

L'ABUSO DEL DIRITTO NELLO SPAZIO GIURIDICO EUROPEO

Alessandro Tomaselli*

Sommario: 1. *Introduzione.*- 2. *L'abuso del diritto e gli ordinamenti nazionali. Cenni comparatistici.*- 3. *L'abuso del diritto nell'ordinamento dell'Unione europea.*

1. La configurazione dell'istituto dell'abuso del diritto, e dunque l'esatta individuazione dei corrispondenti caratteri e limiti, ha tradizionalmente rappresentato un ambito piuttosto controverso e tormentato nell'elaborazione dottrinario-giurisprudenziale nazionale ed extranazionale¹. E ciò non semplicemente a causa della carenza all'interno di più di un ordinamento (es., Italia e Francia) di precisi fondamenti normativi al riguardo, ma anche e soprattutto in ragione dell'alone di incertezza che circonda la tematica in oggetto con precipuo riferimento all'apparente contraddizione da cui la stessa sembra caratterizzata: l'espressione "abuso del diritto" pare, infatti *prima facie* recare con sé un insanabile paradosso, in considerazione dell'impossibilità di conciliare l'attribuzione di un diritto (soggettivo o fondamentale – v. oltre), e dunque di una libertà o un potere, con l'eventuale potenziale rischio che lo stesso si riveli al contempo fonte di responsabilità a carico del medesimo soggetto titolare. Illuminante al riguardo autorevole dottrina: "La terminologia appare *prima*

* Assistant Professor di Diritto dell'Unione europea nella Facoltà di Scienze economiche e giuridiche della Università della Sicilia Centrale "Kore" di Enna.

¹ Al riguardo, parecchi i contributi della dottrina degni di nota. Tra gli altri, si vedano ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1923, p. 105 ss.; NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958, p. 37 ss.; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 13 ss.; ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958, p. 168 ss.; PATTI, *Abuso del diritto*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Torino, 1987, p. 2 ss.; MESSINETTI (D.), *Abuso del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento II, Milano, 1998, p. 1 ss.; SALVI, *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enciclopedia giuridica*, I, Roma, 1988; GAMBARO, *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia giuridica*, I, Roma, 1988; ID., AA.VV., *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997*, Padova, 1998; CAFARO, *L'abuso del diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2003, p. 291 ss.; GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003; GULLO, *L'abuso del diritto nell'ordinamento comunitario: un (timido) limite alla scelta del diritto*, in *Ragion Pratica*, 6/2005, p. 181 ss.; PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *Ragion Pratica*, 6/2005, p. 161 ss.; MARTINES, *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006; MORLOK, *L'abuso dei diritti*, in PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee*, Padova, 2007, p. 629 ss.; RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007; GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contratto e impresa*, 2011, p. 311 ss.; LOSURDO, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo*, Torino, 2011; PANDIMIGLIO, *L'abuso del diritto nei trattati di Nizza e Lisbona*, in *Contratto e impresa*, 4-5/2011, p. 1076 ss.; BONANZINGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in www.comparazionedirittocivile.it.

facie contraddittoria in quanto con il termine diritto si fa riferimento ad una libertà o ad un potere garantiti all'individuo da una norma giuridica: accostando il termine abuso si afferma che l'esercizio di un diritto potrebbe divenire fonte di responsabilità. Abuso e diritto sembrano incompatibili perché esercitando un diritto non sarebbe possibile compiere un illecito, alla luce del brocardo latino *qui iure suo utitur neminem laedit*². O ancora "... l'abuso del diritto rappresenta una vicenda giuridica paradossale, per cui alcune modalità di esercizio di un diritto soggettivo da parte del suo titolare, pur essendo astrattamente ascrivibili alla fattispecie normativa, si devono considerare illecite alla stregua di una serie di criteri di valutazione giuridici od extragiuridici, che variano a seconda delle teorie di riferimento, ma esprimono la comune concezione che il contenuto giuridico del diritto soggettivo vada determinato ed integrato dall'interprete in modo da assicurarne la piena compatibilità con la dimensione assiologia dell'ordinamento statale"³.

Insomma, considerato che "L'obiezione che la scienza giuridica 'di ogni epoca' ha sollevato rispetto alla stessa configurabilità della figura giuridica del divieto dell'abuso del diritto, si riassume nella celebre 'formula': *le droit cesse où l'abus commence* ("il diritto cessa dove comincia l'abuso")"⁴ "La dogmatica del divieto d'abuso del diritto sarebbe, insomma, geneticamente inficiata da un'insuperabile *contraddizione logica e filosofica*. O l'esercizio di un diritto è 'coperto' dall'ombrello dell'ordinamento oggettivo e allora si ha l'*atto lecito*. O, al contrario, l'esercizio del diritto non lo è e allora si ha l'*atto illecito*. *Tertium non datur*"⁵.

A ciò si aggiunga che il dibattito sviluppatosi intorno alla figura in esame, lungi dal soffermarsi sui tecnicismi cui si è appena fatto cenno, si è non di rado contraddistinto anche per il rimando a tematiche di matrice morale-filosofico-politica con riguardo all'architettura ed, ancora prima, alla ragione ultima alla base del concetto stesso di organizzazione giuridica.

² Così BONANZINGA, op. cit., pp. 1-2. Al riguardo pare possibile, seppur con i dovuti distinguo, accostare la (apparente) contraddizione logica, terminologica e giuridica di cui in oggetto all'ipotesi della c. d. responsabilità per fatto lecito, quest'ultima al contrario foriera, a parere di chi scrive, di un'insuperabile antinomia. In tal caso, infatti, la configurazione di una fattispecie di responsabilità come conseguente ad un fatto o atto lecito si ritiene potersi del tutto escludere, difettando dei presupposti logico-giuridici ai fini del riconoscimento della stessa: se un determinato comportamento, infatti, è consentito, o quantomeno "tollerato", dall'ordinamento, appare decisamente incongrua una successiva attribuzione di responsabilità allo stesso riconducibile, potendo la stessa al contrario sussistere solo con riguardo ad un fatto o atto illecito (a tal proposito, sia consentito rinviare a TOMASELLI, *Profili della responsabilità dello Stato per mancata attuazione delle direttive dell'Unione europea*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 37, 2011, p. 78 ss.). Con riferimento all'abuso del diritto, invece, l'incongruenza non sembra invincibile, ben potendo il soggetto titolare di un diritto, in prospettiva dinamica (v. oltre nel corso della trattazione), farne un uso distorto, deviato, e dunque contrario alla *ratio* dello stesso.

