

Recensione a D. FIORDALISI, Abuso del diritto altrui. Una figura formale di qualificazione giuridica, Giappichelli, Torino, 2020

[OBERDAN TOMMASO SCOZZAFAVA^(*)]

È ancora valido l'antico broccardo *qui iure suo utitur neminem laedit*⁽¹⁾?

La letteratura moderna tende a dare, in modo pressoché unanime, una risposta negativa, non rinunciando a individuare una tautologia⁽²⁾ o, addirittura, una contraddizione intrinseca⁽³⁾ allo stesso adagio, giacché, almeno *prima facie*, chi esercita una situazione giuridica soggettiva, conformemente alla norma attributiva, non può certo farlo *non iure*. In questa direzione, si è avuto modo di affermare che l'abuso del diritto sarebbe un "assurdo", perché «[...] se esiste un diritto, il suo uso è sempre lecito, e se il diritto non esiste si ha un comportamento antigiuridico»⁽⁴⁾.

Ebbene, se può individuarsi un filo comune nella coerente, argomentata e colta riflessione del volume del nostro A., essa può ravvisarsi in ciò, che egli mira a sciogliere l'accennata aporia portando il discorso alle sue conseguenze estreme: invero, a tal punto è inesauriva la configurazione dell'abuso del diritto quale situazione giuridica *propria*, che esso non può che essere riguardato come abuso del diritto *altrui*. Formula paradossale, certo, come ha a riconoscere lo stesso A., ma che aspira coraggiosamente a dipanare il rovello segnando una linea di rottura rispetto all'impostazione tradizionale.

Più esplicitamente, non vi sarebbe più necessità di configurare artificiosi

^(*) Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

⁽¹⁾ Sulle origini della formula si può vedere G. GROSSO, *Abuso del diritto (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 161 ss.

⁽²⁾ G. GROSSO, *Abuso del diritto (diritto romano)*, cit., p. 162; invero, la massima «[...] potrebbe essere anche invertit[a], nel senso che chi *neminem laedit* resta nel suo diritto».

⁽³⁾ G. GROSSO, *Abuso del diritto (diritto romano)*, loc. cit.

⁽⁴⁾ U. GUALAZZINI, *Abuso del diritto (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 163 ss.

sviamenti dall'interesse del soggetto agente, perché l'abuso registra una carica (pericoloso-)dannosa tale da identificarlo nell'*iniuria*, sicché – sempre in chiave aforistica – verrebbe quasi da dire che coglieva più nel segno il *summum ius, summa iniuria*.

L'A., dimostrando sapiente uso degli'impanti categoriali consegnatici dalla tradizione, fa capo non solo al diritto dell'*abusante*, ma anche a quello dell'*abusato*; dalla loro interrelazione, ricava, quindi, un'ulteriore figura, e cioè il dovere giuridico di tutelare il diritto altrui, valorizzando una relazione biunivoca che non è esente da riscontri anche nelle fonti internazionali (v. l'art. 54 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea: c.d. Carta di Nizza).

A questa qualificazione dogmatica per così dire “soggettiva” dell'abuso fa da contraltare una ricostruzione in termini “oggettivi” parimenti persuasiva, che muove dalla duplicazione delle “fattispecie” implicate dal fenomeno abusivo, e che contribuisce a sciogliere l'apparente antinomia già segnalata in principio.

Da un lato, infatti, si ha la fattispecie “parziale”, che, riguardata isolatamente, non denuncia alcuno iato tra l'esercizio del diritto e la norma attributiva, in guisa che ancora non può parlarsi, propriamente, d'abuso; dall'altro v'è però la fattispecie “completa”, la quale, consentendo per l'appunto una valutazione olistica del contegno del soggetto agente, registra la lesione (o, come detto, la messa in pericolo) del diritto altrui, identificando – ora sì – il *proprium* dell'abusività.

“Contegno” – si è detto – poiché non è il diritto in sé a recar danno, ma le sproporzionate e *lato sensu* ingiuste modalità d'esercizio delle facoltà e dei poteri ch'esso incorpora.

Ne deriva una distorsione della dinamica relazionale – e, d'altronde, di vero e proprio “rapporto giuridico” discorre l'A. – sostanziandosi nella violazione di un “dovere”, le cui matrici assiologiche vengono rintracciate nei canoni di solidarietà (art. 2 Cost.) ed eguaglianza (art. 3 Cost.) cristallizzati nella Carta fondamentale.

