni sarebbero inutili o, peggio ancora, dannose in quanto veicoli delle preferenze individuali dell'interprete. Le formule adottate nel testo, non troppo rigorose, ma rappresentative della difficoltà presente in dottrina e in giurisprudenza di collocare l'abuso del diritto all'interno della dicotomia liceità/illiceità, spiegano perché alcuni autori (per esempio Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero già citati) abbiano trattato l'abuso del diritto come illecito atipico, come ciò che è lecito a livello delle regole ma non lo è a livello dei principi (adottando e caratterizzando in un certo modo la distinzione tra regole e principi); le formule in questione spiegano pure perché altri trattino l'abuso del diritto come il mezzo adatto a individuare comportamenti non solo leciti, bensì anche legittimi, rendendo così non biasimevole "secondo diritto" quel che è legittimo, non tutto ciò che è lecito (in proposito rinvio al volume e alle tesi di Fabrizio Piraino). M. Versigliani, *L'abuso del diritto*, cit., p. 13, scrive: "In effetti, molti si chiedono ancora cosa sia in positivo l'abuso del diritto e, in particolare, dove si trovi l'effettiva, chiara e precisa linea di demarcazione tra il lecito, l'abuso e l'illecito". Si veda pure il tentativo di "concettualizzazione" dell'abuso del diritto compiuto da V. Giorgianni, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 128: "Che un comportamento sia giuridicamente valutato al tempo stesso come permesso e come difforme da uno specifico obbligo normativo è contraddittorio. Tuttavia, se v'è incompatibilità logica a pensare che si

Coloro che sostengono le ragioni dell'abuso del diritto soggettivo, ovvero della possibilità di configurarlo sul piano concettuale, al fine, ovviamente, di censurarlo, muovono da un presupposto comune: una ricognizione di tale presupposto coinvolge gli altri interrogativi sollevati concernenti le condizioni dell'abuso del diritto, dell'incidenza dell'ambito disciplinare e del rapporto tra abuso del diritto e interpretazione giuridica. L'ultima questione (il rapporto tra abuso del diritto soggettivo e interpretazione giuridica) è la più rilevante per questo scritto, ma per affrontarla è indispensabile trattare rapidamente anche le altre.

Il presupposto per ammettere l'abuso del diritto soggettivo è una caratteristica degli stessi diritti, riguardante la giustificazione del conferimento della situazione soggettiva di vantaggio. Si afferma, cioè, che il diritto soggettivo è attribuito da disposizioni normative per uno o più scopi determinati, più precisamente per soddisfare uno o più interessi<sup>12</sup>. Ne segue che se il diritto soggettivo non è esercitato per conseguire lo scopo o gli scopi dell'attribuzione, il comportamento tenuto si tramuta da esercizio del diritto soggettivo consentito a esercizio del diritto non consentito<sup>13</sup>. Questo accostamento rivela una concezione “*strumentale*” del diritto soggettivo per la quale le ragioni dell'attribuzione del diritto costituiscono sempre il metro di valutazione dell'esercizio del diritto medesimo. Ciò stabilito non v'è alcuna difficoltà nel ritenere che una modalità di esecuzione del diritto soggettivo conforme a quanto disposto dalla norma intesa in conformità alla sua formulazione linguistica, possa essere considerata

---

abbia diritto a comportarsi in un dato modo, e che si sia, al tempo stesso, normativamente obbligati a non comportarsi in quel modo, non v'è certo incompatibilità logica a pensare che un comportamento sia qualificato come ‘possibile’ o ‘autorizzato’ e che abbia al tempo stesso un limite inerente alla qualificazione normativa in termini di possibilità o autorizzazione”; il tentativo di Giorgianni non è, però, felice. L'autore conduce, infatti, a considerare l'abuso ancorato all'alternativa tra comportamento qualificato come permesso entro certi limiti e comportamento che permesso non è, ossia all'alternativa tra comportamento lecito e illecito. Così ragionando l'abuso è superfluo.

<sup>12</sup> Sul diritto soggettivo diffusamente M. La Torre, *Disavventure del diritto soggettivo*, cit.; più di recente G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2010, pp. 77-96; F. Ferraro, voce *Diritti*, in M. Ricciardi, A. Rossetti, V. Velluzzi (a cura di), *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, Carocci, Roma, 2015, pp. 131-144; R. Guastini, *Filosofia del diritto positivo. Lezioni*, a cura di V. Velluzzi, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 67-91. Il modo in cui i fautori del divieto dell'abuso del diritto abitualmente argomentano sembra presupporre la teoria dell'interesse quale giustificazione dell'attribuzione dei diritti soggettivi; è noto che per questa teoria “l'attribuzione di un diritto è il riconoscimento dell'importanza di alcuni interessi” (così F. Poggi, *Concetti teorici fondamentali. Lezioni di teoria generale del diritto*, Ets, Pisa, 2013, p. 79).

<sup>13</sup> Afferma M. Orlandi, *Abuso e teoria della fonte*, in V. Velluzzi (a cura di), *L'abuso del diritto*, cit., p. 106: “Questa logica appare *prima facie* semplice e chiara, e suscita una spontanea adesione nello spirito equitativo e di buon senso che essa suggerisce. Il giurista non tarderà tuttavia ad avvertirne l'insufficienza”. Come ha rilevato Aurelio Gentili nel lavoro citato in precedenza, l'abuso del diritto altro non è che un uso, ma un uso cattivo del diritto soggettivo. Tutto sommato, una chiave di lettura in linea con quelle che si stanno sintetizzando è pure quella dell'abuso del diritto come uso eccessivo: o almeno di quell'eccesso che non conduce fuori dal lecito, ma che non è, comunque, permesso. Sul piano lessicale l'abuso del diritto sembra comportare delle forzature o delle improprietà rispetto alle abitudini linguistiche dei giuristi, ovviamente le forzature o le improprietà possono essere lette, alternativamente, come la prova della forza dirompente dell'abuso del diritto sulle stantie categorie giuridiche consolidate (come sostiene, per esempio, Nicolò Lipari); oppure può essere inteso come il sintomo non trascurabile della problematicità dell'abuso del diritto (come sostengono vari studiosi, tra quelli già citati si ricorda Marco Versiglioni).

difforme dal diritto oggettivo in quanto non riconducibile alle ragioni dell'attribuzione del diritto soggettivo"<sup>14</sup>.