³ V. GULLO, op. cit., p. 181.

⁴ V. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Parigi, 1949, p. 337.

⁵ Così LOSURDO, op. cit., p. 1.

Conseguentemente, accanto ai sostenitori del più classico individualismo e liberismo, e dunque, di una concezione dell'ordinamento quale mero "garante" del godimento dei diritti individuali a favore del singolo proprietario ed ineluttabilmente critici nei confronti della dottrina dell'abuso del diritto considerata un'indebita intromissione all'interno della sfera di libertà garantita a sufficienza dalle prescrizioni normative generali ed astratte, nel corso degli anni si sono sviluppate, in "naturale" antitesi ideologica, corrente si stampo socialista e cattoliche maggiormente ispirate ai principi della solidarietà e della funzione sociale dell'esercizio dei diritti soggettivi, financo del "sacro" diritto di proprietà. "E così, accade che la figura dell'abuso del diritto venga considerata come lo strumento che, dal punto di vista storico, avrebbe agevolato una progressiva erosione del principio, tipico e anzi fondante degli ordinamenti giuridici borghesi –liberali, della assoluta discrezionalità del proprietario e della immunità da ogni forma di controllo degli atti compiuti in nome della libertà e autonomia privata, e che pertanto, nel corso del Novecento, avrebbe consentito il passaggio da una "morale dell'economia di stampo liberale ad una di tipo sociale"⁶

Le perplessità ed i dubbi avanzati in ordine alla configurabilità della figura oggetto del presente studio, paiono, tuttavia, non difficilmente superabili: sembra piuttosto evidente, in particolare, che, perlomeno in sede di riconoscimento astratto, l'attribuzione a favore di un soggetto di una determinata prerogativa di vantaggio prescinda di regola dall'utilizzo che della stessa deciderà di fare il titolare medesimo, rinviando ad un (eventuale) momento successivo la (eventuale) valutazione da parte dell'ordinamento in termini di immeritevolezza sull'utilizzo medesimo, in quanto abusivo, per il tramite dell'autorità giudiziaria.

Non può, cioè, trascurarsi l'inevitabile scarto esistente tra l'astratto riconoscimento di un potere e/o di una libertà da parte dell'ordinamento a favore di uno o più soggetti (momento statico) ed il suo concreto dipanarsi nella quotidianità delle relazioni intersoggettive (momento dinamico): un potere, così come una libertà, per definizione implica una possibilità, una facoltà di scelta (perfino di non fare) tra più comportamenti alternativi. Starà poi allo stesso ordinamento stabilire se il singolo atto d'esercizio possa considerarsi o meno ammissibile, e cioè riconducibile alle possibili concrete estrinsecazioni del diritto a monte attribuito in quanto previsto o, perlomeno, prevedibile avuto riguardo allo scopo (intrinseco al contenuto del diritto o allo stesso estrinseco in quanto riferentesi ad un interesse superiore) dal legislatore prefissosi in sede di architettura della norma attributiva dell'atto stesso; detta valutazione, tuttavia, non potrà che naturalmente intervenire in un momento posteriore al suddetto atto d'esercizio del titolare del diritto, rappresentando, almeno in via generale, una reale (questa sì) incongruenza un'eventuale attribuzione di libertà allo stesso tempo accompagnata dalla preventiva ed unidirezionale prescrizione in ordine all'operatività della medesima.

E sarà proprio in sede di valutazione successiva al concreto esercizio

⁶ V. PINO, op. cit., p. 164.

del singolo diritto che l'interprete deciderà in merito alla sussistenza o meno dell'eventuale abuso commesso dal titolare del suddetto, in ultima analisi sancendo o meno la congruità del fine perseguito rispetto a quello originariamente ed astrattamente previsto. Anche qui si ritiene di richiamare autorevole dottrina: "... il diritto (oggettivo) attribuisce in via generale e astratta un diritto soggettivo (una libertà, un potere, una facoltà, ecc.) il cui esercizio, in alcuni casi, è giudicato giuridicamente inammissibile (...). Ciò perché il diritto *soggettivo* (libertà, potere, facoltà, ecc.) in questione, pur essendo riconosciuto in termini generali dal diritto oggettivo, può essere esercitato tramite una pluralità di condotte (...) *alcune* delle quali sono considerate in qualche senso anti-giuridiche"⁷.

L'abuso del diritto, dunque, sembrerebbe potersi ricondurre alle ipotesi in cui il titolare di una determinata situazione di vantaggio decida di farne un uso distorto, finalizzato cioè al perseguimento di un interesse differente da quello (o da quelli) per cui la stessa era stata attribuita; in altri termini, laddove sia riscontrabile una difformità dell'esercizio di un diritto dalla ragione della sua tutela legislativa⁸.

Contraria a tale indirizzo, peraltro, pare quella dottrina a detta della quale ragionando nei termini suesposti si rischierebbe di confondere la figura in esame con la diversa ipotesi di eccesso del diritto; segnatamente, si sostiene che "Sarebbe (...) opportuna una ricostruzione della categoria dell'abuso del diritto che rinunci ad un sindacato sulla meritevolezza del fine perseguito e giudichi il risultato dell'esercizio del diritto attraverso un confronto con gli interessi con cui interagisce"⁹; e ciò sulla base della considerazione in forza della quale, soprattutto con riferimento all'ipotesi di non corrispondenza tra interesse perseguito e l'accennata finalità intrinseca della norma, quest'ultima è desumibile dal contenuto del diritto e contribuisce a stabilire i limiti della situazione soggettiva. Al riguardo, è da aggiungere come tale opinione dottrinarina abbia individuato, a suo dire, "... le differenze intercorrenti tra l'abuso del diritto e l'eccesso dal diritto: entrambi comportano uno sconfinamento dell'*agere* permesso al soggetto ma si distinguono in quanto l'abuso è apparentemente conforme al contenuto del diritto. Ciò determina che mentre nell'ipotesi in cui ricorre l'eccesso dal diritto lo sconfinamento dal contenuto del diritto è di immediata rilevabilità in quanto l'atto, oltrepassando i limiti posti, non è riconducibile al paradigma normativo, nel caso in cui sussiste l'abuso lo sconfinamento non è rilevabile immediatamente ma occorre accertare l'interesse che il soggetto vuole in concreto soddisfare esercitando le prerogative attribuite"¹⁰.

