



Costituzionalismo.it

Fascicolo 2 | 2018
SETTANT'ANNI DI "USO" DELLA COSTITUZIONE

L'abuso del diritto costituzionale. Un'ipotesi di lavoro

di DANIELA BIFULCO

L'ABUSO DEL DIRITTO COSTITUZIONALE UN'IPOTESI DI LAVORO

di *Daniela Bifulco*

*Professore associato di diritto pubblico comparato
Università degli Studi della Campania «Luigi Vanvitelli»*

ABSTRACT

ITA

Il contributo esamina la possibilità di estendere la teoria dell'abuso del diritto all'ambito del diritto costituzionale. Esso muove dalla contraddizione propria dell'abuso del diritto (l'elusione del diritto attraverso il diritto stesso) e ipotizza che il divieto di abuso possa riguardare non soltanto gli individui e/o i gruppi, ma anche *gli organi costituzionali*. Nella prima parte del saggio, si propongono alcune piste teoriche volte a fondare la figura dell'abuso del diritto costituzionale e, nella seconda parte, alcune esemplificazioni di esercizio 'abusivo' del diritto costituzionale e di comportamenti 'corretti, ma scorretti', 'conformi e contrari', che tipicamente contraddistinguono le condotte abusive del diritto. Scopo ultimo della ipotesi qui presentata è ragionare su una vocazione 'rimediale' del diritto costituzionale, e sulle sue sanzioni, a fronte di prassi politico-istituzionali che, adottate al riparo dello scudo apprestato dal 'corretto ma scorretto', si rivelano lesive dell'equilibrio tra i poteri dello stato.

EN

The Author aims to bring the connection between the theory abuse of law and some areas of constitutional law to the surface, the idea being 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 a few examples of constitutional powers ‘abusing’ constitutional law by means of constitutional law itself. 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’ behaviors in constitutional praxis.

L'ABUSO DEL DIRITTO COSTITUZIONALE UN'IPOTESI DI LAVORO

di Daniela Bifulco

SOMMARIO: 1. *Profili introduttivi: sinossi normativa; 1.1. Trasversalità del tema; 2. L'abuso del diritto costituzionale. Argomenti a supporto di tale ipotesi; 2.1. Dimensioni (oggettiva e soggettiva) dell'abuso del diritto; 2.2. Breve intermezzo su abuso del diritto e sovranità statale; 2.3. La concatenazione di diritti e doveri. Centralità dei doveri di solidarietà politica per una teoria dell'abuso del diritto costituzionale; 2.4. Vocazione istituzionale ed effetto orizzontale dei diritti fondamentali; 3. Una ipotesi di abuso del diritto costituzionale; 3.1. (Segue) Abuso del diritto costituzionale, sanzioni costituzionali e responsabilità costituzionale del Presidente della Repubblica; 4. Conclusioni interlocutorie sul nesso potere-responsabilità e abuso del diritto costituzionale; 4.1. (Segue) Altre ipotesi di abuso del diritto costituzionale (cenni); 4.2. Conclusioni interlocutorie sull'abuso del diritto come discorso sull'idea regolativa del limite.*

1. Profili introduttivi: sinossi normativa

Introdurremo l'abuso del diritto attraverso alcune disposizioni normative e citazioni giurisprudenziali utili a visualizzare, in prima battuta, il *proprium* di 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, nel momento appunto dell'esercizio, rispetto alla funzione e alla finalità del diritto. 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. Più precisamente, questa breve e (volutamente) asistemica "sinossi" vuole introdurre, 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, Ali-fax 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");
- «1. Configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. Tali operazioni non sono opponibili all'amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni. 2. Ai fini del comma 1 si considerano: a) operazioni *prive di sostanza economica* i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, idonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali. Sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato; b) vantaggi fiscali indebiti i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario. 3. Non si considerano abusive, in ogni caso, le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali (...)
» (Art. 10-bis dello statuto del contribuente, Legge 27 luglio 2000, n. 212).

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. Per il momento, chiameremo questa sintesi "interesse generale". 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 e della sovranità statale stessa (§ 2.2), 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 tema è trasversale al punto che potremmo dirlo giuridicamente "trascendentale", non in senso kantiano, quanto nel senso che al termine ha attribuito la filosofia scolastica medievale, dacché il nostro tema svela una proprietà comune a tutti gli enti: a tutte le discipline giuridiche, diremo nel nostro caso. Trasversale, trascendentale o interdisciplinare che dir si voglia, 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 plausibilità¹. 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 vertice².

1.1. Trasversalità del tema

La categoria “abuso del diritto” rileva da varie prospettive: una prospettiva di *diritto positivo* (diritto privato, tributario, costituzionale, comunitario, internazionale), 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 livello che non esiteremmo a chiamare *filosofico*, offrendo l'abuso la possibilità di ragionare sul senso del limite del diritto, in generale³, 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

¹ A. CARIOLA, *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 338-342.

² G. SILVESTRI, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *Rivista Aic.it*, 2/2016. Non ci soffermeremo, in questa sede, sui concetti – e relative differenze – di potere e organo dello stato, che pur apporterebbero utile linfa al tema qui trattato. Quel che sarà sviluppato nel testo può prescindere, almeno in questo primo stadio dello studio sull'abuso del diritto costituzionale, da una puntuale ricognizione delle problematiche dischiuse dalle nozioni di potere e organo dello stato. Per un approfondimento di tali problematiche, v. R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 7 ss.

³ 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.

l'istituzionalismo aveva riavvicinato⁴ – 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” (§2.4).

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-strutturalismo⁵) o, al converso, del reale, dell'oggetto, della realtà (cd. nuovo realismo⁶) 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»⁷. 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 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

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

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

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

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

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 formatisi indipendentemente da esso»⁸.

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 "rincorse", nel tempo, giustapposte e amalgamate, 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 altre⁹. L'articolo 833 c.c. (*retro*, § 1), ad esempio, 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 «civiltà» di tali aspettative¹⁰.

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 potere¹¹. 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*»¹², si reimposta il problema

⁸ *Ivi*, p. 78.

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

¹⁰ *Ivi*, p. 153. Con N. ELIAS, *Il processo di civilizzazione* (1939), tr.it a cura di G. PANZIERI, il Mulino, 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».

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

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

del potere, che 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 persona¹³.

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, § 2.4). 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 ss. e 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»¹⁴, 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 antiggiuridicità, l'abuso del diritto viene spesso considerato strumento ermeneutico utile al giudice per ridefinire, di volta in volta, la categoria della legalità¹⁵. Al di là dell'indubbia utilità di un approccio che analizzi, caso per

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

¹⁴ P. RESCIGNO, cit., p. 213.

¹⁵ 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, secondo il quale l'abuso del diritto sarebbe funzionale a una rilettura del principio di legalità, da indagare muovendo dai casi decisi dalle corti «a partire da valori socialmente condivisi». In ambito internazionalistico, e con riguardo, segnatamente, alla evoluzione della giurisprudenza della Corte internazionale di

caso, le valutazioni sull'abuso del diritto espresse dalle corti, e posta, anzi, la necessità anche di un siffatto approccio, visti i confini mobili, imprecisi dell'istituto in parola, va anche detto che la scelta di affidare l'abuso unicamente e completamente all'interpretazione giurisprudenziale, e/o all'analisi di singoli contesti normativi, rischierebbe di impoverire un tema dalle mille risonanze teoriche. Pur accogliendo, dunque, le preziose indicazioni della dottrina appena indicata, ci proponiamo l'obiettivo di 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 "abuso del diritto"¹⁶ 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

giustizia, l'abuso del diritto, insieme ad altri canoni interpretativi, svelerebbe «l'esigenza di rafforzare il principio di legalità internazionale in un sistema giuridico caratterizzato dalla crescente interdipendenza e potenziale conflittualità delle relazioni internazionali»: 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.

¹⁶ Sulla fecondità dei paradossi nell'analisi giuridica e, in particolare, nell'ambito di qualsivoglia «*reasoning*» o «*decision-making*» che si vogliono «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. (spec. p. 157-158, per i paradossi dischiusi dalle teorie secentesche in tema di proprietà privata e per le relative strategie di «*deparadoxification*» elaborate nei tempi successivi. Per tutto quanto già detto e per quel che si dirà nel testo, appare centrale la rilevanza dell'istituto della proprietà privata, e dei paradossi teorici che essa pone all'interprete, per l'abuso del diritto). 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.

quello pubblico»¹⁷. Tale opinione individua nella solidarietà (di cui all'art. 2 Cost.), 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 paternità 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 trasformazioni¹⁸. Sempre in via introduttiva, Giovanni Cazzetta ha osservato giustamente come quello dell'abuso del diritto sia innanzitutto «un problema di diversa percezione di modelli

¹⁷ G. SILVESTRI, cit., p. 3.

¹⁸ D. MESSINETTI, cit. (v. *retro*, nota 11).

dell'ordine»¹⁹. Pietro Rescigno, da parte sua, ha ribadito, in diversi luoghi del suo lavoro, la natura innanzitutto storico- ideologica del tema in questione²⁰.

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 dottrina²¹, 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 disposizione della presente convenzione può essere interpretata nel sen-

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

²⁰ 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.).

²¹ Tra le eccezioni: A. CARIOLA (v. nota 1), G. SILVESTRI (v. nota 2) e, di recente, S. POLIMENI, *I controlimiti nel «dialogo» tra le Corti* (tesi di dottorato, XXIX ciclo del dottorato in Giurisprudenza ed Economia, Università degli Studi «Mediterranea» di Reggio Calabria), p. 65-70; *Id.*, *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*, vol. XVII, 1973, p. 17 ss. e L. VENTURA, *Le sanzioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1981, tra gli altri (*infra*, § 3 ss.).

so 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»²².

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 costituzionale²³. 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 fondamentali²⁴. Nulla vieta, tuttavia, di articolare una riflessione che, prendendo spunto anche da tale disposizione e guardando a principi basilari del costituzionalismo (garanzia dei diritti, ma anche separazione dei poteri, governo misto), si interroghi su ulteriori significati e funzioni del divieto di abuso del diritto.