La concezione del diritto soggettivo segnalata influisce sull'interpretazione delle disposizioni normative e impone all'interprete di orientarsi, tra i significati ascrivibili alla disposizione attributiva del diritto soggettivo, guardando con favore al significato o ai significati coerenti col fine perseguito. L'abuso del diritto, quindi, entra in gioco ogni volta che la formulazione linguistica della disposizione è considerata *sovrainclusiva* rispetto allo scopo: alla formulazione linguistica della disposizione sono riconducibili modalità di esercizio del diritto soggettivo "non allineate" con la o con le finalità dell'attribuzione del diritto soggettivo<sup>15</sup>.

In fin dei conti, si potrebbe dire che questo modo di concepire l'abuso del diritto soggettivo (e il relativo divieto) ha dalla sua parte delle buone ragioni: riconduce l'esercizio dei diritti nell'alveo degli scopi per cui essi sono stati attribuiti; evita che comportamenti abnormi, scorretti, maliziosi, moralmente o socialmente biasimevoli etc., possano avvalersi della protezione accordata ai diritti soggettivi; riporta il diritto oggettivo a una dimensione di normalità, di ragionevolezza, di adattamento alle mutevoli istanze di giustizia, garantendo soltanto i diritti soggettivi esercitati correttamente, legittimamente e non permettendo lo sfruttamento dell'ambiguità delle disposizioni e della vaghezza delle norme a scapito di alcuni (malcapitati) consociati<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Citazione tratta ancora dalla mia *Introduzione a L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, cit., p. 14. Il lettore avrà notato che in questo saggio si accoglie la distinzione tra disposizione e norma: la disposizione è l'enunciato delle fonti oggetto di interpretazione, la norma è l'esito dell'interpretazione; quando si parla di argomentazione interpretativa, carenza argomentativa, uso dell'argomento dell'abuso e via dicendo, ci si riferisce a quell'attività rivolta a giustificare un certo esito interpretativo; quanto si è appena detto nel testo richiama la tradizionale contrapposizione tra significato letterale, inteso qui come insieme dei significati attribuibili alla disposizione normativa sulla base delle regole semantiche e sintattiche della lingua, e interpretazione teleologica, intesa in vario modo (in proposito si rinvia, tra le molte opere disponibili a V. Velluzzi, *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Ets, Pisa, 2013, pp. 30-44; C. Luzzati, *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche e dottrina*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 134-149 e 261-290; ancor più di recente D. Canale e G. Tuzet, *La giustificazione della decisione giudiziale*, Giapicchelli, Torino, 2019, pp. 77-86 e 107-114).

<sup>15</sup> Quello appena usato è il conosciuto lessico di F. Schauer, *Le regole del gioco*, il Mulino, Bologna, 2000; rileva a tal proposito A. Sardo, *Defettibilità, ideologia e contesto*, introduzione a J. L. Rodriguez, *Teoria del diritto e analisi logica*, Marcial Pons, Barcellona, 2014, p. 56: "Nella teoria di Schauer (...) ogni regola (...) comprende due elementi: i) un *predicato fattuale* che ne specifica la portata (...) ii) un *conseguente* che prescrive ciò che dovrebbe accadere al verificarsi delle condizioni specificate nel predicato fattuale. Quest'ultimo è: sotto il profilo strutturale, una *generalizzazione* che intrattiene un rapporto di *rilevanza causale* con un certo scopo o giustificazione; sotto il profilo funzionale, uno strumento atto a limitare il numero di proprietà rilevanti. Dato che le regole sono caratterizzate da questa funzione di specificare le loro condizioni di applicazione, i predicati fattuali potranno rilevarsi contingentemente *sovra-* o *sotto-* *inclusivi* rispetto a una delle loro giustificazioni soggiacenti a seconda che, rispettivamente, vi siano casi compresi in una regola ma non in una delle sue giustificazioni, o viceversa. Secondo Schauer, in tutti i casi di *forte* sovra- e sotto- inclusione, il predicato fattuale non potrà essere una *condizione sufficiente* per l'applicazione del conseguente" (i corsivi sono dell'autore). Il lessico e l'apparato concettuale elaborato da Schauer appaiono particolarmente adatti a catturare i profili principali dell'impiego argomentativo del divieto dell'abuso del diritto.

<sup>16</sup> Scrive F. Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 363: "il concetto di abuso del diritto, sin dal suo primo apparire, ha tratto alimento da un'aspirazione al contenimento dell'arbitrio dei singoli in vista di un più alto livello di socialità. In seguito è maturata una più spiccata esigenza di giustizia, infine si è posta come una questione di diritto positivo". Rileva G. Cazzetta, *Abuso del diritto e forma*

Tuttavia, la realizzazione di questo quadro, per il vero consolatorio, forse addirittura idilliaco, è lastricata di insidie. Si tratta di insidie legate in gran parte al modo in cui il divieto di abuso del diritto soggettivo viene ricostruito e impiegato da chi ne fa uso, dai giudici in particolare. Procediamo con ordine.

Per ciò che concerne il rapporto tra abuso del diritto soggettivo e interpretazione, va sottolineato che l'abuso mette in campo la riduzione teleologica: classi di casi regolate sulla base dei significati ascrivibili alla disposizione normativa attributiva del diritto vengono ad essa sottratte in ragione della presenza o dell'assenza di uno o più condizioni. Proprio la presenza o l'assenza di queste condizioni determina uno scostamento (giuridicamente intollerabile) tra ragioni dell'attribuzione del diritto e risultato ottenuto con il suo esercizio<sup>17</sup>. È necessaria una prima notazione a margine già effettuata in altra sede: il binomio abuso del diritto/riduzione teleologica ci pone innanzi a un (serio) pericolo, vale a dire "che la dilatazione dell'abuso possa portare a riduzioni teleologiche talmente ampie da svuotare del tutto o in gran parte i poteri, le facoltà costitutivi di un particolare diritto soggettivo"<sup>18</sup>. Insomma, ciò che bisogna evitare è che il richiamo alla normalità, alla ragionevolezza, all'uso corretto e non malizioso dei diritti soggettivi che il divieto di abuso del diritto porta con sé, conduca gli interpreti a ritagliare le situazioni giuridiche soggettive con discrezionalità parecchio elevata e con scarso impegno argomentativo, utilizzando una formula istintivamente efficace: è un abuso, non può essere permesso! I pericoli da evitare non sono finiti, usando così l'abuso del diritto si potrebbe giungere, infatti, sino allo svuotamento significativo (se non addirittura completo) delle situazioni giuridiche soggettive di vantaggio.