Le differenze appena indicate tra abuso del diritto ed eccesso dal diritto non paiono, in realtà, così nette, né, quindi, pare potersi ricondurre alle stesse la distinzione tra le figure da ultimo in esame.

⁷ Così PINO, op. cit., p. 161.

⁸ Così RESCIGNO, op. cit., p. 27.

⁹ V. BUSNELLI – NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in AA. VV., op. cit., p. 186 ss.

¹⁰ Così ancora BONANZINGA, op. cit., p. 4.

Segnatamente, non sembra che l'apparente conformità al contenuto del diritto non possa configurarsi anche per l'eccesso, così come conseguentemente non si ritiene che "l'immediata rilevabilità" di cui sopra possa realmente rappresentare il *discrimen* tra le due figure in questione, considerato che anche con riferimento all'eccesso dal diritto l'apparenza tradisce la realtà: in entrambi i casi, cioè, perlomeno *prima facie* l'esercizio del diritto appare conforme alla (*ratio* della) prescrizione normativa. Di conseguenza, anche avuto riguardo all'ultima ipotesi richiamata sarà necessario un giudizio in merito ad un esercizio da parte del titolare di un diritto eccedente i propri limiti (intrinseci e/o estrinseci) successivo all'uso stesso, in ultima analisi anch'esso fondandosi su un valutazione dell'interesse concreto perseguito. O meglio, non pare che l'abuso non possa mai immediatamente palesarsi al contrario dell'eccesso; si ritiene, piuttosto, che entrambe le ipotesi in esame necessitino comunque di una valutazione in concreto (e dunque caso per caso) che sia posteriore all'esercizio del singolo diritto; insomma, la non riconducibilità al paradigma normativo non potrà che in ambedue i casi che seguire la valutazione da parte dell'interprete.

Ma vi è di più. A ben ragionare, anche in considerazione di quanto appena sommariamente esposto, perfino la distinzione tra l'ipotesi di eccesso e quella di abuso pare sostanzialmente trascurabile, e ciò in considerazione di una sostanziale equipollenza giuridico-concettuale tra le stesse: qualunque abuso, in realtà, integra (anche) gli estremi di un eccesso, così come qualunque eccesso costituisce (anche) un abuso. La differenziazione appare più terminologica che fattuale, e al riguardo si prenda ad esempio il disposto di cui all'art. 833 del Codice Civile italiano relativo agli atti emulativi.

La richiamata disposizione, nello stabilire (attraverso una lettera piuttosto discutibile) che "il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri", pare infatti indifferentemente integrare tanto un abuso quanto un eccesso, concentrando il divieto degli atti d'emulazione sullo sviamento del concreto esercizio del diritto (di proprietà) dal fine o dai fini ad esso propri, in tal senso oltretutto specificando l'esclusività in senso nocivo o molesto dell'esercizio medesimo. Insomma, qualunque sia il *genus* all'interno del quale ricomprendere la fattispecie da ultimo richiamata, pare che in ogni caso gli elementi caratterizzanti la stessa siano rappresentati dalla ultroneità dell'utilizzo concreto, dalla distrazione dello scopo in pratica perseguito rispetto a quanto astrattamente previsto dal legislatore.

Sembra, dunque, potersi sostenere che non solo tra abuso ed eccesso non pare sussistano decisivi elementi differenziatori, ma che in ordine agli stessi si possa perfino argomentare nel senso di una sostanziale identità.

Sempre con riferimento all'ordinamento italiano, è da dire come il divieto a carico del titolare di un diritto di abusare della propria posizione di vantaggio possa adesso intendersi principio ispiratore immanente alla base dell'apparato ordinamentale medesimo, come peraltro ultimamente confermato anche dalla

giurisprudenza della Corte di Cassazione¹¹, e a dispetto della sua mancata espressa codificazione all'interno del Codice Civile del 1942 secondo il quale “Negli anni della sua [del Codice Civile, *ndr*] elaborazione era, infatti, diffuso il convincimento che tale figura rappresentasse un concetto di natura etico-morale e non una nozione giuridica, con la conseguenza che colui che abusava di un diritto veniva considerato meritevole di biasimo, ma non di sanzione giuridica. Il contesto culturale descritto e la preoccupazione che la certezza del diritto potesse subire un *vulnus* da parte di una clausola generale come quella dell’abuso del diritto, ha impedito l’inserimento, nella stesura definitiva del Codice civile del 1942, dell’art. 7 del progetto preliminare secondo il quale “nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto”. Il legislatore italiano ha preferito, infatti, introdurre nell’ambito del Codice civile disposizioni specifiche con cui sanzionare l’abuso in relazione a determinate categorie di diritti”¹².

A ben vedere, infatti, oltre a quanto accennato con riguardo al diritto di proprietà, anche la disciplina, ad esempio, relativa all’abuso di posizione dominante in ambito contrattuale pare decisamente rifarsi alla *ratio* sottesa all’abuso del diritto, sostanzialmente rappresentandone parimenti un diretto riflesso.

Segnatamente, l’abuso di posizione dominante rimanda al più generale contesto dell’abuso della libertà contrattuale, la cui teorica, come noto, “nasce e si sviluppa in seguito all’abbandono della visione liberale classica dei rapporti economici e per l’inadeguatezza del principio di eguaglianza formale a garantire la giustizia del contratto”¹³: laddove, in particolare, una delle parti del contratto, approfittando del proprio ruolo preminente all’interno di un regolamento negoziale, riesca ad ottenere per sé vantaggi che *a)* non gli spetterebbero in carenza del suddetto approfittamento e *b)* importano corrispondenti svantaggi per la/le controparte/controparti, si potrà conseguentemente argomentare nel senso di un abuso del diritto, segnatamente di scorretto esercizio della propria libertà contrattuale (abuso nel contratto)¹⁴.