²² 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, come ad esempio i sindacati (si pensi al loro ruolo nella contrattazione collettiva).

²³ Stando alla lettera del testo, il divieto dell'abuso, secondo la lettura che qui proponiamo, è molto più di quel che la 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.

²⁴ 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*, 2003, vol.38, p. 393).

Parafrasando l'art 17 Cedu, e avendo in mente l'ordinamento costituzionale interno, potrebbe immaginarsi, ad esempio, 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»²⁵.

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 una 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 antecedenza logica o meta-giuridica di quest'ultimo, e dei suoi diritti, rispetto all'ordinamento. Nella logica del GG, l'individuo resta tale anche senza qualche diritto, cioè an-

²⁵ G. SILVESTRI, cit., p. 6.

che 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. Breve intermezzo su abuso del diritto e sovranità statale

D'altro canto, l'abuso del diritto potrebbe aver effetto non soltanto sul piano dei diritti fondamentali, né soltanto su quello del diritto costituzionale, ma anche nella dimensione dei rapporti internazionali tra stati. In tale sfera, il divieto di abuso del diritto è stato infatti invocato, seppure non frequentemente, al fine di circoscrivere i poteri discrezionali degli stati alla luce, anche qui, del *fondamento sociale* di quei poteri stessi. È talvolta accaduto, infatti, che i limiti ai poteri discrezionali dello Stato-sovrano siano stati individuati ricorrendo a criteri interpretativi volti a operare una valutazione di sintesi, che trascendesse il piano degli interessi delle singole parti, e che avesse riguardo, invece, «all'insieme degli interessi e dei principi ricavabili dal sistema convenzionale di riferimento e, eventualmente, dall'ordinamento nel suo complesso»²⁶.

Più in particolare, possiamo ricordare che il divieto dell'abuso di diritto è stata adoperato dalla Corte internazionale di giustizia come canone interpretativo, tra gli altri (ragionevolezza, buona fede), utile a limitare i poteri discrezionali degli stati e, ciò, nell'ambito di una generale tendenza dell'ordinamento internazionale a «riconduurre l'esercizio dei poteri discrezionali entro principi e categorie giuridiche sempre più definiti e strutturati»²⁷. Sebbene la CIG abbia più spesso invocato, a tal fine, la ragionevolezza, individuando in quest'ultima il criterio più idoneo a interpretare sistematicamente le norme internazionali che consentono agli stati di esercitare poteri suscettibili di determinare potenziali interferenze con le posizioni giuridiche altrui²⁸, vi sono stati casi in cui la CIG si è confrontata con un canone interpreta-

²⁶ D. RUSSO, cit., p 493.

²⁷ *Ivi*, p. 489.

²⁸ *Ibidem*, in riferimento, ad esempio, al potere dello stato territoriale di regolare il regime giuridico di un fiume sul quale anche altri stati godano del diritto di navigazione.

tivo alternativo, ovvero l'abuso del diritto. Ciò è accaduto allorché la censura abbia avuto ad oggetto taluni comportamenti degli stati che, attraverso l'esercizio di poteri discrezionali, abbiano agito per *finalità estranee* a quelle previste dalle norme di diritto internazionale²⁹. Se il ricorso alla ragionevolezza è stato utilizzato dalla Corte per valutare «la rispondenza logica e l'adeguatezza delle misure adottate» dagli stati «alle finalità perseguite» dagli stessi, l'abuso del diritto è stato invece adoperato per censurare «*l'elusione delle finalità*» previste dalle norme di diritto internazionale³⁰. Di particolare utilità, ai nostri fini, appare quella giurisprudenza in cui il parametro dell'abuso del diritto ha implicato «un raffronto tra la finalità che lo stato ha perseguito e quella sottesa alla norma attributiva della competenza, al fine di individuare i casi di aggiramento del *fondamento sociale del potere discrezionale*» dello stato³¹.

Che l'abuso del diritto compaia in questa giurisprudenza è un dettaglio non insignificante, ove si pensi alla diffidenza con cui la dottrina internazionalistica aveva valutato, nel secolo scorso, l'applicazione del divieto di abuso al diritto internazionale, ritenendo inappropriata la scelta di rimediare alla «imprecisione» del diritto internazionale con una nuova «imprecisione», che l'abuso del diritto avrebbe appunto introdotto in un campo già tradizionalmente caratterizzato da un certo grado di elasticità delle norme³². Per quanto “impreciso”, fatto sta che l'abuso del diritto, nel campo internazionalistico, porta a emersione due profili d'interesse: da un lato, l'insufficienza della categoria della sovranità a fondare esaustivamente i limiti dei poteri discrezionali de-

²⁹ *Ivi*, p. 500, per il riferimento al caso *Nottenbohm* (*Nottenbohm case*, second phase, I.C.J. Reports, 1955, p.23), dove l'abuso del diritto è invocato dalle parti e, implicitamente, anche dalla Corte. Il caso in parola è relativo al rilascio di un provvedimento di naturalizzazione da parte del Liechtenstein; la CIG – muovendo «in sostanza nella prospettiva dell'abuso del diritto» (D. RUSSO, *ibidem*) – dichiara l'esigenza, ai fini della protezione diplomatica, di un legame *effettivo* tra lo stato di nazionalità e i suoi cittadini).

³⁰ *Ivi*, p. 501.

³¹ *Ivi*, p. 499, per il riferimento a diversi casi di giurisprudenza arbitrale, in cui l'abuso del diritto è esplicitamente invocato per censurare l'uso antifunzionale (rispetto all'utilità pubblica) del diritto internazionale.

³² Le reazioni negative al «trapianto» del concetto di abuso nel diritto internazionale sono ricordate da P. RESCIGNO, cit., p. 281, nt. 137, attraverso il riferimento al lavoro di J. D. ROULET, *Le caractère artificiel de la théorie de l'abus du droit en droit international public*, Neuchâtel, 1958, p. 150.

gli stati³³; dall'altro, esso getta luce su quella dimensione «intemperante»³⁴ del conflitto (tra gli stati, in tal caso), ovvero la «condizione particolare e concreta di contrasto tra gli interessi dei soggetti», che non sempre può essere ricacciata e messa a tacere sotto la rassicurante coltre della ragionevolezza³⁵. Censurare la condotta di uno stato in vista di un discutibile esercizio dei suoi poteri discrezionali, affermare, dunque, che la sovranità stessa, così esercitata, è *abusiva* in quanto *estranea alle finalità del diritto* internazionale, anziché risolvere il conflitto col canone della ragionevolezza, sembra una scelta utile a rivitalizzare la dimensione reale della politica. Il che non può non destare l'interesse di chi studi il diritto costituzionale.

2.3. *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 inderogabili³⁶. Sebbene il collegamento che rende diritti e doveri coesenziali gli uni rispetto agli altri sia evidente, riteniamo opportuno ribadirlo, e ciò sia al fine di non trascurare nessun passaggio utile a fondare la figura dell'abuso del diritto costituzionale, sia perché alle evidenze talvolta ci si abitua, dandole per scontate e così trascurandone il potenziale scientifico. Consustanz-

³³ Su tale insufficienza, e sui precari argomenti di molta dottrina, restia ad ammettere che la categoria della sovranità valga più a *descrivere* i rapporti di potere tra stati che non a *prescrivere* limiti alla loro discrezionalità, v. M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, New York, 2006, capitolo IV, spec. p. 233-255. Tra i molti altri scritti di M. KOSKENNIEMI, utili a tal fine, cfr. (almeno tra i più recenti), *Expanding Histories of International Law*, in *American Journal of Legal History*, vol 56, 2016, p.104 ss.

³⁴ G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p.20; la dimensione del conflitto, costitutiva del costituzionalismo, è affrontata più diffusamente in *Id.*, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2010, *passim*.

³⁵ G. AZZARITI, *Il costituzionalismo...*, cit., p. 20-27.

³⁶ 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, 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».

ziali, forse anche più dei diritti, al concetto di stato³⁷, i doveri costituzionali, benché meno numerosi dei diritti, godono di una centralità indiscussa, e appunto intuitiva, 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 diritto³⁸.

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)³⁹. 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, «ai problemi di ordine collettivo» e rinuncino «a qualcosa di individuale ed egoistico per il bene di tutti»⁴⁰. 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 tutti⁴¹. In tal senso, a-

³⁷ «Se è possibile immaginare uno stato che non garantisca alcun diritto, non è possibile concepire uno stato in cui non esistano doveri»: G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, F. PALLANTE, *Lineamenti di diritto costituzionale*, Le Monnier, Firenze 2014, p. 304. Il che spiega perché i doveri previsti in costituzione siano molto meno numerosi dei diritti: essi sono infatti presupposti; e, in effetti, lo stato può prevederne di ulteriori (rispetto ai pochi previsti nel testo costituzionale), in «base ai propri ordinari poteri, anche se non trovano alcuna base nella costituzione», p. 305.

³⁸ Cfr. Corte di Cassazione, S.U. n. 30055 del 23 dicembre 2008 (punto 2.2 dei «motivi della decisione»).

³⁹ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, F. PALLANTE, cit., p. 306.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ivi*, p. 304.

dempiere 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 sociale⁴² o politico⁴³, esso finisce comunque per proiettare l’individuo al di là di se stesso, e i poteri dello stato al di là dei rispettivi confini, inserendoli in un contesto di *responsabilità* intesa innanzitutto come *dipendenza* dal contesto comunitario⁴⁴. È il mero fatto di questa dipendenza a legittimare – piaccia o non piaccia – 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»⁴⁵.

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

⁴² 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 non soltanto in ogni singola fase del rapporto contrattuale, ma altresì il piano del «*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: «l’obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce, infatti, un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica (v. in questo senso, fra le altre, Cass. 15.2.2007 n. 3462). Una volta collocato nel quadro dei valori introdotto dalla Carta costituzionale, poi, il principio deve essere inteso come una specificazione degli “inderogabili doveri di solidarietà sociale” imposti dall’art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell’imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, *il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell’altra*, a prescindere dall’esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge»: Cass., sez. III civile, n. 20106 18 settembre 2009 (caso cd. Renault, v. *retro*, § 1. Corsivi nostri). Il punto sarà ripreso *infra*, nota 125, e sviluppato con riferimento al dovere di leale collaborazione.