La moltiplicazione concettuale scema ove si consideri che tale “dovere” non sta a sé, ma si atteggia a “limite esterno” del diritto, contribuendo, per

l'appunto, a *de-finirlo* nelle sue concrete possibilità d'esercizio; ad un tempo, ne presidia un esercizio lineare, apprestando le sanzioni in caso d'inosseranza del dovere medesimo.

Non solo. Il dovere assolve, come ora detto, una funzione *de-limitativa* del diritto, ma le stesse azioni adempitive del dovere si colorano in chiave specificativa, perché solo dall'interazione tra il diritto e il dovere, le radici valoriali di quest'ultimo perdono quella genericità che, inevitabilmente, lo connotavano *ab initio*. Questa finalità "conformativa" consente al soggetto di sapere con certezza i confini entro i quali egli può *agere* e, d'altro canto, circoscrive la discrezionalità giudiziale nel sindacare la liceità e la meritevolezza del suo comportamento.

Tornando alla nozione di "fattispecie completa", essa consente d'illuminare il profilo *funzionale* dell'abuso. Al riguardo, non ci pare superfluo rimarcare come l'art. 7 del Progetto ministeriale del Libro I del Codice Civile recitasse che "nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è conferito". Come noto, la disposizione non trovò spazio nella nuova codificazione, la quale preferì declinare il concetto in chiave applicativa, consegnando all'art. 833 c.c. il divieto d'atti emulativi⁽⁵⁾. Ebbene, di là dall'opportunità di codificare in una norma precettiva un principio di carattere così generale⁽⁶⁾, quella formulazione si rilevava inadeguata anche sotto altro profilo, giacché non è il concetto di "scopo" ad identificare la peculiarità del fenomeno abusivo, bensì quello di "funzione"⁽⁷⁾. La riprova può essere cercata nel citato divieto d'atti emulativi, in quanto essi si risolvono, a ben vedere, in un esercizio

⁽⁵⁾ Sul punto, ci permettiamo di rinviare anche a O.T. SCOZZAFAVA, *Degli atti emulativi*, in C. CICERO, G. PERLINGIERI (a cura di), *Liber amicorum per Bruno Troisi*, II, Napoli, 2017, p. 1171 ss.

⁽⁶⁾ Così anche SALV. ROMANO, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, I, cit., p. 166 ss., spec. p. 166.

⁽⁷⁾ Conf., nuovamente, SALV. ROMANO, *Abuso del diritto*, cit., p. 167: «[...] il criterio dello scopo non si presenta costruttivo. Piuttosto sembra conducente quello della funzione, considerata nel necessario rapporto di corrispondenza tra il potere di autonomia conferito al soggetto e l'atto di esercizio di questo potere».

dei diritti domenicali contrario alla funzione “sociale” ad essi coesistente (arg. *ex art.* 42, comma 2°, Cost.)⁽⁸⁾.

Che l'abuso si risolva in un esercizio *contro-funzionale* dei diritti soggettivi è ben avvertito anche dall'A., il quale ricava tale conclusione, per l'appunto, proprio dalla norma affidata all'art. 833 c.c. e, inoltre, ne esclude gli esiti applicativi con riguardo ai cc.dd. “diritti-funzione”, i quali, invero, non si prestano ad essere incasellati nella dicotomia “fattispecie parziale/completa”, proprio perché la componente teleologica ne innerva l'ossatura essenziale.

Con terminologia ricercata, ma efficace, questa qualificazione prende – nell'impostazione dell'A. – il nome di “genotipo”, il quale viene poi specificandosi in una serie di “fenotipi”, dal citato divieto in tema di proprietà fino all'abuso tributario. A tal proposito, il testo è attraversato da uno spirito di multidisciplinarietà che – forte dell'esperienza maturata dall'A. nell'esercizio dell'ufficio magistratuale – travalica gli steccati che separano le varie materie giuridiche, spaziando dalla materia tributaria fino a quella penale (con puntuali riferimenti, ad es., agli artt. 51, 87 e 324 c.p.).

Insomma, l'A. offre alla cultura giuridica un volume denso, che iscrive entro una trama concettuale limpida un tema attualissimo, qual è quello dell'abuso, additato quale «figura formale di qualificazione giuridica». “Formale” – si badi – e non “formalistica”, perché l'analisi è svolta con costante attenzione al profilo “funzionale” dei fenomeni giuridici considerati.

⁽⁸⁾ In tema si può vedere O.T. SCOZZAFAVA, *Aspetti problematici del concetto di proprietà costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 766. (ora in *ID.*, *Studi sulla proprietà*, Torino, 2014, p. 133 ss.).