Emblematica al riguardo la disciplina predisposta dal nostro Codice Civile relativamente alla tutela del contraente “debole” all’interno di un regolamento negoziale, in quanto privo della suddetta libertà contrattuale perché obbligato dalla legge o dalla volontà privata a contrarre. In particolare, ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c. “Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono

¹¹ Cass., 18 settembre 2009, tra le altre in *Danno e responsabilità*, 2010, p. 347 ss., ove si specifica che l’abuso del diritto rappresenta un criterio rivelatore della violazione del principio di buona fede. Sugli elementi che, a detta della stessa Corte, integrano un’ipotesi di abuso del diritto, v. nota precedente.

¹² Così ancora BONANZINGA, op. cit., p. 2.

¹³ Ancora BONANZINGA, op. cit., p. 6.

¹⁴ Al riguardo, pare opportuno specificare come per libertà contrattuale possa intendersi sia la libertà di concludere o meno un contratto (e prima ancora di scegliere la persona dell’altro contraente), sia la libertà di determinare il contenuto del contratto, sia, infine, la libertà di concludere atti c. d. atipici, ovvero tipologie contrattuali non direttamente riconducibili agli schemi previsti ed espressamente disciplinati in via codicistica.

efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza". "Nei contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, le clausole aggiunte al modulo o formulario prevalgono su quelle del modulo o formulario qualora siano incompatibili con esse, anche se queste ultime non sono state cancellate".

A tal ultimo proposito, è da segnalare, tuttavia, come parte della dottrina ritenga di distinguere la fattispecie di abuso di posizione dominante (altrimenti indicata come abuso unilaterale¹⁵) dall'ipotesi di abuso del diritto così come precedentemente configurata: in particolare, le due figure di differenzierebbero tra loro perché "Nell'ipotesi di abuso unilaterale può ritenersi che il potere economico integra il presupposto fattuale dell'abuso costituendo una condizione reale della possibilità d'abuso: la parte in posizione di maggiore forza economica riesce a imporre all'altra condizioni che altrimenti questa non avrebbe accettato. L'abuso del diritto, invece, si colloca sul piano dell'effetto giuridico presupponendo che la situazione giuridica già ricorra e consiste in uso anomalo dei poteri attribuiti al titolare".

Tali posizioni non convincono del tutto.

A ben guardare, infatti, e come peraltro già in precedenza accennato, l'abuso nel contratto posto in essere dalla parte del negozio in posizione economicamente dominante sembrerebbe non rappresentare altro che una *species* riconducibile al più generale *genus* di abuso del diritto, e cioè semplicemente una delle possibili estrinsecazioni "deviate" del concreto esercizio di un diritto da parte del suo titolare (in mala fede). E ciò perché, al riguardo parafrasando la stessa corrente dottrina che invece nega tale accostamento, il soggetto titolare del suddetto ruolo negozialmente preponderante "riesce ad imporre all'altra condizioni che altrimenti questa non avrebbe accettato" proprio attraverso un uso distorto dei poteri che la legge o altra fonte a ciò legittimata gli riconosce. Non ci si troverebbe più, come astrattamente dovrebbe essere, cioè, all'interno della fase genetica del negozio giuridico, ma ormai di fatto, sebbene ad uno stato embrionale, in quella dinamico-funzionale, riconducibile, almeno per ciò che riguarda il contesto dei contratti conclusi tra imprenditori (parte forte) e privati (parti deboli), alle esigenze ed ai ritmi caratterizzanti l'odierna economia globalizzata e, dunque, alla base della *ratio* dell'intera normativa sulla contrattazione *standardizzata*.

I c. d. contratti per adesione, contraddistinti dalle "famigerate" clausole generali di contratto, in altri termini, costituirebbero sostanzialmente già di per sé

¹⁵ Da non confondere, sempre secondo l'opinione dottrina da ultimo richiamata, con l'abuso del contratto che ricorrerebbe laddove "l'abuso non è perpetrato da una parte in pregiudizio dell'altra ma da entrambe in danno dei creditori, dei terzi o della legge". In tali casi, si sostiene, "le parti possono trovarsi in posizione paritaria in quanto ad essere pregiudicato non è il contraente debole (...) ma il terzo estraneo al contratto". Così BONANZINGA, op. cit., p. 8, e DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2004.

una forma di abuso, in particolare di abuso del diritto di predisposizione unilaterale del regolamento negoziale, che si pone come una delle principali ed inevitabili anomalie delle quali si compongono le manifestazioni più “avanzate” dell’economia moderna, maggiormente con riguardo a contesti in regime di mono o oligopolio: di fronte a quale altra reale alternativa, infatti, si troverebbe il privato al cospetto di un contratto (necessariamente) unilateralmente ed integralmente predisposto, ed in più in carenza di autentiche forme di concorrenza, se non quella di aderire al negozio in questione, seppur bilanciato all’interno del proprio contenuto dai correttivi di cui alla richiamata normativa nazionale (e, ove esistente, extranazionale¹⁶)?

2. L’ordinamento giuridico italiano non rappresenta l’unico contesto normativo all’interno del quale l’abuso del diritto non ha trovato espressa codificazione: anche in Francia, ad esempio, non vi è traccia alcuna di disposizioni direttamente regolanti la figura in oggetto, e ciò nonostante l’elaborazione dommatica giurisprudenziale e dottrinarica transalpina abbia rappresentato il primo ambito all’interno del quale la stessa sia stata richiamata. La giurisprudenza francese dell’Ottocento, in particolare, relativamente all’esercizio del diritto di proprietà sollevò la questione se il medesimo potesse configurarsi come realmente illimitato, o se, al contrario, dovessero comunque individuarsi dei limiti, perlomeno con riguardo agli atti posti in essere dal proprietario all’unico fine di arrecare danno a terzi. I giudici d’oltralpe risposero affermativamente al suddetto quesito e sancirono l’illegittimità, e dunque il divieto, degli atti d’emulazione, in quanto intollerabili dalla “coscienza sociale” e conseguentemente non ammissibili all’interno di un ordinamento solidalmente orientato; e ciò sul fondamento dell’obbligo di agire secondo buona fede di cui all’art. 1134 del *Code Civil*¹⁷, disposizione ispiratrice, sempre a detta dell’interprete da ultimo richiamato, del più generale principio che impone il divieto dell’abuso del diritto.