⁴³ A. CARIOLA, *Referendum abrogativo*, cit., p. 339-40; G. Silvestri, cit., p. 3.

⁴⁴ C. MAIORCA, *Responsabilità (teoria gen.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 1005.

⁴⁵ 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*, Cagliari, 1952-1953).

codificazione, e che ha le sue radici ben oltre l'ambito particolare della responsabilità civile»⁴⁶. 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*»⁴⁷. A distanza di anni da questo importante contributo della dottrina, la Corte costituzionale ebbe a esprimere la medesima idea, affermando che la «*base 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*»⁴⁸.

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 istituzioni⁴⁹. Quanto al significato più propriamente giuridico di detta inevitabile dipendenza, può notarsi, intanto, che essa porta con

⁴⁶ *Ivi*, p. 89.

⁴⁷ *Ibidem*. Proprio l'espressa previsione di un principio di solidarietà in costituzione avrebbe reso superflua una disciplina dell'abuso nel codice civile (nota 25, p. 89, dove Rodotà richiama, a supporto della propria tesi, la posizione di Santoro-Passarelli, significativa del mutamento di prospettiva che il principio costituzionale di solidarietà avrebbe impresso anche al principio codicistico alla base del cd. *alterum non laedere*. Se, in epoca di vigenza dell'abrogato codice civile, Santoro-Passarelli sostenne che fosse opportuno far luogo a una esplicita previsione in materia di abuso di diritto, preferibile a un divieto generico, egli mutò poi la propria opinione, ricorda S. Rodotà, «dal momento che proprio il principio di solidarietà avrebbe reso superflua una disciplina dell'abuso, potendo questo esser visto unicamente sotto il profilo della illiceità»).

⁴⁸ Corte cost. 75/1992, 28 febbraio 1992, punto 2 del 'considerato in diritto'.

⁴⁹ 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, p. 250-51: in senso lato, le istituzioni «servono a dare stabilità all'esistenza dell'uomo, nella misura in cui garantiscono coerenza e stabilità all'azione... Le istituzioni sociali canalizzano le pulsioni, sono strumenti per prevedere e assicurare anche in futuro i bisogni dell'uomo, attenuando così il suo senso di precarietà e insicurezza». In vista di tale funzione (attenuazione del senso di precarietà), esse «servono a dare *stabilità e sicurezza, in quanto connettono diritti e doveri*, razionalizzano nella oggettiva forma giuridica gli interessi o gli ideali del singolo in base al riconoscimento del gruppo, consentono la soddisfazione di interessi particolari come di ideali superiori. Le istituzioni sociali...sono aspettative di comportamento socialmente sanzionate». Per questa visione, v. anche N. LUHMANN, *infra*, nota 73.

sé la non negoziabilità dei doveri, dato il loro rilievo pubblicistico⁵⁰, 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»⁵¹.

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*».⁵² 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*⁵³ basato sul principio di solidarietà, anche politica), possa dar luogo a un abuso del diritto costituzionale.

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

⁵⁰ Sulla centralità del principio di solidarietà per l'ordine costituzionale, v., da ultimo, R. DICKMANN, *Ordine costituzionale e vocazione solidale dello stato*, in *Federalismi.it*.

⁵¹ *Ivi*, p. 5.

⁵² G. SILVESTRI, cit. p. 3. (corsivo nostro).

⁵³ R. DICKMANN, cit., *passim*.

anche *oggettiva* (*retro*, nota 42), se non qualificare giuridicamente e ulteriormente il dovere di correttezza⁵⁴, 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 rilevantissimo, in questo senso, come abbiamo appena ricordato con le parole di Stefano Rodotà.⁵⁵ 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»⁵⁶. 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»⁵⁷).

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.

⁵⁴ «...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.

⁵⁵ *Ivi*, 89-90: è in virtù di tale limite che non si è ritenuto necessario, nel codice del 1942, la «tipizzazione di ciascun comportamento dannoso (...). Che, poi, di questa solidarietà a maggior forza si debba parlare oggi, non pare cosa dubbia: e ciò non per ragioni di carattere extra-giuridico, bensì direttamente inerenti all'attuale fisionomia del nostro ordinamento. (...) Il nuovo codice, infatti, costituisce un notevole progresso rispetto alla codificazione civile del 1865» (in direzione della enfasi posta sul limite della solidarietà): «basta por mente a norme del tutto nuove, quali, ad esempio, il divieto di atti emulativi, il comportamento secondo correttezza (1175), le trattative precontrattuali (1337)».

⁵⁶ 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.

⁵⁷ «*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste*».

Se nel 1965 restava indubbio che «gli articoli 2 e 3, c. 2, della Costituzione italiana», benché fondamentali ai fini di una rivisitazione e messa in discussione dei concetti «di diritto soggettivo e di rapporto giuridico...uguaglianza formale, esclusività dell'ordinamento», non bastassero a fondare anche la pretesa di impostare e risolvere il problema dell'abuso⁵⁸, è anche vero che, da allora, teoria e prassi degli effetti orizzontali dei diritti fondamentali⁵⁹ 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.

2.4 Vocazione istituzionale ed effetto orizzontale dei diritti fondamentali

Se il nesso tra doveri di solidarietà e divieto di abuso del diritto è abbastanza 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*⁶⁰) della loro efficacia in una sfera comune, pubblica, collettiva. L'utilità di un tale approccio ai diritti fondamentali viene in evidenza sia ove si con-

⁵⁸ P. RESCIGNO, cit., p. 282.

⁵⁹ *Ibidem*: con lungimiranza, l'Autore segnalava, già allora, l'importanza di quella che sarebbe stata poi denominata teoria degli effetti orizzontali dei diritti fondamentali: «Un discorso sui diritti fondamentali e i rapporti privati, nella nostra dottrina, è ancora da fare. Qualche timido accenno si rinviene nello studio delle libertà costituzionali del lavoratore e della loro tutela».

⁶⁰ *BVerfG*, 198, p. 203 ss.

siderino le teorie classiche⁶¹, e più risalenti, sui diritti fondamentali sia le più recenti attualizzazioni⁶².

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 per il corrispettivo ambito della vita associativa garantito per il diritto fondamentale. Tale idea venne elaborata innanzitutto in riferimento alla garanzia della proprietà»⁶³. Date queste premesse, la dottrina non ha mancato di osservare 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 diritto⁶⁴.

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

⁶¹ Tra i primi, in Italia, a intervenire sul tema, G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1970.

⁶² G. TEUBNER, *La matrice anonima. Quando 'privati' attori transnazionali violano i diritti dell'uomo*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2006 (spec. p. 12, nt. 67, per riferimenti bibliografici sul neo-istituzionalismo). A. JR GOLIA, *La Responsabilità delle imprese transnazionali in una prospettiva di diritto costituzionale* (tesi di dottorato, XXIX ciclo del dottorato in Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali, Seconda Università degli Studi di Napoli, p. 287-300) e *Id.*, *Costituzionalismo sociale (teoria del)*, in *Digesto delle discipline giuspubblicistiche*, Utet, Torino, 2017, p. 235.

⁶³ U. K. PREÜß, *Prospettive di sviluppo nella scienza giuridica*, in *Politica del Diritto*, 1/1992, p. 37.

⁶⁴ P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale* (1983), tr.it. a cura di P. Ridola, NIS, Urbino, 1993, p.43- 44.

senso, e solo in questo senso, il nostro discorso è «anti-individualista»⁶⁵), quanto la *funzione* che essi svolgono all'interno di un sistema sociale, sia esso statutale o non statutale⁶⁶.

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*⁶⁷ – ha interpretato questi ultimi non soltanto come diritti di difesa (cd. *Abwehrrechte*) del cittadino nei confronti dello Stato, ma anche *elementi dell'ordinamento nella sua oggettività, dunque «norme di diritto oggettivo (...) che reclamano validità in tutti i campi del diritto»*⁶⁸. 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»⁶⁹.

⁶⁵ In assonanza con i rilievi di G. TEUBNER, *La matrice anonima...*, cit., p. 4-5 (da nota 39 a 46).

⁶⁶ 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.

⁶⁷ V. nota 60.

⁶⁸ 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).

⁶⁹ *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, di questi ultimi è stata notata la struttura complessa e analoga a quella delle libertà cd. negative; in virtù di tale analogia, i diritti sociali sono stati definiti quali diritti sia in senso soggettivo – «diritti che mirano ad ottenere l'intervento dell'autorità pubblica per soddisfare esigenze essenziali dei cittadini» – sia in senso oggettivo, ovvero norme attraverso cui lo Stato attua «la sua funzione equilibratrice e moderatrice delle disparità sociali»: M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 804. Nei diritti sociali si riscontrano, infatti (di volta in volta, a seconda cioè del singolo diritto sociale preso in considerazione), tutti quei caratteri cui la dottrina e la giurisprudenza tedesche ricorrono per classificare i diritti fondamentali, ovvero, oltre ai diritti di difesa e diritti a prestazione, anche i diritti di partecipazione (*Teilhaberechte*) ed i diritti di partecipazione ad un utile sociale (*Teilnahmerechte*). Sul punto M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Giappichelli, Torino 1994, in particolare 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)⁷⁰. 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 confermino 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»⁷¹. Il concetto di abuso del diritto chiama di nuovo in causa, oggi, il conflitto/relazione tra soggetto, società e stato.

⁷⁰ 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.