Da queste poche considerazioni emerge, si spera chiaramente, il nesso tra abuso del diritto e interpretazione delle disposizioni normative: l'abuso del diritto non è per ciò solo un buon argomento, una ragione che di per sé giustifica, e non può bastare

---

*di unità del giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2017, p. 574: "All'inizio del Novecento la teoria suscita entusiasmi e critiche che, pur non riflettendo le modeste applicazioni giurisprudenziali, ben esprime il disagio degli interpreti". Per M. Barcellona, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2014, p. 472, l'abuso del diritto opera come circostanza "dequalificante" il comportamento tenuto dal titolare del diritto. Per A. Gambaro, voce *Abuso del diritto (diritto comparato e straniero)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, *ad vocem*, l'impiego del divieto di abuso del diritto è un segno delle difficoltà di realizzazione della "programmazione normativa".

<sup>17</sup> La riduzione teleologica "si articola in questo modo: all'interno della classe di casi regolata da una disposizione normativa si distinguono due o più sottoclassi, associando soltanto a una o ad alcune la conseguenza giuridica prevista (...) e tale riduzione avviene sulla base della *ratio*" (il brano è ripreso dal saggio *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, cit., p. 45); è stato ben detto da Enrico Diciotti che la riduzione teleologica crea lacune "effimere", ossia lacune destinate a essere subito colmate, v. E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 454; osserva opportunamente A. Gentili, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., p. 177: "Quando afferma l'abuso (...) l'interprete (...) Non solo sottrae il caso alla lettera della disposizione permissiva che lo prevede (...) *ma lo fa rientrare sotto la ratio di un'altra norma*, repressiva (...) scelta da lui"; sul fatto che l'abuso del diritto sia o possa essere uno o il principale dei passaggi del ragionamento e non sia necessariamente e soltanto la conclusione del ragionamento, v. C. Amato, *Considerazioni sulla dottrina dell'abuso del diritto*, cit., nota 87: "Nella tesi di Gentili, infatti, l'abuso del diritto, lungi dall'essere conclusione dell'itinerario argomentativo dell'interprete, ne è uno dei passaggi (sebbene quello maggiormente rilevante). Conclusione è la disapplicazione della disposizione permissiva e la sua sostituzione con quella repressiva". Sui rapporti tra riduzione teleologica e abuso del diritto si vedano anche le considerazioni di F. Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., pp. 401-402.

<sup>18</sup> Citazione tratta dal mio *L'abuso del diritto dalla prospettiva della filosofia giuridica*, cit., p. 173.

invocare l'abuso del diritto per incidere sulle situazioni giuridiche soggettive di vantaggio<sup>19</sup>.

Riassumendo: l'esercizio del diritto è abusivo se non rispetta le condizioni che soddisfano le ragioni dell'attribuzione del diritto soggettivo stesso. Un aspetto importante da rammentare è che si può discutere su quali siano le condizioni che soddisfano le ragioni dell'attribuzione. In ragione di ciò va sottolineato che: a) talvolta l'abuso del diritto è regolato da disposizioni espresse dell'ordinamento, che cosa sia biasimevole in termini di abuso del diritto e con quali conseguenze dipende dall'interpretazione della disposizione normativa; b) l'interpretazione della disposizione che espressamente contempla l'abuso del diritto condiziona l'interpretazione della disposizione attributiva del diritto soggettivo, orientandola al soddisfacimento delle ragioni dell'attribuzione del diritto soggettivo; c) sia la disposizione che regola l'abuso, sia le disposizioni che conferiscono diritti soggettivi si collegano ad altre disposizioni di uno o più ambiti disciplinari, nonché ad eventuali norme di chiusura degli ambiti disciplinari stessi: ciò può variare le "condizioni operative" del divieto di abuso del diritto; d) in assenza di una disposizione o di più disposizioni regolanti espressamente l'abuso del diritto, si pone la questione di trovare al divieto di abuso del diritto soggettivo un ancoraggio normativo nell'ordinamento: tutto ciò determina argomentazioni connesse con l'elaborazione di norme inesprese qualificate come principi o con la riconduzione, in qualche guisa, del divieto di abuso del diritto a norme espresse (disposizioni interpretate e qualificate anch'esse, sovente, come principi).

Le vicende del sistema giuridico italiano confermano la presenza delle tendenze appena menzionate a seconda degli ambiti considerati: nel diritto tributario è, come si è segnalato, piuttosto recente l'introduzione di una disposizione normativa regolante l'abuso del diritto; mentre per svariati settori del diritto (civile, commerciale, amministrativo, processuale) il divieto di abuso del diritto rimane un principio inespresso di cui molteplici disposizioni normative costituiscono la testimonianza<sup>20</sup>;

---

<sup>19</sup> Laddove non sia espressamente previsto, il divieto di abuso del diritto opera come uno strumento di defettibilità delle norme attributive delle situazioni giuridiche di vantaggio, ovvero istituisce *eccezioni implicite* a quelle norme. Infatti, "anche quando il caso individuale considerato è un'occorrenza chiara del caso generico contemplato dalla norma, si dubita che la soluzione da assegnarli sia quella prevista"; l'abuso finisce, cioè, per essere un caso di "anormalità normativa" (le citazioni sono tratte da J. L. Rodriguez, *Teoria del diritto e analisi logica*, cit., p. 199). Sul tema importante e multiforme della defettibilità, solo accennato nel saggio, un testo di pregio è quello di J. Ferrer, G. B. Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford U. P., Oxford, 2012; per una penetrante critica alla nozione proprio in relazione all'interpretazione giuridica v. F. Poggi, *Defettibilità e interpretazione giuridica. Osservazioni a margine di Riccardo Guastini*, in P. Chiassoni, P. Comanducci, G. B. Ratti (a cura di), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, Vol. I, Barcellona, Marcial Pons, 2018, pp. 87-102.