¹⁶ Con riferimento al contesto da ultimo richiamato non può non farsi riferimento alla direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, nonché l’art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea: “È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: a) nell’imporre direttamente od indirettamente prezzi d’acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell’applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all’accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l’oggetto dei contratti stessi”.

¹⁷ In particolare, secondo il disposto normativo dell’art. 1134 del code civil, *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.*

Una volta aver fatto “irruzione” per mano giudiziale all’interno dell’ordinamento giuridico transalpino, è il caso si sottolineare come dal punto di vista dottrinario parecchie siano state le correnti sviluppatesi in Francia intorno all’individuazione delle peculiarità tipiche caratterizzanti la figura in questione: in particolare, accanto a coloro che, ritenendo appartenere alla natura di ogni diritto anche una funzione sociale, finalità essenziale del riconoscimento del diritto stesso, ritenevano configurarsi un abuso tutte le volte in cui la condotta del titolare non rispondesse alla suddetta funzione¹⁸, si pongono coloro che identificano l’abuso con il conflitto di diritti¹⁹, chi restringe il possibile verificarsi dell’abuso solo con riferimento agli atti emulativi di cui sopra²⁰, ed infine coloro che la riconducono la problematica dell’abuso del diritto nell’ambito della responsabilità civile, in particolare nell’ambito della colpa²¹.

Con riferimento all’ordinamento tedesco, è da dire come, al contrario di quanto sommariamente specificato relativamente all’Italia e alla Francia, lo stesso si sia distinto non semplicemente come il primo contesto normativo all’interno del quale sia riscontrabile un tentativo di codificazione dell’abuso del diritto a livello codicistico, ma anche per la presenza di una disposizione che addirittura a livello costituzionale espressamente sanziona la figura in questione, sebbene limitatamente ad alcuni diritti²².

Segnatamente, da un lato, il § 226 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) testualmente prevede, non limitatamente al diritto di proprietà ma estendendolo a tutti i diritti soggettivi, il principio dell’abuso del diritto in caso di esercizio di un diritto

¹⁸ V. tra gli altri JOSSERAND, *De l’abus de droit*, Paris, 1905, secondo cui l’abuso del diritto è la condotta *contraire au but de l’institution, à son esprit et à sa finalit *; ID. *De l’esprit des droits et de leur relativit *. *Théorie dite de l’abus des droits*, Paris, 1939, p. 45; MESSINA, *L’abuso del diritto*, Napoli, 2003, p. 81. Sembra il caso di rimarcare come talora al criterio della funzione sociale sia “associato quello dell’anormalit  per cui si configura l’abuso del diritto nel caso in cui il diritto – oltre che in contrasto con la funzione sociale – sia utilizzato in modo “anormale” o “abnorme”: sussisterebbe l’ “anormalit  nell’esercizio del diritto nell’ipotesi in cui la condotta sia contraria alla destinazione economica o sociale del diritto”. Cos  ancora BONANZINGA, op. cit., p. 10.

¹⁹ DESSERTAUX, *Abus de droit ou conflit de droits*, in *Revue trimestrial de droit civil*, 1906, p. 124.

²⁰ V. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1949, § 94.

²¹ V. MAZEUD - TUNC, *Trait  théorique et pratique de la responsabilit  civile*, I, Paris, 1965, p. 647 ss.

²² Ai fini che maggiormente riguardano l’oggetto del presente studio, appare utile segnalare che la fattispecie dell’abuso del diritto   stato positivizzato anche in altri ordinamenti giuridici “minori” appartenenti all’Unione Europea: in Grecia, l’art. 25 § 3 della Costituzione del 1975 prevede un generale divieto di abuso in tema di diritti fondamentali ed inoltre l’art. 281 del Codice civile greco del 1940 stabilisce che l’esercizio di un diritto   vietato nel caso in cui ecceda manifestamente i limiti derivanti dalla buona fede o dal buon costume o dalla finalit  socio-economica del diritto, si tratta di una formulazione dell’abuso del diritto pi  ampia rispetto a quella del BGB, non richiedendo la prova rigorosa dell’elemento soggettivo. In Portogallo, l’art. 334 del Codice civile del 1966 contiene una disposizione simile a quella del Codice civile greco. In Svizzera, l’art. 2 del codice civile dispone che “il manifesto abuso del proprio diritto non   protetto dalla legge”. In Olanda l’art. 13 del Codice civile del 1992 prevede che non possono essere compiuti atti di esercizio che si traducano in abuso.

all'unico scopo di recare danno ad altri, mentre il § 242 codifica il principio generale di buona fede; dall'altro, non può non richiamarsi l'art. 18 della Legge fondamentale tedesca (*Grundgesetz*), ai sensi del quale "Chi abusa della libertà di espressione del pensiero, in particolare della libertà di stampa, della libertà di insegnamento, della libertà di riunione, della libertà di associazione, del segreto epistolare, postale e delle telecomunicazioni, del diritto di proprietà o del diritto di asilo, per combattere l'ordinamento fondamentale democratico e liberale, perde questi diritti. La perdita e la misura della medesima sono pronunziate dal Tribunale Costituzionale Federale".