⁷¹ F. MODUGNO, cit., p. 72 (cfr. *retro*, nota 4). «Soggettivismo e oggettivismo», vale a dire – continua F. Modugno citando W. Cesarini Sforza – «due forme di vita che non si

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*⁷² 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»⁷³.

possono contrapporre perché si convertono continuamente l'una nell'altra – e appunto in ciò consiste il ritmo vitale della realtà giuridica». 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, tra l'individuo e lo stato, tra società e stato, 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 *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. RENARD (*Entre l'individualisme et le sociologisme: la théorie de l'institution*, 1929); a nostra volta, rinviando alle riflessioni di P. BOJANIC, cit., sull'idea di istituzione in E. Husserl, M. Merleau-Ponty e P. Ricoeur.

⁷² Cfr., a titolo esemplificativo, l'articolo 35 della Costituzione svizzera: «I diritti fondamentali devono improntare l'intero ordinamento giuridico», o l'articolo 1, c. 3, del GG tedesco: «i (seguenti) diritti fondamentali vincolano la legislazione, il potere esecutivo e la giurisdizione come diritto immediatamente valido». Per ulteriori esempi di esplicita costituzionalizzazione dell'effetto orizzontale dei diritti fondamentali, v. l'art. 8, sez.1-3 della Costituzione del Sudafrica. Sul carattere conformativo dei diritti fondamentali v. G. F. FERRARI, *Libertà. Profili comparatistici*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 354, ove si nota che le costituzioni del secondo dopoguerra insistono nel porre i diritti e le libertà a fondamento non soltanto dei singoli individui, ma anche della comunità umana (v. art. 1 GG), dell'ordine democratico e della pace sociale (art. 10, c.1, Cost. spagnola), dello stato di diritto democratico (art. 2 Cost. portoghese).

⁷³ N. LUHMANN, *I diritti...*, cit., p. 86. In tale visione, che lo stato divenga «sottosistema» della società è la logica conseguenza della differenziazione sociale, in seguito alla quale non tutta la *res publica* può dirsi contenuta nei ranghi dello stato, essendosi oramai affermati ambiti che pertengono a sfere della comunicazione sociale (come l'economia, la scienza, la religione, il diritto stesso) irriducibili ai confini dello stato. A dispetto delle apparen-

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 *comunicanti*: 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 presente⁷⁴.

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 stabilità⁷⁵).

È da un'aspettativa siffatta, forse, che sorgono norme come l'articolo 18 GG (divieto di abuso dei diritti fondamentali) o gli artico-

ze, tale posizionamento dello stato tra i vari sottosistemi sociali non equivale affatto a uno svilimento dello stesso: intanto, perché sono proprio i diritti fondamentali a segnalare allo stato che i suoi compiti, con la complessità sociale, «risultano complessivamente accresciuti», cosicché un sempre maggior numero di problemi deve essere risolto mediante decisioni, vincolanti, «delegate a un'apposita burocrazia statale» (p. 15). Lo stato, dunque, è più che mai chiamato in causa dalla differenziazione sociale e dai diritti fondamentali. Questi ultimi svolgono una precipua funzione: quella di *stabilizzare* il sistema politico (lo stato, dunque). Istituzioni al pari dello stato, i diritti fondamentali assolvono cioè a una funzione essenziale per lo stato, ovvero la *stabilizzazione*.

⁷⁴ 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.

⁷⁵ P. HÄBERLE, cit., p. 149: «Una libertà di cui si abusi nella realtà della vita sociale non può più svolgere un effetto stabilizzante. La corrispondente sfera di libertà sarebbe scossa, lo stesso quadro generale della società sarebbe messo in dubbio, qualora l'esercizio dei diritti soggettivi degenerasse ad abuso». Cfr. di nuovo N. LUHMANN, *retro*, nota 73.

li 17 cedu e 54 Nizza (v. *retro* § 1)⁷⁶. 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»⁷⁷.

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

In questo paragrafo si prende in esame la possibilità che il paradosso (tipicamente ricorrente nello schema dell'abuso del diritto) di un comportamento «corretto *prima facie*, ma scorretto»⁷⁸ si attagli alla condotta di un organo costituzionale. Si immagini, ad esempio, che il Presidente della Repubblica (da qui: PdR) attenti 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»),⁷⁹ 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

⁷⁶ 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.

⁷⁷ N. LUHMANN, *I diritti...*, cit., p. 45.

⁷⁸ G. CAZZETTA, cit. p. 560.

⁷⁹ S. ORTINO, cit., p. 73.

cd. responsabilità politica diffusa del Presidente⁸⁰. 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, terreno elettivo dell'autonomia politica degli organi costituzionali. Ciò non significa, tuttavia, dover anche negare necessariamente qualsivoglia «portata prescrittiva» alle convenzioni⁸¹. 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 costituzionali⁸². 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; scoppiato 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, “ap-profittando” 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 av-

⁸⁰ 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, p. 1361-1362.

⁸¹ Lo ricorda S. BARTOLE, *Le convenzioni della Costituzione tra storia e scienza politica*, in *Il Politico*, 2/1983, spec. p. 259 ss. e 264, in convincente dissenso rispetto alle tesi di G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, Cedam, Padova, 1972.

⁸² 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. Se – come ritiene quest'ultimo – le convenzioni costituzionali fossero norme disponibili, in quanto espressione dell'autonomia politica degli organi costituzionali, e se esse si imponessero, quindi, soltanto in quanto questi ultimi vogliono aderirvi, ben poco spazio residuerebbe – osserva Ortino – per le consuetudini costituzionali (norme che si impongono, invece, agli organi costituzionali dall'esterno, in forza della costituzione). A quel punto, nota l'A., tutto verrebbe a essere ricompreso nell'unica categoria delle convenzioni: «in realtà crediamo che la tesi dell'autonomia politica, sebbene abbia valide giustificazioni teoriche e pratiche, verrebbe a dimostrare troppo circa la libertà dei fini degli organi costituzionali» (corsivi nostri).

vantaggi 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 governo⁸³.

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 momento che l'articolo 90 della costituzione, pur nella sua vaghezza⁸⁴, 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*⁸⁵. 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 fattispe-

⁸³ 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.

⁸⁴ «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).

⁸⁵ 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 inferiore a dodici anni») 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, p. 1759-1760. Tra tali motivi, assume particolare rilievo il più ampio raggio d'azione dell'art. 90 Cost.it.: se, nell'art. 283, si prevede «un fatto diretto a mutare la costituzione dello Stato», l'art. 90 «sembra invece configurare l'attentato in senso più ampio, quale *turbamento profondo dell'ordine costituzionale*» (corsivi nostri).

cie previste dall'articolo 90⁸⁶; 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»⁸⁷.

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»⁸⁸, 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 propriamente costituzionali. Queste ultime, del resto, già sono previste dal sistema⁸⁹. 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

⁸⁶ G. SCARLATO, *Presidente della Repubblica (Responsabilità penale del Presidente della Repubblica)*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1991, p. 1, anche per i riferimenti critici alla dottrina (G. Motzo, F.M. Dominedò, F. Pierandrei) che ha invece sostenuto l'indole meramente costituzionale degli illeciti presidenziali.

⁸⁷ S. GALEOTTI, B. PEZZINI, cit., p. 449. È la lettera stessa dell'articolo 90, del resto, a incoraggiare una tale lettura, dal momento che esso utilizza il termine «atti», anziché «reati»; il che, come nota lo stesso G. Scarlato (v. nota 86) «fa dubitare della natura penale degli illeciti presidenziali».

⁸⁸ S. GALEOTTI, B. PEZZINI, cit., p. 446.

⁸⁹ V. articolo 15 della l. cost. 1/1953, secondo cui la Corte «determina (...) sanzioni penali (...) nonché sanzioni costituzionali, amministrative e civili».

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»⁹⁰. Lo

⁹⁰ 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, p. 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: «Nel procedimento di formazione del governo Conte, il ricorso alla comunicazione pubblica ha svolto una funzione cruciale, modificando una prassi repubblicana fin qui caratterizzata dalla riservatezza». (*Ivi*, p. 1). Lunghi dal riguardare i comportamenti del PdR, a noi sembra che l'ipotesi di 'abuso del diritto costituzionale' avrebbe potuto invece attagliarsi alla minaccia di "impeachment", se essa avesse avuto un seguito, dal momento che talune forze politiche invocavano l'esercizio di un istituto proprio, sì, del diritto costituzionale (art. 90 Cost.), ma in vista di finalità che, a volere esser miti, potrebbero definirsi «incomprensibili» (l'espressione è di A. D'ALOIA, cit., p. 1). Di sicuro, prassi siffatte attentano all'equilibrio sotteso al principio di separazione dei poteri, nonché a quello tra sfera della politica e sfera delle garanzie (v. nota 25), rappresentando, esse stesse, quel *turbamento profondo dell'ordine costituzionale* che l'articolo 90 sembra configurare (v. nota 85). Per un'opinione decisamente critica sulla posizione assunta dal Presidente Mattarella, in relazione a veto opposto alla nomina di Savona, si vedano le riflessioni di A. RUGGERI, *Anomalie di una crisi di governo e rischio di un uso congiunturale della Costituzione*, in *Forum-costituzionale.it* 2018, indubbiamente molto interessanti, anche laddove l'A. propone argomenti che avrebbero potuto rafforzare le dichiarazioni espresse dal PdR nel citato comunicato. Ci riferiamo, in particolare, al passaggio in cui egli osserva: «anziché far leva sul

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).

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»⁹¹.

timore dell'uscita del nostro Paese dall'euro, il Capo dello Stato avrebbe potuto fare appello alla necessità di mettere al riparo da ogni rischio alcuni principi fondamentali dell'ordinamento, a partire da quello di cui all'art.11 da cui linearmente discende un obbligo di lealtà istituzionale nei riguardi dell'Unione europea (e degli altri Stati membri) al quale l'Italia non può sottrarsi, perlomeno *fi tantoché ne farà parte*. Stranamente pretermesso, in questa prospettiva, è altresì il riferimento al principio di fedeltà alla Repubblica, che a mio avviso fa tutt'uno col principio della pace e della giustizia tra le nazioni e non va perciò visto (...) quale antagonista rispetto al primo» (p. 5).

⁹¹ L. VENTURA, cit., 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 *Osservatorioic.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.