<sup>20</sup> Per lungo tempo l'art. 833 c.c. in materia di atti emulativi ha costituito, per il nostro ordinamento giuridico, la disposizione normativa per mezzo della quale esprimere il principio inespresso del divieto di abuso del diritto. Tuttavia, la disposizione normativa in questione ha via via perso di rilevanza, non è stata considerata l'unica disposizione e nemmeno la più importante in grado di "rappresentare" il divieto di abuso del diritto. All'art. 833 c.c. si sono aggiunte le varie disposizioni in tema di correttezza e di buona fede oggettiva (1175, 1366, 1375) e molte altre (anche di rango costituzionale, come gli artt. 2 e 53, e sovranazionali). Si pensi, per esempio, a quanto scritto in una sentenza di merito (Trib. Reggio Emilia, n. 964 del 16.06.2015) per la quale la base del principio sarebbe costituita, oltre che dalle disposizioni normative già menzionate, dagli artt. 81, 330, 840, comma 3, 844 comma 1, 1015, 1328, 1341, 1438, 1447, 1448, 2598, 2793 c.c. Si tratta, è evidente, di una base normativa eterogenea riguardante svariati oggetti di disciplina: dai diritti reali, alle

talvolta il divieto di abuso del diritto è, a sua volta, inteso come la manifestazione di un principio (generale) del diritto, per esempio: la buona fede oggettiva, la capacità contributiva o la solidarietà sociale<sup>21</sup>. Insomma, il divieto di abuso del diritto è un principio oppure si fonda su un principio, ma che sia un principio o che sia espressione di un principio, il divieto di abuso del diritto svolge, come si è visto, un ruolo decisivo nell'interpretazione delle disposizioni normative attributive delle posizioni giuridiche soggettive di vantaggio, ed è questo aspetto che va ulteriormente approfondito.

### 3. Giurisprudenza, interpretazione e abuso del diritto

All'inizio di questo saggio si è manifestata l'intenzione di: a) riassumere i principali impieghi giurisprudenziali dell'abuso del diritto, guardando soprattutto alle tecniche interpretative che caratterizzano l'abuso del diritto e agli scopi perseguiti invocando l'abuso del diritto<sup>22</sup>; b) guardare dietro la maschera dell'abuso del diritto così come utilizzato; c) cercare di comprendere se, e in quale misura, ciò che sta dietro la maschera

---

obbligazioni, ai contratti, alla concorrenza sleale, alla famiglia. Da questa base normativa si può esplicitare sul piano delle fattispecie regolate e delle conseguenze previste solo un principio di tal fatta: "è vietato abusare del diritto". Tuttavia, quanto detto sin qui fa emergere i problemi, non ne costituisce la soluzione, non fosse altro perché di un principio siffatto bisogna specificare i contenuti. Com'è noto, i metodi di individuazione dei principi inespressi sono molteplici, in proposito v. almeno G. B. Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 323 ss; G. Tuzet, *L'abduzione dei principi*, in *Ragion pratica*, 33, 2009, pp. 517-539; R. Guastini, *Filosofia del diritto positivo. Lezioni*, cit., pp. 26-30 e 64-66.

<sup>21</sup> Non mancano sentenze in cui il divieto di abuso del diritto è, confusamente, tutte queste cose assieme, v. Tar Bari, n. 205 del 8.3.2017: "Il principio generale del divieto di abuso del diritto, inteso come categoria diffusa nella quale rientra ogni ipotesi in cui un diritto cessa di ricevere tutela, poiché esercitato al di fuori dei limiti stabiliti dalla legge, è legato alla tematica della buona fede, intesa come criterio per stabilire un limite alle pretese e ai poteri del titolare di un diritto. Il dovere di buona fede, previsto dall'art. 1175 c.c., alla luce del parametro di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost. e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, si pone, dunque, non più solo come criterio per valutare la condotta delle parti nell'ambito dei rapporti obbligatori, ma anche come canone per individuare un limite alle richieste e ai poteri dei titolari dei diritti, anche sul piano della loro tutela processuale". Sui principi del diritto e sull'ampio dibattito intorno a essi v. per una sintesi apprezzabile e per i rimandi bibliografici H. Avila, *Teoria dei principi*, Giappichelli, Torino, 2014; G. Pino, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, Ets, 2016, cap. IV; F. Poggi, *Concetti teorici fondamentali*, cit., pp. 187-207; G. B. Ratti, *Norme, principi e logica*, Aracne, Roma, 2009, pp. 91-121. Per quanto si è detto sin qui è di particolare rilievo il pensiero di L. Mengoni, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in ID., *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Giuffrè, Milano, 2011, p. 239 ss., specie pp. 244-245, dove l'autore definisce i principi del diritto dialettici o problematici, come i principi che "forniscono premesse verosimili, punti di partenza accettabili di argomentazioni di tipo dialettico, che concludono con un giudizio di preferenza tra più ipotesi possibili di soluzione di un caso concreto (...) Allo stato rimangono al livello di *rationes legis*, criteri informativi comuni a una serie più o meno numerosa di norme (...) Al di là di tale limite hanno una funzione euristica, possono servire come linee guida dell'argomentazione". Il modo in cui normalmente si tratta il principio inespresso del divieto di abuso del diritto, accosta questo principio ai principi dialettici o problematici di Mengoni: una volta esplicitato, il principio viene impiegato per orientare l'interpretazione delle disposizioni normative attributive di diritti soggettivi.

<sup>22</sup> Come scrive F. Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 372: "Le ricerche meta-teoriche (...) hanno individuato alcune costanti nei discorsi dei giuristi, teorici e pratici, dedicati all'abuso, isolando così alcuni elementi che si reputano sorretti da un sufficiente grado di condivisione".

dell'abuso del diritto soggettivo avrebbe richiesto all'interprete maggiori sforzi argomentativi.