Rinviando al paragrafo successivo l'analisi della disposizione da ultimo richiamata con specifico riguardo al rapporto con l'art. 17 della Convenzione dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali e con l'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea, appare in questa sede opportuno sottolineare come anche con riguardo all'ordinamento germanico un contributo decisivo ai fini dell'esatta configurazione dell'abuso del diritto sia stato negli anni apportato dalla giurisprudenza. Segnatamente, è da dire come i giudici tedeschi, sulla base di un ipertrofico utilizzo del concetto di "buona fede" di cui al summenzionato § 242 abbiano "elaborato un articolato sistema di repressione di forme di inammissibile esercizio di diritti soggettivi (...) la giurisprudenza ha dato vita ad una abbondante casistica, spingendosi ai limiti dell'attività ermeneutica e spesso assolvendo ad un vero e proprio ruolo "creativo" (...) Siffatto imponente materiale giudiziario è stato razionalizzato dalla dottrina e dalle stesse giurisdizioni superiori, in specie grazie all'individuazione e tipizzazione di gruppi di casi riconducibili al § 242"²³. Più in particolare, la disposizione del BGB da ultimo richiamata "è stata interpretata in combinato disposto con il § 157 in tema di usi contrattuali: si è evidenziato che la rilevanza attribuita agli usi nel processo ermeneutico riconduce l'attività dell'interprete ad un parametro oggettivo volto a coincidere con il significato che i consociati attribuiscono alle singole dichiarazioni di volontà, al fine di tutelare l'affidamento del destinatario"²⁴.

Anche l'ordinamento spagnolo, al pari di quello tedesco, si contraddistingue per la codificazione del divieto dell'abuso del diritto: ai sensi dell'art. 7, comma II, del *Titulo Preliminar* al Codice Civile iberico, così come modificato dalla riforma delle disposizioni preliminari medesime del 1974, infatti, "La legge non protegge l'abuso del diritto o l'esercizio antisociale dello stesso. Qualsiasi atto od omissione che, per l'intenzione del suo autore, per il suo oggetto o per le circostanza di realizzazione, superi manifestamente i limiti normali di esercizio di un diritto, con danno per i terzi, darà luogo al relativo risarcimento e all'adozione di misure giudiziali o amministrative che impediscano la continuazione dell'abuso".

Relativamente ad una disposizione di tal fatta, sembra utile, innanzitutto, rimarcare come la giurisprudenza spagnola abbia in più di un'occasione specificato,

²³ Così GESTRI, op. cit., pp. 27-28.

²⁴ Ancora BONANZINGA, op. cit., p. 12.

piuttosto discutibilmente, come i casi di abuso siano da considerare semplice eccezioni, e ciò a dispetto del vasto campo d'applicazione di cui l'articolo in esame pare astrattamente contraddistinto: la norma, infatti, indica come passibile d'abuso qualunque atto od omissione. D'altro canto, bisogna pur ammettere come parecchio arduo risulti per l'interprete stabilire, in base ad una valutazione da compiersi ovviamente caso per caso, quando un atto od omissione superi *manifestamente* i limiti *normali* di esercizio di un diritto: la lettera di una prescrizione del genere, in particolare, lascia spazio a più di una perplessità di matrice ermeneutica laddove non fornisce elemento alcuno in base al quale sia possibile inferire né il concetto di "normalità" nell'esercizio di un diritto, né, tantomeno, quando la travalicazione dei limiti suddetti possa considerarsi manifesta. Forse che abusare di un proprio diritto in maniera non particolarmente evidente sia consentito da parte dell'ordinamento iberico, e ciò sul fondamento di una sorta di gradualità del tasso di abusivismo da intendersi, dunque, come male necessario all'interno delle relazioni intersoggettive?

Al di là dei dubbi interpretativi appena sollevati, o forse proprio in forza di essi, bisogna specificare come la giurisprudenza iberica richieda, ai fini della configurazione di un abuso giuridicamente rilevante, la necessaria coesistenza di un diritto soggettivo, di un danno "arrecato ad un interesse non tutelato da una determinata situazione giuridica (...) e l' "immoralità o antisocialità" di siffatto danno, intesa in senso soggettivo - ossia il diritto è esercitato con l'intenzione di arrecare pregiudizio o senza una finalità seria e legittima - o in senso oggettivo - ossia il danno è conseguenza di un eccesso o da un'anormalità nell'esercizio del diritto. Si presuppone, in particolare, una struttura normativa a due livelli in base alla quale le azioni abusive sono azioni *prima facie* consentite ma che risultano vietate sulla base di una valutazione complessiva. La restrizione dell'applicabilità della regola permissiva - che autorizza la condotta - deriva dai principi che delimitano l'ambito giustificativo della regola stessa: la regola è, dunque, sovra-inclusiva poiché rientrano in essa ipotesi che non dovrebbero essere comprese"²⁵.

A tal ultimo riguardo, sembra tuttavia potersi condividere l'opinione di chi, in contrasto con coloro che individuano nell'abuso una sorta di meccanismo auto-correctivo del diritto con particolare riguardo alle ipotesi di applicazione ingiustificata delle suddette regole permissive²⁶, dubita invece della possibilità di argomentare nella direzione della sovra-inclusività delle stesse: non è del tutto chiaro, in particolare, la motivazione giuridica alla base della sanzione di una condotta posta in essere dal titolare di un diritto soggettivo solo perché "caratterizzata dall'*animus nocendi* o in quanto produttiva di un danno eccessivo o anormale che tuttavia non lede un interesse giuridicamente tutelato; la trasformazione del permesso in divieto supporrebbe che l'esercizio di un diritto sia sottoposto alla verifica di congruità ad un

²⁵ V. BONANZINGA, op. cit., p. 14.

²⁶ Così ATIENZA-MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004, p. 61.

fine e ciò sarebbe incompatibile con il fatto che l'attribuzione di un diritto è correlata ad una sfera di libertà qualificata, dentro la quale l'*Inhaber* può agire liberamente finché non incontrerà un limite posto dal diritto²⁷.

I sistemi di *common law* non sono caratterizzati da una configurazione autonoma dell'abuso del diritto.

Con riferimento specifico al Regno Unito, gran parte della dottrina al riguardo, infatti, tradizionalmente nega l'esistenza della figura in oggetto, e ciò sia in forza del richiamo delle sentenze della *House of Lords* che espressamente sanciscono l'irrelevanza dei motivi, anche se disdicevoli o perfino emulativi, ai fini dell'illegittimità di uno o più atti d'esercizio di un diritto²⁸, sia sulla base del comune sentire relativamente all'inesistenza all'interno del diritto inglese del principio generale di buona fede.