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 prerogative⁹² 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 esistenti⁹³, 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 riguarda 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 provenga la “minaccia” di sanzioni costituzionali. Non essendo spontanee – e dunque non motivate sulla base, ad esempio, di motivi personali⁹⁴ – bensì indotte, le dimissioni sarebbero espressione

⁹² 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: «Genus della più ampia species delle garanzie costituzionali, le prerogative costituzionali possono estrinsecarsi sia “in meccanismi passivi”, di difesa dell'organo costituzionale (onde porlo al riparo da attività altrui che possano ritenersi pregiudizievoli al corretto esercizio di determinate funzioni), sia “in meccanismi attivi” che consentano ai titolari di funzioni costituzionali di esercitarle mediante atti riservati ed esclusivi, in deroga ad altri principi dell'ordinamento: per esempio, per quanto riguarda gli “atti di prerogativa” del Capo dello Stato (che costituiscono il caso più noto), in deroga al principio di irresponsabilità, sancito nella nostra Costituzione dagli art.89 e 90, il quale postulerebbe come necessario riscontro l'esclusione di poteri caratterizzati da autonoma discrezionalità dall'ambito di quelli attribuiti al Presidente della Repubblica».

⁹³ 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».

⁹⁴ A. BALDASSARRE, *Il Capo dello Stato*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, vol. II, il Mulino, Bologna, 1997, p. 225. Il caso di dimissioni indotte dal 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, *ivi*, p. 261, rievoca la presidenza

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 Governo⁹⁵).

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 politici⁹⁶.

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 teleologico con una funzione di interesse pubblico*, rispetto alla quale

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»).

⁹⁵ 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.

⁹⁶ G. SCARLATO, cit. p. 6.

si pone come uno strumento concreto per il suo migliore espletamento»⁹⁷.

3.1 (Segue) *Abuso del diritto costituzionale, sanzioni costituzionali e responsabilità costituzionale del PdR*

A muovere cautamente nella direzione dell'ipotesi adombrata nel paragrafo precedente, ci indirizza un saggio del 1973 sull'attentato alla costituzione da parte del PdR, in cui Sergio Ortino proponeva una lettura dell'articolo 90 della Costituzione italiana «oltre le ipotesi penalistiche strettamente intese». L'attentato alla costituzione, osservava l'Autore, potrebbe concretizzarsi attraverso atti e o fatti che, pur potendo essere considerati formalmente costituzionali, «nel loro complesso tendono a determinare una modificazione *contra constitutionem* della forma di governo (non mai della forma di stato); si potrebbe allora parlare, in questo caso, di eccesso di potere costituzionale inteso nel senso di sviamento di potere, ma in una forma del tutto particolare»⁹⁸.

L'«eccesso di potere costituzionale» si manifesterebbe attraverso svariati atti/comportamenti, ognuno, in sé e per sé, formalmente non scorretto; considerati nel loro insieme, tuttavia, tali atti verrebbero a concretizzare quel che a noi sembra potersi denominare “esercizio abusivo del diritto costituzionale”, dacché tutti questi atti/comportamenti sarebbero volti a uno scopo anticostituzionale. Lo sviamento di potere, nell'ipotesi di responsabilità costituzionale del capo dello Stato, concernerebbe, infatti, «il complesso dei poteri conferiti dalla costituzione a tale organo, i quali vengono esercitati *non singolarmente ma nel loro complesso* verso un fine diverso da quello voluto dalla costituzione. Non per il fine cioè per il quale vengono conferiti i poteri a un presidente della repubblica in un regime parlamentare, bensì il fine per il quale vengono conferiti i poteri a un capo dello Stato in una repubblica presidenziale»⁹⁹.

Ciò che qui più rileva, per il nostro tema, è lo spostamento del fuoco dell'analisi, dalla sanzione di tipo giuridico-penale a quello della sanzione giuridico-costituzionale (e della relativa effettività). Nel sag-

⁹⁷ G. F. CIAURRO, cit., p. 2 (corsivi nostri).

⁹⁸ S. ORTINO, cit., p. 75.

⁹⁹ *Ivi*, p. 75-76 (corsivi nostri).

gio citato, si muove, sì, dalle specifiche ipotesi previste dall'articolo 90 della Costituzione, ma avendo riguardo a un problema più generale di *effettività del diritto costituzionale*, diciamo pure della incisività di quest'ultimo sulla realtà politica. Così come tradizionalmente intesa, la fattispecie "attentato alla costituzione" sembrava destinata, nell'ottica dell'Autore, a restare lettera morta¹⁰⁰. Se, già nel lontano 1973, si suggeriva una interpretazione più ampia dell'art. 90, «oltre le ipotesi penalistiche strettamente intese», perché, già allora, «l'evoluzione del nostro sistema politico, in particolare del ruolo del Capo dello Stato, pongono la dottrina di fronte al problema di reinterpretare l'articolo 90 della Costituzione in funzione di una maggiore corrispondenza tra principi costituzionali e la realtà politica»¹⁰¹, ancora oggi il problema di tale maggiore corrispondenza non smette di riproporsi. E dunque, a fronte dei non rari scollamenti tra principi costituzionali e realtà politica, non ci par vano il tentativo di tornare a ragionare sulle sanzioni costituzionali o, per esprimerci in termini più generali, su una qualche *vocazione "rimediale" del diritto costituzionale di fronte a comportamenti non soltanto lesivi dell'equilibrio costituzionale, ma adottati, per giunta, sotto l'egida del diritto costituzionale stesso, al riparo, cioè, del cono d'ombra apprestato dal paradosso del "conforme e contrario"*.

In un lavoro di qualche anno successivo, si proponeva, in linea con la tesi di Sergio Ortino, di prendere le distanze da una lettura in chiave esclusivamente penalistica dell'articolo 90; a ciò, l'interprete sarebbe stato legittimato, secondo Luigi Ventura, dalla disposizione immediatamente seguente, a norma della quale «il Presidente della Repubblica, prima di assumere le sue funzioni, presta giuramento di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della Costituzione dinnanzi al Parlamento in seduta comune». Prima ancora della difficoltà di «stabilire con assoluta certezza a quali norme del codice penale siano riconducibili» le ipotesi di cui all'articolo 90¹⁰², sarebbe l'articolo 91 Cost., dunque l'obbligo di giurare fedeltà e osservanza della Costituzione, a fondare ulteriormente la responsabilità costituzionale e, di conseguenza, la ri-

¹⁰⁰ Continuando a leggerla in senso tradizionale, la disposizione non può non sembrare – osserva infatti A. SPADARO, cit. p. 1755 – una sorta di «fossile del diritto costituzionale».

¹⁰¹ S. ORTINO, cit., p. 70.

¹⁰² L. VENTURA, cit., p. 24.

cerca di sanzioni costituzionali, non soltanto penali, in caso di attentato alla Costituzione.

Un siffatto *iter* argomentativo è sostenibile, ci sembra, a due condizioni: la prima è quella di attribuire un'enfasi particolare al giuramento, dal quale discenderebbero obblighi, non soltanto di natura etico-morale, bensì giuridico-costituzionale. Tale puntualizzazione è d'obbligo, poiché in dottrina non è certo indiscusso il significato giuridico del giuramento¹⁰³. La seconda condizione è che si legga in quel dovere di "osservanza", di cui al 91, un atteggiamento non certo di passivo, "notarile" controllo della legalità costituzionale, bensì di controllo attivo, così come delineato da Paolo Barile, nel suo lavoro del 1958, in cui veniva impostata la distinzione tra indirizzo politico di maggioranza e indirizzo politico-costituzionale¹⁰⁴. Non a caso, tale tesi è stata di recente ricordata proprio a proposito dell'ipotesi dell'abuso del diritto costituzionale: citando Barile, Gaetano Silvestri nota infatti che «custode della costituzione non è soltanto chi dice no alle violazioni della costituzione, ma anche chi spinge al rispetto attivo della costituzione da parte di tutti gli altri organi politici (...) esiste la possibilità di un intervento nel campo dell'indirizzo politico di maggioranza da parte della Corte costituzionale e da parte del Capo

¹⁰³ Così come non indiscussa è la portata giuridica del dovere di fedeltà; per una sintesi delle principali tesi sul punto, v. G. M. Salerno, *Il dovere di fedeltà tra simbolismo costituzionale e patriottismo repubblicano*, in *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, §§ 2 e 3, Giappichelli, Torino, 2005, vol. III. Sul giuramento, Cfr. G. DI COSIMO, Articolo 91, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, p. 1768: tra gli effetti specificatamente discendenti dal giuramento se ne contemplanò alcuni di natura un po' più formalistica o indiretta (il giuramento determina, ad esempio, la decadenza da qualsiasi altra carica rivestita dal neoeletto, dal giuramento decorrono i sette anni del mandato, etc.) e altri, invece, di natura più sostanziale e di più complessa valutazione, che attengono alla sostanza di quella "fedeltà alla Repubblica e di osservanza della Costituzione" che l'articolo 91 pone alla base del giuramento. Su questa base, e in vista del peso giuridico-politico del giuramento, l'A. rievoca le critiche alla irritualità del messaggio presidenziale del 1991 sulle riforme costituzionali (che proponeva, secondo V. Onida, una via extra-costituzionale per cambiare la costituzione e rifondare l'intero ordinamento; in forza del giuramento, ritenne M. Luciani, il PdR non può contestare la Costituzione invocandone una nuova, dovendo invece, nel caso, dimettersi, se animato da un siffatto disegno riformatore: *ivi*, p. 1769, per riferimenti al caso citato e ai commenti della dottrina). Per l'A., il PdR, nell'esercizio delle sue funzioni, gode di «una certa discrezionalità anche perché l'attività della Presidenza della Repubblica sfugge per sua natura ad una puntuale predeterminazione». Alla luce di tale presupposto, il giuramento acquisterebbe, allora, il valore di «canone di valutazione» in rapporto a una attività giurisdizionale.

¹⁰⁴ P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2/1958, p. 297 ss.

dello Stato, i quali hanno il diritto-dovere di intervenire per correggere eventualmente l'indirizzo politico e per ricondurlo all'osservanza della Costituzione»¹⁰⁵.