Proseguendo verso gli obiettivi ora ricordati, va ripreso, innanzi tutto, il primo punto. Per la giurisprudenza l'abuso del diritto soggettivo si realizza laddove c'è un uso distorto di una posizione giuridica di vantaggio, nonostante la "formale" conformità del comportamento tenuto ai significati ascrivibili alla disposizione normativa attributiva del diritto; di conseguenza l'esercizio del diritto (spesso qualificato come esercizio in concreto) non è giustificato. L'uso è distorto e ingiustificato quando realizza un fine diverso, ulteriore o contrario alla ragione per cui il diritto soggettivo è stato conferito; oppure l'esercizio è distorto e ingiustificato se sproporzionato o se persegue in maniera esclusiva, essenziale, prevalente, il fine di ottenere un vantaggio: pure in questo caso, la ragione o le ragioni dell'attribuzione del diritto soggettivo non vengono soddisfatte<sup>23</sup>.

Questa è una sintesi, si spera corretta e rappresentativa, delle varie ricostruzioni dell'abuso del diritto diffuse in giurisprudenza soprattutto nell'ultimo decennio (o poco più), tenuto conto di talune oscillazioni da un settore disciplinare all'altro. A ulteriore riprova si può rammentare che la notissima sentenza della Cassazione civile del 2009, indicata sovente come la decisione che ha avuto il merito o il demerito di rimettere l'abuso del diritto al centro del dibattito, sostiene che "Gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto (...) 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 rispettosa della cornice attributiva di quale diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto a un criterio di valutazione, giuridico o 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"<sup>24</sup>. A volte si richiama la nozione di uso

---

<sup>23</sup> Quest'ultimo aspetto è particolarmente presente nelle decisioni in campo tributario, v. tra le tante Corte di Giustizia CE, 21.2.2006, C-255/02; le già segnalate Cass. civ., Sez. Un., n. 30055, 30056 e 30057 del 23.12.2008; successivamente alla novella legislativa del 2015 v., tra le varie decisioni Comm. Trib. Reg. Cagliari, n. 359 del 11.10.2017: "In ambito tributario, il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo, il quale preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta". Più in generale, sull'abuso del diritto nell'ambito dell'unione europea si veda L. Cerioni, *The "Abuse of Rights" in EU Company Law and EU Tax Law: A Re-reading of the ECJ Case Law and the Quest for a Unitary Notion*, in *European Business Law Review*, 2010, p. 783 ss.; G. Alpa, *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e sui suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri*, in *Contratto e impresa*, 2015, p. 246, scrive che rispetto al diritto dell'Unione europea è incerto se il divieto di abuso del diritto "sia un principio di nuovo conio, se sia il portato di disposizioni espresse, se sia ricavabile da disposizioni vigenti oppure se discenda dall'abuso del diritto di antica tradizione".

<sup>24</sup> Cass. civ., n. 20106 del 18.9.2009. La sentenza ha, per così dire, fatto scuola pure fuori dall'ambito contrattuale e, più in generale, civile v. Tar Milano, n. 1951 del 11.10.2017 che riproduce fedelmente quanto detto dalla Cassazione; Cons. Stato, n. 2857 del 17.5.2012, che richiama espressamente la sentenza 20106 del 2009; interessante Cons. Stato, n. 693 del 2.2.2014, per la quale gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto sono "la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 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 o extragiuridico; la circostanza che, a causa di tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del

“improprio” del diritto “in forza del disvalore sociale che esso determina”<sup>25</sup>; in altre occasioni l’abuso si realizza se si persegue “un fine, in concreto, del tutto incoerente rispetto a quello per il quale la relativa facoltà è attribuita dalla norma”<sup>26</sup>; oppure l’abuso del diritto è svelato da “operazioni compiute essenzialmente per il conseguimento di un vantaggio”<sup>27</sup>. Insomma, per quanto i riferimenti giurisprudenziali potrebbero moltiplicarsi e ciò renda questa indagine sommaria, la sintesi proposta in apertura del paragrafo non sembra tradire troppo il discorso giurisprudenziale e permette di ripercorrere e approfondire alcuni aspetti dell’abuso del diritto affrontati in precedenza, in particolare il secondo e il terzo punto (guardare dietro la maschera dell’abuso e capire che cosa vi sia).

A tal proposito, si possono sottolineare, innanzi tutto, due questioni.

La prima è questa. Se consideriamo l’abuso non un principio generale, bensì, in quanto espressione di un principio generale, un criterio in ragione del quale determinare il significato di principi del diritto espressi che contengono termini valutativi (per esempio la buona fede oggettiva, la correttezza) si incontrano alcuni problemi. Se il divieto di abuso del diritto non è, per esempio, autonomo rispetto alla buona fede oggettiva, bensì espressione del principio di buona fede oggettiva, la determinazione del significato di un sintagma indeterminato, la buona fede appunto, viene affidata a una nozione che sconta lo stesso grado e lo stesso tipo di indeterminatezza (l’abuso del diritto)<sup>28</sup>. Questo punto stimola altre considerazioni, conduce verso le modalità operative del divieto di abuso del diritto, ovvero conduce all’esame di come si passi da ciò che è *formalmente* consentito a prima vista a ciò che è *sostanzialmente* vietato a un più accorto esame. Se “abuso” è un termine valutativo, l’impiego di differenti criteri per individuarne il significato comporta una variazione delle condizioni di applicazione dell’abuso. Se è abusivo l’esercizio del diritto che non “soddisfa” le ragioni dell’attribuzione del diritto soggettivo, bisogna rammentare che si può controvertere intorno alle condizioni in

---

titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte; di conseguenza l’abuso del diritto, lungi dal presupporre una violazione in senso formale, comporta l’utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al perseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore”; quest’ultima sentenza aggiunge a quanto sostenuto dalla Cassazione civile gli altri tratti ricorrenti dell’abuso del diritto in campo tributario, campo nel quale il dibattito sull’abuso era già vivace, specialmente dal 2006 per i tributi armonizzati e dal 2008 per gli altri tributi. Va detto che la Cassazione del 2009 ha ripreso la definizione di abuso del diritto dal saggio di G. Pino, *L’abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l’uso)*, cit., p. 165.

<sup>25</sup> Trib. Bologna, sez. lavoro, n. 765 del 20.7.2017.

<sup>26</sup> Cass. civ., n. 29792 del 12.12.2017.

<sup>27</sup> Cass. civ., n. 22508 del 26.10.2011. La giurisprudenza reperibile è, ormai, piuttosto copiosa, l’andamento delle motivazioni è abbastanza costante e si attesta sulle linee argomentative riassunte in questo scritto.