È da segnalare, tuttavia, come all'interno dell'opinione degli studiosi di diritto britannico si assista da recente ad un deciso mutamento di prospettiva rispetto a quanto appena indicato, segnatamente da ricondurre non semplicemente alle inevitabili influenze esercitate dal diritto dell'Unione europea anche con riguardo all'ordinamento britannico, ma da ritenersi anche come l'epilogo di un ampio dibattito dottrinario sull'ammissibilità del concetto di buona fede che, sulla falsariga di quelli ordinamenti *civil law* ove lo stesso gode di piena "cittadinanza", latente in realtà contraddistingueva una corrente minoritaria contraria ad arrestarsi passivamente su ormai anacronistiche petizioni di principio: infatti, "... è possibile rinvenire [anche all'interno del sistema inglese, ndr] significative applicazioni sostanziali delle idee generalmente riconducibili, nel quadro dei sistemi continentali, alle nozioni di buona fede [e] abuso del diritto"²⁹. Tale ultima opinione richiamata, oltretutto, trova linfa vitale nel progetto riguardante la possibilità di dar vita ad uno *ius commune* europeo: in particolare, ci si riferisce ai lavori della "Commissione Lando" che individua nel principio di buona fede uno dei capisaldi del diritto europeo dei contratti³⁰.

3. Considerazioni in parte analoghe con riferimento alla natura del concetto di abuso del diritto pare possano sostenersi anche avuto riguardo all'ordinamento

²⁷ Ancora BONANZINGA, op. cit., p. 15.

²⁸ Con particolare riguardo al diritto di proprietà v., tra le altre, *Mayor of Bradford v. Pickles* [1895] A.C. *Law Reports, Appeal Cases*, 587.

²⁹ Così GESTRI, op. cit., p. 47, ove, tra gli altri, si richiamano LAUTERPACHT, *The Function of Law in the International Community*, Hamden, Conn., 1966, p. 292 e ss.; ROTONDI (a cura di), *L'abuso del diritto*, in *Inchieste di diritto comparato*, vol. VII, Padova, 1979; O'CONNOR, *Good Faith in English Law*, Aldershot, 1990; NEVILLE-BROWN, *Is there a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law?*, in CURTIN-HEUKELS (eds.), *Institutional Dynamics of European Integration – Essays in honour of G. Schermers*, vol. II, Dordrecht, 1994, p. 511.

³⁰ Al riguardo v., tra gli altri, KOTZ, *Towards a European Civil Code: The Duty of Good Faith*, in CANE-STAPLETON (eds.), *The Law of Obligations: Essays in Honour of John Fleming*, Oxford, 1998; STEYN, *Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men*, in *Law Quarterly Review*, 1997.

europeo, senza tuttavia trascurare che tale contesto risulta contraddistinto da specifiche peculiarità 1) rappresentate da fonti normative di rango primario espressamente regolanti la figura giuridica in questione, 2) atte a caratterizzare comunque il contesto extranazionale adesso in esame come un *quid* dai confini ancora incerti ed indefiniti, e ciò in ragione di una struttura normativa ancora incompleta e settoriale³¹, e 3) riconducibili, con particolare riguardo alla figura in esame, alla più generale e complessa questione concernente le relazioni tra diritto dell'Unione europea (d'ora in avanti anche UE) e singoli ordinamenti nazionali.

A tal ultimo proposito, sembra necessario rimarcare fin d'ora come il concetto di abuso del diritto in ambito europeo rimandi ad uno dei principi cardine su cui fanno leva le libertà economiche fondamentali riconosciute al singolo dai trattati UE, e cioè il diritto di scelta tra le diverse normative nazionali³². In particolare, al singolo, proprio in nome del principio del divieto d'abuso del diritto, non potrà più riconoscersi la facoltà del c.d. *law shopping* laddove l'opzione per il diritto dell'Unione si ponga come finalità ultima l'elusione della normativa nazionale d'imperio. E proprio a tale *ratio* sembrano ispirate quelle forme di garanzia e clausole di salvaguardia a favore del diritto degli Stati membri previste, a livello legislativo e giurisprudenziale, dal diritto europeo in funzione di limiti alle libertà fondamentali ivi previste ed, in ultima analisi, all'applicazione dello stesso: si prenda, ad esempio, il citato art. 102 TFUE o quelle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea (di seguito CGUE) ove si riconosce agli Stati membri il potere di "impedire che, grazie alle possibilità offerte dal trattato, taluni dei suoi cittadini tentino di sottrarsi abusivamente all'impero delle leggi nazionali"³³.

D'altra parte, è intuitivo come da statuizioni del genere i principi del primato e della stessa certezza del diritto UE incorrano nel concreto "pericolo" di vedere pregiudicate le condizioni della propria applicabilità: nel momento, infatti, in cui si concede al diritto nazionale di prevalere, seppur a determinate condizioni e in riferimento a casi circoscritti, sulla normativa europea, la possibilità che venga scardinato, o perlomeno seriamente intaccato, almeno uno dei principi appena indicati ne costituisce *prima facie* un'inevitabile conseguenza, *a fortiori* se il giudice del singolo ordinamento deputato a sancire l'esclusione del diritto UE lo si consideri titolare di ampio potere discrezionale in tal senso. È per tali ragioni che la stessa CGUE

³¹ Che non a caso a richiesto un'intensa opera di etero-integrazione da parte della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei diritti dell'uomo con sede a Strasburgo. V. oltre.

³² Come è stato giustamente evidenziato "Le libertà economiche fondamentali sono state strutturate come libertà di circolazione all'interno dello spazio giuridico europeo ed implicano la possibilità di far transitare per gli ordinamenti nazionali i soggetti e le regole giuridiche. L'esistenza all'interno del sistema dell'Unione europea di differenti discipline nazionali consente ai soggetti economici di raffrontare i dislivelli presenti tra i diversi diritti statali e di 'scegliere' il diritto applicabile di volta in volta". LOSURDO, op. cit., p. 126, il quale oltretutto efficacemente rimarca come "La storia del divieto dell'abuso del diritto (...) è anche la storia del rapporto tra fonti del diritto...".