Seguendo le indicazioni della dottrina fin qui citata, e tenendo conto del già ricordato rilievo, per il nostro tema, del principio di solidarietà politica, ex art 2 Cost, (*retro*, § 2.3), imposto in primo luogo agli organi costituzionali di direzione e di politica attiva¹⁰⁶ (e, aggiungiamo, ai detentori di i. p. costituzionale), abbiamo dunque tentato di configurare l'abuso del diritto costituzionale quale principio regolativo (sia pure non scritto) e sanzione costituzionale al tempo stesso. Con riferimento agli articoli 90 e 91 della Costituzione, abbiamo tentato anche di applicare tale ipotesi a comportamenti eversivi del PdR.

A doversi pronunciare sull'abuso del diritto costituzionale, sarebbe la Corte costituzionale, la quale «avrebbe maggiori possibilità di considerare l'evoluzione complessiva del ruolo del capo dello Stato sulla base di varie norme costituzionali e di convenzioni, al fine di poter giudicare se la persona titolare della massima carica statale favorisca con la sua condotta, volontaria o meno, una modificazione del governo parlamentare in governo presidenziale»¹⁰⁷.

In quanto organo supremo di garanzia costituzionale, tale verifica non potrebbe che spettare, in effetti, alla Corte costituzionale¹⁰⁸. Quest'ultima – scriveva Ortino – dovrebbe ritenere che la «massima carica statale» abbia indotto una modificazione del governo parlamentare in governo presidenziale non già attraverso *una* condotta, «volontaria o meno», bensì, come già segnalato, attraverso *una serie di comportamenti e atti*, che, nel loro complesso, abbiano dato forma a una condotta generale decisamente *volontaria*. Occorrerebbe, insomma, che le conseguenze ultime fossero volute: se gli esiti di tale condotte, susseguitesì in un certo arco temporale, fossero invece tutti involontari, ricadremmo comunque nell'ambito di ciò che la teoria delle con-

¹⁰⁵ G. SILVESTRI, cit., p. 6.

¹⁰⁶ A. CARIOLA, cit., p. 340 e *Id.*, *La sorte della procedura di messa in stato d'accusa del Presidente della Repubblica in caso di scioglimento delle Camere*, in *Politica del diritto*, 1/1992, p. 95 ss.

¹⁰⁷ S. ORTINO, cit., p. 77.

¹⁰⁸ È la Corte, infatti, «l'organo intorno al quale, in via immediata o mediata, ruota gran parte del sistema sanzionatorio creato dal Costituente per assicurare, almeno sulla carta, il funzionamento delle istituzioni e la corretta applicazione della Costituzione, *ma da quel sistema la Corte stessa è tuttavia sottratta*»: L. VENTURA, cit., p. 154 (corsivo nostro).

venzioni consente e non ci sarebbe motivo per scomodare l'abuso del diritto, se è vero che le convenzioni sono «conseguenze involontarie di atti particolari volontari»¹⁰⁹.

A questo punto, un nuovo capitolo andrebbe aperto, concernente il quesito “*quis custodiet custodem?*”¹¹⁰: quali, i rimedi, nella remota ipotesi che la Corte violasse, essa stessa, il divieto di abuso del diritto costituzionale nel giudicare sulle condotte del Capo dello stato o, più in generale¹¹¹ e al di là dell'ipotesi su ci siamo soffermati, ponesse in essere atti o comportamenti contrari a tale divieto? Interrogativo impervio, questo, per l'ipotesi dell'abuso del diritto costituzionale e sul quale, anzi, il nostro tema rischia l'impasse, posto che, a rigore, secondo l'ordinamento, i giudici costituzionali «*non sono sindacabili*» (non possono dunque sbagliare? né “abusare” del diritto?) e che nessun meccanismo sanzionatorio è previsto dal sistema per la Corte¹¹².

¹⁰⁹ G. ZAGREBELSKY, *Convenzioni costituzionali*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1988, p. 3. Sulla «serialità» delle condotte o atti del PdR», necessaria affinché tali condotte e/o atti producano «effetti di sistema, in grado di incidere sulla forma di governo», si vedano le considerazioni di A. RUGGERI, *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, in *Forumcostituzionale.it*, spec. p. 22-23, dove l'Autore, soffermandosi sull'«arma più potente di cui il Presidente dispone», ovvero le esternazioni, osserva: «gli effetti più profondi, di lunga gittata, quelli di sistema, insomma, vengono a maturazione con molta gradualità, in conseguenza dell'adozione di catene di atti o comportamenti che, disponendosi in modo seriale, danno vita a vere e proprie consuetudini specificativo-integrative di norme di competenza oggettivamente carenti, segnando così i più salienti sviluppi dell'ordinamento nel suo insieme».

¹¹⁰ L. VENTURA, cit., p. 154-158, dove si pone il problema dei rimedi contro possibili «deviazioni» della Corte costituzionale. Chiaramente, il problema del “*quis custodiet custodem*” si ricollega a quello del “*nemo iudex in causa propria*” e, dunque, all'eventualità che il giudice costituzionale sia parte di un conflitto di attribuzione. Per un «elogio del paradoss» in parola, v. R. BIN, *L'ultima fortezza...*, cit., p. 163 ss.

¹¹¹ Per alcune considerazioni sull'abuso del processo costituzionale, v. G. SILVESTRI, cit., p. 11-12, in relazione a forme improprie di “*case selection*” operate dalla Corte e all'utilizzo di «decisioni di inammissibilità ‘vestite’, cioè di quelle decisioni apparentemente processuali, ma in realtà di merito, che censurano i giudici remittenti per non aver ‘esplorato’ possibili interpretazioni conformi».

¹¹² Con scelta alquanto singolare (dato che la insindacabilità è riferita non soltanto a voti e opinioni, ma ai giudici stessi), l'articolo 5, l. cost. n.1 del 1953, così dispone: «i giudici della Corte costituzionale non sono sindacabili, né possono essere perseguiti per le opinioni espresse e i voti dati nell'esercizio delle loro funzioni».

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»¹¹³, siano tradite; e sopravviene *ad adiuvandum*, come rimedio tra gli altri, per ripristinare la rottura dell'equilibrio¹¹⁴ 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 utilità¹¹⁵. 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 (comprensiva

¹¹³ S. ORTINO, cit., p. 18; A. CARIOLA, cit., p. 342. G. U. RESCIGNO, *Responsabilità (dir. cost.)*, cit., p. 1349-1350, anche per il riferimento – sub. nota 11, p. 1349 – a taluni casi di «potere politico senza (effettiva) responsabilità politica» esercitato, appunto, dal Capo dello Stato.

¹¹⁴ G. SILVESTRI, cit.

¹¹⁵ R. BIFULCO, A. CELOTTO, Articolo 54, in *Id.*, M. CARTABIA (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.

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»¹¹⁶. 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»¹¹⁷.

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 servite, 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»¹¹⁸.

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

¹¹⁶ P. RESCIGNO, cit., p. 220.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ D. MESSINETTI, cit., p. 11, nota 20 (con riferimento al pur "moderato" Trabucchi, che arrivava alla medesima conclusione).

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»¹¹⁹. Appare eloquente, ai nostri fini, che Angelo Lener individuasse proprio nell'articolo 833 c.c. (*retro*, § 1) 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 molestia¹²⁰.

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 possidenza 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 reciproca¹²¹.

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 aerea del diritto soggettivo* al quale si contrappongono»¹²². 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 limiti¹²³. In sintesi, ci

¹¹⁹ A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 641.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² *Ivi*, 640-641. 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.

¹²³ Linea evolutiva che, nella storia della giustizia costituzionale italiana, reca come data d'inizio la prima sentenza della Corte: «È da rilevare, in via generale, che la norma la

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»¹²⁴.

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)¹²⁵. Quest'ultimo, nella sfera

quale attribuisce un diritto non escluda il regolamento dell'esercizio di esso. Una disciplina delle modalità di esercizio di un diritto, in modo che l'attività di un individuo rivolta al perseguimento dei propri fini si concili con il perseguimento dei fini degli altri, non sarebbe perciò da considerare di per sé violazione o negazione del diritto. E se pure si pensasse che dalla disciplina dell'esercizio può anche derivare indirettamente un certo limite al diritto stesso, *bisognerebbe ricordare che il concetto di limite è insito nel concetto di diritto* e che nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile». (Corte costituzionale, sentenza del 5 giugno 1956, n.1. Corsivi di chi scrive).

¹²⁴ 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.

¹²⁵ Come si evince esemplarmente dalla nota sentenza n. 379 del 1992. In relazione al “concerto” tra C.S.M. e Ministro della giustizia, la Corte costituzionale osserva: «poiché (...), in base agli artt. 105 e 110 della Costituzione, tra Consiglio superiore e Ministro della giustizia sussiste, pur nella salvaguardia delle reciproche competenze, un *dovere* specifico di *collaborazione*, il modulo procedimentale del concerto (...) comporta che la relativa attività debba essere svolta nel pieno rispetto del *principio costituzionale di leale cooperazione*. (...) La commissione e il Ministro sono tenuti a porre in essere una discussione e un confronto

costituzionale, configura uno scenario in cui si contrappongono non già due interessi soltanto, e non già due parti soltanto, bensì una sinfonia di interessi¹²⁶. 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*»¹²⁷?