<sup>28</sup> Su questo aspetto e sulla indeterminatezza dei termini valutativi v. i miei *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010 e *Come si interpretano le clausole generali? Note intorno ad alcuni aspetti ricorrenti*, in *Ordines*, 2, 2018, pp. 18-37; nel presente scritto, al pari dei due appena ricordati, si assume un rapporto di sinonimia tra clausole generali e termini valutativi (per una impostazione differente riguardo al rapporto tra clausole generali e termini valutativi v. P. Chiassoni, *Le clausole generali tra teoria analitica e dogmatica giuridica*, in *Giurisprudenza Italiana*, 7, 2011, c. c. 1692 ss.) Sui caratteri dei termini valutativi v. U. Scarpelli, *Filosofia analitica, norme e valori*, Comunità, Milano, 1962, p. 41: “nei termini di valore c’è qualcosa di diverso o di più dei riferimenti a caratteri empirici delle cose, c’è l’espressione di un apprezzamento, di una scelta, di una presa di posizione”. Difende con dovizia di argomenti la tesi della buona fede oggettiva come fondamento del divieto dell’abuso del diritto, F. Piraino, *La buona in senso oggettivo*, cit.

grado di soddisfare le ragioni dell'attribuzione stessa<sup>29</sup>. A questo riguardo è stato ben rilevato e posto in rilievo che “Il richiamo a criteri di etero-integrazione del diritto (...) favorisce una profonda incertezza ed aleatorietà, mentre: a) il richiamo ad altre clausole generali (per esempio: buona fede, correttezza) rischia di fare dell'abuso un'inutile superfetazione, portando peraltro la questione sul piano delle modalità di esercizio del diritto (...) b) non è detto che il richiamo a principi, anche se positivizzati, possa essere risolutivo, là dove le regole che finiscono per essere disapplicate possono essere a loro volta manifestazione di altri principi”<sup>30</sup>.

Va rammentato anche un altro punto. Il principio generale o ciò che ne è espressione, a seconda dei modi di qualificare il divieto di abuso del diritto, si calano in ambiti disciplinari specifici e ciò determina la necessità o l'opportunità di adattare il *modus operandi* del divieto di abusare del diritto soggettivo ai differenti contesti tematici e normativi. Il divieto di abusare del diritto soggettivo comporta, come si è già detto, una riduzione teleologica della disposizione normativa attributiva del diritto stesso; le modalità attraverso le quali opera la riduzione teleologica variano, o possono variare, da contesto a contesto, e talvolta pure all'interno del medesimo contesto in tempi diversi. Nulla di particolarmente nuovo, certo, ma non si possono nemmeno sottacere od occultare le conseguenze di questi aspetti. Infatti, se questo è ciò che fisiologicamente avviene quando ci si misura con principi e termini valutativi, e ancor più con principi che

---

<sup>29</sup> Per approfondimenti si veda ancora G. Pino, *L'esercizio del diritto e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, cit., e C. Amato, *Considerazioni sulla dottrina dell'abuso del diritto*, cit. Va ricordato, più in generale, che l'impiego di termini valutativi può garantire l'adeguamento della regolazione giuridica alle mutevoli esigenze sociali, ma ciò accade pagando comunque un prezzo, e una parte del prezzo da pagare è sicuramente la riduzione della prevedibilità in ordine alle conseguenze delle proprie azioni (v. F. Schauer, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, Carocci, Roma, 2016, pp. 245-259). Nel caso dell'impiego del divieto di abuso del diritto, ciò che diviene imprevedibile o meno prevedibile, sono le condizioni in presenza delle quali una condotta costituisce un esercizio del diritto, per così dire, privo di controindicazioni: un esercizio del diritto, appunto, non abusivo. Si badi che quanto si è appena detto non perde necessariamente di interesse in presenza di una disciplina espressa dell'abuso del diritto, molto dipende, infatti, dalla formulazione della disposizione normativa. Si pensi, per esempio, al diritto tributario: la normativa introdotta indica quali elementi costitutivi dell'abuso del diritto: 1) l'assenza di sostanza economica delle operazioni effettuate (e sono prive di sostanza economica quelle operazioni non idonee “a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali”); 2) la realizzazione di un vantaggio fiscale indebito pur “nel rispetto formale delle norme fiscali”; 3) la circostanza che il vantaggio fiscale indebito costituisca l'effetto essenziale dell'operazione. Constatato l'abuso, i vantaggi fiscali “non sono opponibili all'amministrazione”. V'è, dunque, il riferimento a un vantaggio fiscale indebito, ed è tale quel vantaggio che comporta “benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario”. Già da queste scarse indicazioni ci si accorge che la formulazione ripropone parecchie delle questioni riguardanti divieto di abuso del diritto individuate sino a qui. Inoltre, bisogna sottolineare che considerando il divieto di abuso del diritto un principio generale dell'ordinamento e non un principio settoriale, ossia generale per un certo ambito disciplinare, la disposizione normativa ora esaminata diviene espressione del principio generale dell'ordinamento in un particolare settore, più che una disposizione espressa sostitutiva di una norma inespressa.

<sup>30</sup> G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo*, cit., p. 214. Bisogna rammentare, seppur incidentalmente, che l'intreccio tra abuso del processo e abuso del diritto è dovuto all'abitudine di trattare il primo come una specie del secondo, da ciò discende che: a) si debba definire l'abuso del processo delineandone il rapporto di genere a specie con l'abuso del diritto; b) si debba individuare l'incidenza dell'ambito processuale di volta in volta coinvolto sull'operatività del divieto di abuso del processo; c) si debbano stabilire, in connessione con i due punti precedenti, le conseguenze dell'abuso del processo.

contengono termini valutativi, con specifico riguardo al divieto di abuso del diritto “non va dimenticato che per mezzo di usi siffatti del divieto si rischia una grande dilatazione del divieto stesso, con l’individuazione delle condizioni di applicazione del divieto di volta in volta determinate dagli interpreti e con conseguenti riduzioni teleologiche tanto ampie”, variabili da contesto a contesto e nel tempo, in grado di “svuotare in gran parte, se non addirittura interamente, i contenuti del diritto soggettivo”<sup>31</sup>. Esiti siffatti possono giungere a impedire di orientarsi nell’esercizio dei diritti, poiché una valutazione intorno a ciò che è lecito non basta, ma, al contempo, stabilire ciò che è legittimo è complicato, addirittura arduo.

