

INTRODUZIONE

Shylock, usuraio immaginato da Shakespeare nella commedia «Il mercante di Venezia», dopo aver preteso il pagamento della libbra di carne del corpo di Antonio, quale garanzia pattuita per il mancato pagamento dei 3000 ducati prestati, ha spiegato a Salerio, amico di Antonio, che della carne di Antonio ci farà esca per i pesci e, se non servirà ad altro, nutrirà la sua vendetta. In tale pretesa, la dottrina tedesca del XIX secolo vi ha intravisto un esempio di abuso del diritto, dopo una indagine svolta tutta all'interno del diritto di Shylock.

Non è cambiato molto nel XXI secolo, la dottrina svolge ancora oggi ogni indagine sull'abuso del diritto, sempre ripiegata esclusivamente sul diritto soggettivo esercitato¹, senza soffermarsi più di tanto sul dovere giuridico di rispettare il diritto altrui.

La nostra posizione è decisamente diversa. In modo provocatorio abbiamo intitolato questo studio "*abuso del diritto altrui*", per far capire subito che, quando viene osservato con la lente della sua «figura formale di qualificazione giuridica»,

¹ V. Giorgianni, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963, nota n. 4, p. 195, spiega il senso in cui J. Kohler, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, Berlin, 1884, p. 78 ss. qualifica il contegno di Shylock «come un abuso del diritto di credito per mezzo del diritto stesso (*ein Missbrauch des Rechts durch sich selber*)» e aggiunge: «La carne da strappare dal corpo del debitore Antonio gli appare contrastare con la valutazione ambientale-culturale che, nella specie, **quel diritto soggettivo reca in se medesimo**».

l'abuso del diritto non è altro che l'uso anormale di un potere privato, diretto a recare nocimento al diritto degli altri, in violazione ad un dovere giuridico che ha origine nel diritto altrui e viene specificato solo durante il rapporto giuridico in cui vive.

È evidente la diversità della nostra posizione dalle indagini dottrinarie tutte incentrate sull'interesse o sul valore che il diritto esercitato reca in se medesimo e che ha permesso a Giorgianni di concludere «*che è abusivo l'esercizio del diritto che si attui in modo difforme dal valore o interesse ambientale-culturale che sta a criterio della qualificazione normativa che di quel comportamento fa, appunto, un esercizio del diritto soggettivo*»². Anche chi ha provato a dare una spiegazione all'abuso del diritto, rinvenendo nella teoria della norma giuridica l'esistenza di «*elementi integranti e costitutivi, dei valori insomma a cui la struttura qualificativa del diritto è immanentemente relativa e che determinano il senso specifico in cui detta struttura è appunto qualificativa*» si è reso conto dell'importanza delle figure formali di qualificazione giuridica, ma ha fatto ricorso esclusivamente a valori immanenti nella stessa struttura qualificativa del diritto, mettendo in discussione «il formalismo metodologico» di Kelsen sul concetto «puro» di norma giuridica, come specifica struttura qualificativa già depurata da ogni soggettiva presa di posizione valutativa ad essa sovrapposta e priva di qualsiasi valore storico-ambientale-culturale. Da qui la distinzione «*tra valori-fini del diritto e valori integranti e costitutivi della "forma" del diritto*», caratterizzati questi ultimi dalla peculiarità della relazione tra la forma del diritto e il contenuto o comportamento umano, sicché la «forma» del diritto includerebbe nella sua struttura un valore oggettivo che si presenta come valore culturale alla cui stregua il contenuto, cioè il comportamento umano a cui esso si riferisce è ambientalmente conosciuto nel reale processo della vita storica.

² V. Giorgianni, *op. cit.*, p. 351.

In sintesi, la forma della norma sarebbe plasmata dal rapporto col contenuto di diritto positivo della stessa norma, che sarebbe in grado di penetrare, così, nella stessa struttura della forma, mediante valori oggettivi di tipo culturale.

Tuttavia, le domande alle quali l'importante elaborazione dottrinale non fornisce esauriente risposta è innanzitutto quali siano e come si specificano nell'azione dell'agente tali valori e, per quel che più ci interessa, come avvenga in modo riconoscibile la modificazione della struttura della "forma" della norma, atteso che l'abuso del diritto dovrebbe essere riconosciuta dal giudice sempre in modo obiettivo e certo, per un'azione precisa posta in essere dall'agente.

Tentiamo di intraprendere un percorso per rispondere a queste domande, convinti dell'utilità di una riflessione sulla figura formale di qualificazione giuridica dell'abuso del diritto, perché la sola dogmatica ha necessità di essere affiancata dalla teoria generale del diritto, per studiare la particolarità del conflitto di norme che si realizza in concreto, a causa della libera scelta di modalità di esercizio di una facoltà legittima, che mettono in pericolo o ledono il diritto altrui.

Ricorda Cesarini Sforza che, oltre il diritto *positum in civitate*, che si esprime nelle proposizioni che hanno valore ufficiale, ve ne è sempre un altro che si usa chiamare "vivente", nel quale rientrano non solo i fenomeni giuridici che si verificano indipendentemente da ogni formula normativa, ma anche i fenomeni considerati dal sistema in quanto effettivamente si verificano³. Ciò dipende da tre fattori: dalle norme di diritto positivo parte di un ordinamento (in special modo, dalle norme di legge), dalla consuetudine, dalle categorie giuridiche delle figure formali di qualificazione giuridica.

La teoria del divieto di abuso del diritto si diffonde laddove il legislatore ha avvocato a sé il monopolio della fonte di produzione del diritto, soprattutto a partire dal diritto giustinia-

³ W. Cesarini Sforza, *Lezioni di teoria generale del diritto*, Padova, 1929, p. 26.

neo e pos-napoleonico, perché laddove imperava ancora il diritto consuetudinario non vi era tale esigenza, essendo tutto canalizzato nei criteri di "normalità" dei rapporti umani.

Con il primato della legge, invece, diventa fondamentale il lavoro dell'interprete con gli strumenti delle fattispecie funzionali al riconoscimento di qualificazioni giuridiche delle condotte e, quindi, alla produzione di singoli e precisi effetti giuridici, nei confronti di terzi, cioè di soggetti diversi dall'agente.

Questo studio cerca di mettere a fuoco alcuni momenti dell'esperienza giuridica sul fenomeno dell'abuso del diritto, che è uno dei fenomeni giuridici con i quali anche i giuristi rigorosamente legati al diritto positivo sono costretti a confrontarsi. Arriveremo alla conclusione che il divieto dell'abuso del diritto non è solo un'espressione del diritto vivente, ma costituisce un principio giuridico affermato da specifiche norme del diritto positivo vigente, dalle quali derivano doveri, obblighi giuridici precisi, che devono essere specificati, mettendo a fuoco, innanzitutto, la relativa figura formale di qualificazione giuridica.