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 di tali dinamiche è lo spazio d'azione lasciato in ombra dalle

realmente orientati al *superiore interesse pubblico* di operare – a seguito di un esame effettivo ed obiettivo, dialetticamente svolto, di tutti gli elementi ai fini della copertura di quel determinato incarico direttivo – la scelta più idonea. Oltre a dover essere effettive e obiettivamente finalizzate all'interesse pubblico indicato, la discussione e il confronto tra la commissione e il Ministro devono metodologicamente svolgersi in base al principio di *leale cooperazione* e, in particolare, in base ai paradigmi e alle *regole della correttezza* nei rapporti reciproci e del rispetto dell'altrui autonomia. (...) Sotto il profilo della *leale cooperazione* e, in particolare, sotto quello della *correttezza nei rapporti reciproci*, l'attività di concertazione deve svolgersi secondo *comportamenti coerenti e non contraddittori*, tanto in relazione alla specifica proposta da formulare, quanto in relazione a pregresse proposte riguardanti lo stesso magistrato o lo stesso incarico. Le parti, inoltre, non possono dar luogo ad *atteggiamenti dilatori, pretestuosi, ambigui, incongrui* o insufficientemente motivati, di modo che il confronto possa avvenire su basi di *correttezza* e di apertura alle altrui posizioni» (punti 6 e 7 del 'considerato in diritto'. Corsivi nostri). 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).

¹²⁶ O «intreccio» di interessi: v. Corte cost. n. 8/1985, in relazione ai rapporti Stato-Regioni.

¹²⁷ Il riferimento è a Corte cost. n.379/1992: v. nota 125.

convenzioni costituzionali, data l'ambiguità della discrezionalità del potere che, in quegli indefiniti spazi, può dispiegarsi (abbiamo accennato a tale dinamica, retro, §§ 3, 3.1). Le convenzioni costituzionali non esauriscono però l'ambito in cui gli abusi del diritto costituzionale possono prodursi¹²⁸. Ad altre ipotesi di abuso del diritto costituzionale faremo riferimento nel prossimo paragrafo.

4.1 (Segue) *Altre ipotesi di abuso del diritto costituzionale (cenni)*

A queste *interlocutorie conclusioni* relative alla plausibilità della figura dell'abuso del diritto costituzionale, vorremmo aggiungere un accenno finale ad altre ipotesi, nel tentativo di conferire maggiore concretezza ad un tema che rischia di arenarsi nella nebbia della sola teoria. Diversamente dal (più “disciplinato”) tentativo, operato nei paragrafi 3 e 3.1, le ipotesi qui sinteticamente abbozzate si prestano a una collocazione conclusiva, poiché esse rinviano a una serie di spunti sviluppati nel corso di questo lavoro; ci riferiamo a quanto detto sul nesso tra potere e responsabilità (§ 4) e sulle “aspettative” (*retro*, note 73-77), nonché a taluni parallelismi, emersi in corso d'opera, tra l'abuso del diritto nella sfera privatistica e in quella costituzionalistica, segnatamente attraverso l'uso del concetto di buona fede in senso oggettivo da parte della Suprema Corte e il principio di leale cooperazione invocato dalla Corte costituzionale (*retro*, note 42, 125-127). Le ipotesi cui intendiamo a questo punto riferirci, relative agli articoli 67 e 66 della Cost. it., potrebbero rientrare nell'*abuso del diritto costituzionale, così come delimitato in questa sede*, ovvero come esercizio *formalmente corretto* di un potere, una facoltà o una prerogativa costituzionali da parte di un organo di vertice dello stato, *ma sostanzialmente* mirato a obiettivi diversi, e contrari, rispetto a quelli indicati dalla Costituzione.

Per quel che concerne l'articolo 67 Cost. it., un abuso di divieto di mandato imperativo potrebbe configurarsi allorché un membro parlamentare (MP), traendo vantaggio dallo scudo apprestato dal divieto di cui all'articolo 67 Cost., ponga in essere tattiche di “transfughismo parlamentare” e disattenda, in tal modo, le *aspettative* sia dell'elettore che lo ha votato sia del partito che lo ha candidato, così violando, in

¹²⁸ Per altre esemplificazioni di abuso del diritto costituzionale, v. A. CARIOLA, *Referendum abrogativo...*, cit., p. 340-342.

sostanza, il *patto elettorale*. Sul punto, la dottrina è da tempo alla ricerca della definizione di nuove categorie, che siano in grado di supportare, più in generale, ricostruzioni teoriche e pratiche più adeguate alla complessità del rapporto di rappresentanza¹²⁹. L'idea non sarebbe, certo, quella di abolire il divieto di mandato, bensì di configurare l'abuso del diritto come sanzione costituzionale, e di chiusura, affinché il MP non abusi del diritto costituzionale attraverso l'esercizio (in teoria legittimo, dato appunto il disposto dell'articolo 67, ma non in sostanza, vista la finalità concretamente perseguita nei tanti casi di disinvoltato passaggio del MP da un gruppo parlamentare all'altro) dei privilegi derivanti dal suo status. Un ipotetico divieto di abuso dell'articolo 67 potrebbe porsi come sanzione di chiusura volta a "scoraggiare" il MP, qualora quest'ultimo, sospinto unicamente da opportunistiche valutazioni nel tentare un "cambio di casacca", rivendicasse un *diritto* in tal senso¹³⁰. Norme che indirizzano verso una disciplina più rigorosa di tali fenomeni sono state, non a caso, adottate di recente, anche in ordinamenti diversi da quello italiano¹³¹.

Un'ulteriore ipotesi di divieto di abuso del diritto costituzionale potrebbe concernere la materia della cd. giustizia elettorale (che riterremo qui comprensiva sia del momento precedente le elezioni – campa-

¹²⁹ In tal senso, cfr., tra gli scritti più recenti, v. A. MORELLI, *Sovranità popolare e rappresentanza politica tra dicotomia e dialettica*, in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, 1/2018, p. 95 ss.

¹³⁰ ZANON, *Parlamentare (status di)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Utet, Torino, 1995, p. 621: gli artt. di cui al 67 e ss. non prevedono *diritti* in senso stretto, ma competenze, poteri e garanzie connesse alla funzione di parlamentare.

¹³¹ Per l'ordinamento italiano, v. le modifiche al regolamento del Senato del 20 dicembre 2017, come ricordato da A. MORELLI, cit., v. nota 129, dove si fa riferimento anche alle pronunce della Corte cost. n. 1/2014 e n. 35/2017, in cui si sono dettati criteri volti a orientare/tutelare il momento genetico del momento rappresentativo. Per quel che concerne gli ordinamenti costituzionali stranieri, l'A. accenna al *recall* nel R.U. e negli U.S.A., e alle cd. norme anti-defezione (anti-deflection), nella costituzione portoghese e negli ordinamenti lusofoni, dove, pur essendo previsto il divieto di mandato imperativo, vi sono, al contempo, norme a tutela dell'elettore, della sua *buona fede* e delle *aspettative* da questi riposte sul candidato al momento del voto (richiamiamo, qui, quel che si è scritto a proposito della vocazione istituzionale dei diritti fondamentali e dei diritti fondamentali intesi come 'aspettative di comportamento', § 2.4). In particolare, l'art. 160 Cost. del Portogallo prevede che il deputato perda il seggio qualora si iscriva a un partito diverso da quello per il quale si è presentato alle elezioni. D'altro canto, una siffatta disposizione – ricorda l'A. – non risolve il problema, essendo essa facilmente eludibile: è sufficiente che il MP eviti di iscriversi ad un altro partito, restando dunque formalmente indipendente, per non incorrere nella sanzione.

gna elettorale, par condicio etc. – sia di quello successivo, di verifica in senso stretto), rispetto alla quale si è posto, non di rado, il problema dell’abuso dei poteri di verifica elettorale (art. 66 cost.)¹³².

Anche con riguardo alla giustizia elettorale, può forse tentarsi un’analogia tra la dimensione civilistica e quella costituzionalistica dell’abuso del diritto. Così come l’evoluzione dell’istituto in campo civilistico ha dimostrato che l’abuso del diritto deve essere valutato in relazione alla più ampia dimensione del *mercato*, e non soltanto al vincolo sinallagmatico che lega due parti in un *contratto*¹³³, così, con riguardo all’abuso del diritto costituzionale in materia elettorale, si potrebbe sostenere che quest’ultimo vada valutato sia in relazione alla più ristretta dimensione del *patto elettorale* (tra elettore e eletto, tra partito politico e candidato/eletto) sia alla dimensione, più ampia, del *mercato elettorale*, cioè dell’agone politico-istituzionale nel suo insieme, che contempla una pluralità di attori, la cui azione va compiutamente disciplinata, così come regolata è la concorrenza nel diritto civile/commerciale.

E dunque, così come, nell’ambito civilistico, l’abuso del diritto è stato inquadrato (dalla Corte di Cassazione, ad esempio, sez. III civile, n. 20106 18 settembre 2009 – caso “Renault” –, *retro*, § 1) sia nella *prospettiva microeconomica del contratto* sia in quella *macroeconomica del mercato e della concorrenza*, forse anche in campo costituzionalistico gli abusi del diritto potrebbero essere più chiaramente in-

¹³² Si pensi alla mancata tempestività dell’attività parlamentare di verifica dei poteri. Come è noto, il termine per il controllo sui titoli di ammissione è stato talvolta inteso in senso talmente ordinatorio da divenire non effettivo, tanto che membri parlamentari privi dei necessari titoli sono arrivati, tra un giudizio e l’altro, a fine legislatura, con buona pace dei moniti espressi dal giudice costituzionale (v. Corte cost. 84/ 2006, v. punto 5 del ‘considerato in diritto’) circa la «incongruenza» (cfr. *infra*, nota 138) della normativa che procrastina l’accertamento della ineleggibilità al momento successivo alle elezioni. Benché la sentenza appena citata, n. 84/ 2006, sia relativa a una legge regionale recante disposizioni in materia di ineleggibilità dei consiglieri regionali, essa contiene rilievi che trascendono il singolo caso ed assumono portata più generale (*infra*, nota 138); così anche M. CECCHETTI, *Il contenzioso pre-elettorale nell’ordinamento costituzionale italiano*, in E. CATELANI, F. DONATI, C. GRISOLIA (a cura di), *La giustizia elettorale* (Atti del Seminario del 16.11.2012 del Gruppo di Pisa), Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p. 28-29. Per alcune proposte di modifica dell’articolo 66 cost. it., tese a ovviare ai profili più problematici dell’attuale disciplina della verifica delle elezioni, v. F. BIAGI E S. PENNICINO, *ivi*, p. 373 ss. Cfr. anche i rilievi di J. LUTHER, *Giustizia elettorale sarà fatta?*, *ivi*, p. 399 ss.