La seconda questione riguarda la conseguenza giuridica, ciò che consegue dalla violazione del divieto di abuso del diritto. A tal proposito si può rilevare questo dato: la conseguenza giuridica viene individuata sovente in via generica. La conseguenza del comportamento considerato abusivo è, ovviamente, sfavorevole per il titolare della posizione giuridica di vantaggio, ma variabile. Per l’ordinamento italiano, per esempio, escluso il caso dell’abuso del diritto in ambito tributario, in cui la disposizione normativa già richiamata nel corso di questo scritto prevede espressamente la conseguenza giuridica del comportamento abusivo (l’inopponibilità del beneficio fiscale)<sup>32</sup>, per gli altri ambiti la questione fa emergere di nuovo un’ampia discrezionalità degli interpreti. Più in generale, la discrezionalità dipende proprio dal non considerare l’esercizio del diritto abusivo un illecito, per cui vengono escluse o sono di dubbia applicazione le conseguenze tipiche dell’illecito. La discrezionalità nella scelta della conseguenza giuridica è connessa, inoltre, alla qualificazione del divieto di abuso del diritto come principio inesplicito del diritto o come espressione di un principio del diritto. Nel primo caso (il divieto di abuso del diritto è un principio inesplicito) il principio ricavato è questo: “è

---

<sup>31</sup> Le citazioni sono tratte dal mio *L’abuso del diritto dalla prospettiva della filosofia giuridica*, cit., p. 172. Sottolinea P. Comanducci, *Abuso del diritto e interpretazione giuridica*, cit., p. 29, con riferimento alla più volte citata sentenza della Cassazione civile del 2009: “La regola contrattuale prevede come permesso il recesso. E questa regola è espressione dell’autonomia negoziale, che a sua volta trova appoggio in un principio del codice civile che protegge l’autonomia dei privati.

Tutti i contratti sono però governati dal principio della *buona fede oggettiva*, ossia dalla reciproca lealtà di condotta tra le parti, che a sua volta deriva dal *dovere di solidarietà*. Il principio di buona fede impone alle parti di agire in modo tale che si realizzi un *bilanciamento degli interessi reciproci*, al di là dell’esistenza di specifici obblighi contrattuali (...)

Il principio di buona fede costituisce il criterio che il giudice deve usare per controllare il contratto ed *equilibrare gli interessi* delle parti. Le parti possono esercitare i poteri negoziali solo in conformità con i canoni di *buona fede, lealtà e correttezza*, in modo che i loro diritti soggettivi non si trasformino in arbitrari, determinando appunto un *abuso del diritto*.

I passaggi discrezionali nell’interpretazione e nell’argomentazione della Suprema Corte (da me evidenziati sopra in corsivo) mi paiono del tutto evidenti: usando in questo modo i principi risulterà sempre possibile svuotare di contenuto precettivo qualunque clausola contrattuale”. Questa citazione e varie considerazioni precedenti segnalano che il divieto di abuso opera bilanciando gli interessi in campo, e che, se considerato un principio, può essere esso stesso oggetto di bilanciamento. Quello del bilanciamento costituisce, è risaputo, un tema “epocale”, per i dovuti approfondimenti e rimandi bibliografici v. il recente e incisivo lavoro di A. Sardo, *La sfida dell’originalismo e il bilanciamento*, Barcellona, Marcial Pons, 2018, parte II.

<sup>32</sup> Va rammentato che una delle questioni aspramente rimproverate ad alcune sentenze in materia tributaria anteriormente alla regolazione espressa, era costituita proprio dall’associare all’abuso del diritto le sanzioni oltre all’inefficacia dell’esercizio del diritto, v. l’attenta analisi di A. Contrino, *Sull’ondivaga giurisprudenza in tema di applicabilità delle sanzioni amministrative tributarie nei casi di “elusione codificata” e “abuso/elusione”*, in *Rivista di diritto tributario*, 3, 2012, pp. 261-280.

vietato abusare del diritto”, ma la conseguenza della violazione del divieto è indeterminata<sup>33</sup>. Nel secondo caso (il divieto di abuso del diritto è espressione di un principio) la conseguenza dell’abuso è quella del principio a cui si lega, e solitamente la conseguenza giuridica è, di nuovo, indeterminata.

Quanto si è detto sino a qui solleva molte questioni, di sicuro fa emergere che dietro la maschera dell’abuso del diritto si cela un’ampia discrezionalità interpretativa. Infatti, per fare dell’abuso del diritto non soltanto un argomento, ma un buon argomento, è necessario giustificare e non semplicemente asserire la presenza di un esercizio abusivo del diritto. Se ciò che si è messo in luce nelle pagine precedenti è plausibile, allora l’onere argomentativo da assolvere impiegando il divieto di abuso del diritto (che sia un principio o che sia espressione di un principio) è piuttosto articolato e non può essere surrogato dalla mera invocazione di un abuso.

Può apparire banale sottolineare quanto si sta per dire, ma talvolta le banalità non sono inutili. Quando si discetta di formalmente lecito ma sostanzialmente non consentito o illegittimo, il formalmente lecito è rappresentato, di solito, dall’insieme dei significati attribuibili alla disposizione normativa. All’interno di questo quadro si collocano le sottoclassi del sostanzialmente consentito e del sostanzialmente non consentito<sup>34</sup>. Il primo passo per capire come e dove opera il divieto di abuso del diritto è costituito, quindi, dall’individuazione della cornice di significati convenzionali della disposizione attributiva del diritto<sup>35</sup>.

In secondo luogo, l’interprete è chiamato a compiere l’interpretazione teleologica della disposizione attributiva della situazione giuridica di vantaggio. Anche questa operazione, è acquisito ormai da tempo, ha natura discrezionale, può essere effettuata per strade sensibilmente diverse e manipolando gli strumenti adatti a individuare il fine o le finalità perseguite<sup>36</sup>.

Rinnovata questa avvertenza, con riguardo all’abuso del diritto va segnalato in particolar modo che le finalità dell’attribuzione vanno adeguatamente impiegate per: a) individuare e specificare le condizioni di esercizio “normale” del diritto soggettivo (area del lecito e del legittimo o del sicuramente lecito); b) individuare, in base a una coerente applicazione delle condizioni di cui al punto a), la sottoclasse dei comportamenti consentiti; c) individuare e specificare le condizioni di esercizio “anormale” del diritto soggettivo (area del lecito ma non legittimo, o del lecito *prima facie* ma non lecito a un

---

<sup>33</sup> Non è una novità che talvolta nei contributi di filosofia del diritto si caratterizzano i principi proprio o anche per l’indeterminatezza dal lato della conseguenza giuridica, non solo della fattispecie (oltre ai contributi menzionati *retro* v. C. Luzzati, *Principi e principi*, Giappichelli, Torino, 2012). Secondo l’interessante analisi di M. Q. Silvi, *Abuso della regolazione nel diritto dell’energia*, cit., p. 305, nelle delibere dell’Arera (Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente) che coinvolgono l’abuso “la condotta qualificata abusiva viene esclusa dall’ambito di tutela accordato dalle norme attributive del diritto, per lasciare poi spazio all’interprete per ricavare una norma nuova (ritenuta implicita)” che costituisca un’adeguata forma di contrasto alla condotta abusiva.

<sup>34</sup> Il lessico è, come più volte detto, quello tipico della giurisprudenza, insistere su di esso ha il pregio di metterne in luce la scarsa chiarezza, se non addirittura la rozzezza giuridica.

<sup>35</sup> Quella che qui si è chiamata cornice dei significati convenzionali, viene sovente indicata dai giudici e dagli studiosi col significato letterale, ma nel caso dell’abuso del diritto il riferimento alla lettera concerne, implicitamente o esplicitamente, non un significato, quanto un insieme di significati all’interno del quale operare una selezione.

<sup>36</sup> Sul punto v. la sintesi di R. Guastini, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 150-153, oltre ai testi ricordati *retro* alla nota 14, testi ai quali si rinvia per gli opportuni approfondimenti bibliografici.

più attento esame); d) individuare, in base a una coerente applicazione delle condizioni di cui al punto c), la sottoclasse dei comportamenti abusivi. Laddove vi sia una disposizione espressa dell'abuso, il percorso delineato è guidato, per quel settore, dall'interpretazione previamente effettuata della disposizione in questione.

Non va dimenticato, inoltre, che in assenza della previsione espressa di una conseguenza per l'abuso, pure la scelta della conseguenza giuridica va giustificata, rendendo coerente la conseguenza giuridica dell'abuso con il percorso argomentativo costruito attraverso i punti sopra indicati.

La presenza di questi passaggi non rende l'argomentazione necessariamente convincente, è ovvio, però essi evitano che si affermi puramente e semplicemente un abuso del diritto, o che si lasci l'abuso così indeterminato da farne un *passé-partout* vagamente moralistico. I passaggi delineati non sono risolutivi, permettono, però, di ragionare con e intorno all'abuso del diritto soggettivo, tentando di farne un elemento e non un correttivo del diritto oggettivo.

A partire da queste ultime considerazioni si può abbozzare una conclusione che lega lo studio del divieto di abuso del diritto soggettivo ai compiti, o perlomeno a una parte di essi, del filosofo del diritto.

È stato autorevolmente scritto che “L'acutizzarsi di profondi fattori di crisi e di alterazione in alcuni degli elementi di base che reggevano l'intera impalcatura del diritto moderno non ci deve indurre a fare *tabula rasa* di categorie e criteri (tra cui, appunto, l'abuso del diritto) elaborati con un lungo e raffinato lavoro della riflessione giuridica”<sup>37</sup>. Si tratta di una esortazione opportuna, da raccogliere con convinzione. Tuttavia, laddove categorie e criteri, per quanto frutto di prolungate e raffinate riflessioni, sono impiegati con poca accortezza, in maniera sbrigativa e, per così dire, con un'ammiccante pretesa di “autolegittimazione”, bisogna controllare attentamente l'opera dell'interprete, richiamando quest'ultimo, come si è già detto, a un uso responsabile delle inevitabili opzioni a cui può appellarsi. Per un verso, dunque, non si deve considerare la critica ad alcune ricostruzioni e a taluni impieghi dell'abuso del diritto finalizzata necessariamente alla dismissione concettuale del divieto di abuso del diritto, ma, per l'altro verso, non si può considerare l'abuso del diritto fondato di per sé, indipendentemente da come è ricostruito e utilizzato. Tanto meno l'abuso del diritto soggettivo può essere considerato un buon argomento semplicemente in ragione della stigmatizzazione del comportamento da esso operata<sup>38</sup>.

Guardando all'abuso del diritto “dal basso”, a partire (anche) dai suoi impieghi giurisprudenziali, si può, dunque, vigilare sulla realizzazione dell'istanza di normalità dell'esercizio dei diritti soggettivi, istanza di cui si fa portatore il divieto dell'abuso, provando così ad assolvere il compito assegnato da Lon Fuller al filosofo del diritto: “Sebbene esistano indubbiamente molti modi legittimi di definire la filosofia del diritto, crediamo che quello più utile consista nel concepirlo come quel tentativo d'indirizzare in modo proficuo e soddisfacente l'impiego delle energie umane nel diritto. Visto in quest'ottica, il compito del filosofo del diritto è allora quello di decidere quale sia il miglior modo di impiegare la vita professionale, sua e dei suoi colleghi giuristi”<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> G. Zaccaria, *L'abuso del diritto nella prospettiva della filosofia del diritto*, cit., p. 758.

<sup>38</sup> A tal proposito si rammenti l'osservazione del tutto centrata di Aurelio Gentili riferita *retro* alla nota 5, dove si parla di connotazione furba dell'abuso.

<sup>39</sup> L. L. Fuller, *Il diritto alla ricerca di se stesso*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2015, p. 48, brano citato da chi scrive in varie occasioni in ragione della sua efficacia esplicativa; l'invito a guardare le questioni

---

filosofico giuridiche dal basso, cioè a partire dalla dottrina e dalla giurisprudenza, richiama volutamente il metodo della filosofia del diritto richiamato (e praticato) da G. Gavazzi, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, Giappichelli, Torino, 1969, p. 9 ss.