¹³³ Su tale evoluzione, in riferimento al caso ‘Renault’ (Cass., sez. III civile, n.20106 18 settembre 2009), L. DELLI PRISCOLI, *Abuso di dipendenza economica e abuso del diritto*, in *Orizzontideldirittocommerciale.it*.

dividuati guardando sia al contesto del *patto elettorale* sia al contesto del “mercato” elettorale. Nella sfera costituzionalistica e, segnatamente, in materia di giustizia elettorale, si potrebbe immaginare allora che «il diritto elettorale e quello dei partiti politici siano un particolare ramo del diritto della concorrenza»¹³⁴. Per valutare la sussistenza di abusi del diritto (in fase sia pre- sia post-elettorale) è necessario guardare al quadro d'insieme, ovvero all'elettorato, ai partiti, al parlamento, ai media¹³⁵. Questo *ensemble* possiamo considerarlo alla stregua di un “mercato”, nel senso che ogni attore è mosso – più che in altri momenti della vita delle istituzioni – da istinti concorrenziali, che occorre regolare meglio di quanto finora sia stato fatto. Se «nel diritto della concorrenza vale la massima: nessuno può procurarsi un vantaggio violando il diritto», allo stesso modo, nel diritto e nella giustizia elettorali, *non può ammettersi che «un illecito giuridico perda il suo carattere semplicemente per effetto di una compensazione con qualcosa di giuridicamente lecito»*¹³⁶.

Quest'ultimo rilievo è centrale per il nostro discorso, poiché è esattamente in tal modo che l'abuso del diritto opera nella pratica¹³⁷, consentendo ad un cittadino, ad esempio, di candidarsi pur in presenza di una normativa che, prevedendo talune cause di ineleggibilità, dovrebbe dissuaderlo da tale intento. Se quella stessa normativa, infatti, dovesse consentire di «rilevare l'esistenza di cause di ineleggibilità (...) soltanto *dopo* lo svolgimento di elezioni», il cittadino potrà esser in-

¹³⁴ M. MORLOCK, *La giustizia elettorale in Germania*, in *La giustizia elettorale*, cit., p. 88.

¹³⁵ Social media compresi: *ivi*, p. 88-89, per il rinvio a un caso – verificatosi nel Saarland – concernente anticipazioni dei risultati elettorali via Twitter durante lo spoglio, suscettibili di influenzare il voto degli elettori non ancora recatisi alle urne.

¹³⁶ *Ivi*, p. 88 (corsivi nostri).

¹³⁷ Applicando tale rilievo alla competizione elettorale («valore costituzionale» e «bene costituzionale protetto» secondo la Corte costituzionale: v. sentenza n. 344/1993), ne deriva, ad esempio, che se la propaganda pre-elettorale governativa avrà fatto leva su messaggi/comunicazioni in grado di influenzare l'opinione pubblica, il governo non potrà utilmente schermarsi dietro l'argomento secondo il quale gli effetti di condizionamento della sua campagna elettorale sono neutralizzati da fattori di condizionamento in direzione opposta. Su un argomento siffatto si è basato invece – come ricorda M. MORLOCK, cit., p. 87 – un caso che ha riguardato, ancora una volta, il Land Saar, dove il giudice ha ritenuto che gli elettori sarebbero stati comunque esposti ai più svariati impulsi e che il condizionamento incostituzionale della sfera pubblica – da parte governativa – non avrebbe avuto alcuna influenza per i mandati. La competizione elettorale – conclude l'A. – dovrebbe allora essere regolata normativamente, non empiricamente (come avvenuto, invece, nel caso di specie).

dotto comunque a candidarsi, «violando», sì, «la norma che (...) prevede l'ineleggibilità», ma fiducioso nell'irrazionalità di un sistema che compenserà la sua violazione con – direbbe Morlock – «qualcosa di giuridicamente lecito»¹³⁸. Ecco dunque riapparire il paradossale meccanismo del “corretto, ma scorretto”, proprio dell'esercizio abusivo del diritto.

4.2 Conclusioni interlocutorie sull'abuso del diritto come discorso sull'idea regolativa del limite

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*»¹³⁹. 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/ga-

¹³⁸ Corte cost. 84/ 2006, v. punto 5 del ‘considerato in diritto’: «la Corte è consapevole che la vigente normativa consente di rilevare l'esistenza di cause di ineleggibilità – nonostante che queste siano intese a garantire la pari opportunità fra i concorrenti – soltanto dopo lo svolgimento delle elezioni. (...) Si tratta di una normativa evidentemente incongrua: non assicura la genuinità della competizione elettorale, nel caso in cui l'ineleggibilità sia successivamente accertata; induce il cittadino a candidarsi violando la norma che, in asserito contrasto con la Costituzione, ne preveda l'ineleggibilità; non consente che le cause di ineleggibilità emergano, come quelle di incandidabilità, in sede di presentazione delle liste agli uffici elettorali».

¹³⁹ M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino, 1994, p 73 ss.

ranzie, ma non possono abusarne), alla logica del sistema, costituendo una vittoria, per così dire, del diritto come discorso o soggetto epistemico¹⁴⁰ 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 giuristi¹⁴¹, agli occhi dei quali pochi altri istituti appaiono così controintuitivi 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»¹⁴² 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*.

Tale sintesi, che spersonalizza, de-soggettivizza il diritto, ci sembra esemplarmente rappresentata in quella decisione (cd. Alifax) della Corte di Giustizia Ue del 2007 in cui l'abuso del diritto viene definiti-

¹⁴⁰ G. TEUBNER, *Il diritto come soggetto epistemico: per un'epistemologia giuridica costruttivista*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1-2/1992, p. 287 ss.

¹⁴¹ Si vedano, ad esempio, le reazioni della dottrina alla sentenza della Suprema Corte n. 2009, (caso Renault: *retro*, § 1), segnalate da L. DELLI PRISCOLI, cit., p. 5 ss.

¹⁴² P. RESCIGNO, cit., p. 205.

vamente concepito come principio generale del diritto Ue¹⁴³. Facendo proprie le conclusioni dell'Avvocato generale, la Corte degrada, in un certo senso, quel che i ricorrenti concepivano come un proprio "diritto" (a trarre vantaggi fiscali dalla interpretazione/applicazione del diritto Ue e di quello nazionale) a non diritto. Da una (pretesa) situazione giuridica di vantaggio, da quella che sembrava, ai ricorrenti, la rivendicazione di un vero e proprio diritto soggettivo¹⁴⁴, si sprofonda nel non-diritto, e ciò in quanto lo spirito, così dire, del diritto dell'Unione era stato, a parere della Corte, *raggirato*. Più precisamente, l'obiettivo perseguito da quelle stesse disposizioni era stato eluso, dal momento che un «insieme di elementi obiettivi» convergeva a dimostrare che il diritto Ue era stato utilizzato al solo scopo di ottenere un vantaggio fiscale. In questa decisione, assistiamo a un interessante capovolgimento di prospettive: quel che, dal tenore letterale del diritto Ue, pure sembrava configurare un diritto soggettivo, viene degradato dalla Corte a non diritto e, anzi, a mero tentativo di utilizzare il diritto Ue per fondare una situazione giuridica soggettiva (inesistente, secondo la Corte, perché contraria agli obiettivi del diritto Ue). Chiudiamo queste prime riflessioni sull'*abuso del diritto come discorso sul limite* con le parole dell'Avvocato generale di questa causa perché esse, con cristallino chiarore, gettano una prima luce sulla "spersonalizzazione" del diritto di cui l'istituto dell'abuso del diritto ci racconta.

«Qualora tali circostanze oggettive siano dimostrate, si deve concludere che chi si appelli al tenore letterale di una disposizione dell'ordinamento comunitario per far valere un diritto che confligge con gli scopi di quest'ultima non merita che gli si riconosca quel diritto. *In circostanze del genere la norma di legge dev'essere interpretata, nonostante la sua lettera, nel senso che non conferisce in realtà il diritto. È sullo scopo oggettivo della norma comunitaria e sulle attività poste in essere, e non sull'intento soggettivo degli interessati, che, a mio avviso, s'incentra la dottrina comunitaria dell'abuso*»¹⁴⁵.

¹⁴³ Causa C-255/02 (Alifax e a. c Commissioners of Customs e a.), sentenza 21.2.2006. Sul divieto di abuso del diritto come principio generale del diritto Ue, v. F. LOSURDO, cit., p. 123 ss.

¹⁴⁴ Rivendicazione non smentita *tour court* dalla Corte, in effetti: la «applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della sesta direttiva e della legislazione nazionale che la traspone», nota la Corte, era stata, infatti, rispettata.

¹⁴⁵ Alifax e a. (cit., v. nt. 143), Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Poiares Maduro (punto 71).



Costituzionalismo.it

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

Direzione

Direttore Gaetano **AZZARITI**

Vicedirettore Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**

Paolo **CARETTI**

Lorenza **CARLASSARE**

Elisabetta **CATELANI**

Pietro **CIARLO**

Claudio **DE FIORES**

Alfonso **DI GIOVINE**

Mario **DOGLIANI**

Marco **RUOTOLO**

Aldo **SANDULLI**

Dian **SCHEFOLD**

Massimo **VILLONE**

Mauro **VOLPI**

Comitato scientifico di Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca

BASCHERINI, Marco **BETZU**,

Gaetano **BUCCI**, Roberto

CHERCHI, Giovanni **COINU**,

Andrea **DEFFENU**, Carlo

FERRAJOLI, Marco

GIAMPIERETTI, Antonio

IANNUZZI, Valeria **MARCENO'**,

Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA**

PINTO, Elisa **OLIVITO**, Laura

RONCHETTI, Ilenia

RUGGIU, Sara **SPUNTARELLI**,

Chiara **TRIPODINA**

Redazione

Elisa **OLIVITO**, Giuliano **SERGES**,

Caterina **AMOROSI**, Alessandra

CERRUTI, Andrea **VERNATA**

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)