³³ Corte di Giustizia 3 dicembre 1974, causa 33/74, *Van Binsbergen*, in *Racc.* p. 1385.

ha provveduto a specificare che l'applicazione della norma nazionale riferentesi all'abuso del diritto "non potrebbe comunque pregiudicare la piena efficacia e l'applicazione uniforme delle disposizioni comunitarie negli Stati membri"³⁴ e che l'accertamento della condotta illecita da parte del giudice nazionale avvenga sotto il controllo della Corte di Giustizia stessa, la quale, in tal ultimo senso, ha perfino specificato i tre (presunti) indicatori cui parametrare in termini di antiggiuridicità (o meno) il comportamento ritenuto abusivo, e cioè fraudolento: l'elemento oggettivo (condotta formalmente identica a quella prevista dalla singola norma UE che permette al titolare di sottrarsi all'applicazione di altra normativa maggiormente rigorosa), soggettivo (c.d. *animus fraudandi*, inteso come volontà di perseguire un intento fraudolento) e teleologico (conseguimento un fine illecito)³⁵.

Con riguardo a quanto appena rimarcato, è da dire che è opinione comune ritenere che un'ulteriore difficoltà che i giudici di Lussemburgo hanno dovuto (in parte senza riuscirci) fronteggiare ha riguardato il tentativo di conciliare le indicate necessarie ed inevitabili restrizioni all'applicazione del diritto UE in caso di abuso dello stesso con "l'ispirazione tendenzialmente liberale delle libertà economiche fondamentali di circolazione"³⁶: considerato, infatti, che, come noto, soprattutto da Maastricht in avanti la realizzazione e la garanzia di funzionamento del "famigerato" mercato unico passa attraverso l'eliminazione pressoché totale di limiti di sorta alla circolazione di beni, persone, servizi e capitali, la previsione, di contro, di restrizioni di matrice normativa o giurisprudenziale all'indicata mobilità con riguardo ad una o più della quattro "sacre" categorie testé ricordate rischia in concreto di compromettere, perlomeno parzialmente, il compimento di ciò che a ragione può considerarsi la finalità ultima dell'intero progetto di Europa unita, appunto la creazione di un'area di libero scambio scevra da condizionamenti nazionali o da altro genere di ostacolo.

Emblematica a tal proposito sembra la posizione assunta dalla CGUE in relazione alla causa *Centros*³⁷ laddove, con riguardo al caso di una coppia danese che aveva fondato una s.r.l. in Inghilterra al chiaro intento di eludere le norme del proprio paese d'origine in materia di capitale sociale minimo, la Corte, da un canto, riconosce al singolo Stato membro "il diritto di adottare misure volte ad impedire che, grazie alle possibilità offerte dal Trattato, taluni dei suoi cittadini tentino di sottrarsi all'impero delle leggi statali", specificando, dall'altro, che le autorità dello Stato membro interessato possano adottare tutte le misure idonee a prevenire o sanzionare le frodi, sia nei confronti della stessa società, eventualmente in cooperazione con lo Stato membro nel quale essa è costituita, sia nei confronti dei soci rispetto ai

³⁴ Corte di Giustizia 12 marzo 1996, causa C-441/93, *Pafitis*, in *Racc.*, pp. I-1347 ss..

³⁵ Sembra pleonastico specificare come la semplice utilizzazione del diritto di matrice UE al fine dell'individuazione della disciplina più conveniente non integri di per sé un abuso, la cui individuazione, al contrario, non potrà che fondarsi sulla valutazione del caso concreto.

³⁶ Ancora LOSURDO, op. cit., p. 140.

³⁷ Sentenza 9 marzo 1999, causa C-212-97, in *Racc.*, pag. I-1459.

quali sia dimostrato che essi intendono, in realtà, eludere le loro obbligazioni nei confronti dei creditori privati o pubblici stabiliti nel territorio dello Stato membro interessato”: “Una soluzione di compromesso che testimoniava la difficoltà di conciliare i ‘vantaggi’ dell’integrazione dei mercati nazionali e gli ‘svantaggi’ derivanti dall’abuso delle libertà economiche fondamentali”³⁸.

Ciò che in realtà, a parere di chi scrive, pare emergere dalle soluzioni adottate dalla CGUE relativamente a casi quali quello appena indicato più che una difficoltà nella conciliazione di opposte esigenze sembra, al contrario, un maldestro tentativo di difendere “strenuamente” e a qualunque costo il compimento del mercato unico, nello specifico per il tramite della garanzia che comunque è da assicurare all’uniforme applicazione del diritto UE: a ragionar bene, cioè, i poteri riconosciuti in capo ai giudici nazionali con riguardo alla valutazione di un comportamento da ritenersi abusivo (o meno) non potranno, in realtà, mai comunque spingersi fino al punto di escludere *in toto* l’applicazione della stessa normativa europea; al contrario, sanzionare un comportamento come abusivo in prospettiva “comunitaria” rappresenta riflesso diretto di quella sorta di *longa manu* della CGUE, ed in genere, dell’intero ordinamento facente capo a Bruxelles, costituita appunto dai singoli giudici nazionali, da considerarsi in ultima analisi come garanti fondamentalmente (ed unicamente) dell’applicazione del diritto UE, e dunque posti a difesa del corretto funzionamento del mercato, in particolare tramite l’individuazione e la correzione dei comportamenti con quest’ultimo incompatibili e da quest’ultimo non tollerati. Se così non fosse si rischierebbe nei fatti di ottenere in concreto un risultato diametralmente opposto alla suddetta integrazione, attesa l’inevitabile frammentazione che ne deriverebbe da un’applicazione diversificata per mano dei diversi interpreti nazionali.

Quindi, se da un canto la specificazione da parte della CGUE secondo la quale dall’applicazione della normativa nazionale in presenza di un abuso del diritto UE non potrà comunque derivare una non applicazione di quest’ultimo appare affermazione pleonastica (per quanto rivelatrice del “vero” obiettivo perseguito dalla stessa Corte), dall’altro non può condividersi l’opinione di chi individua nel divieto dell’abuso del diritto europea come una sorta di “limite interno alle libertà economiche fondamentali in vista di un contenimento etico delle potenzialità integrative del diritto comunitario”³⁹.

Sanzionare un comportamento come abusivo secondo il diritto dell’Unione equivale in realtà ad introdurre, in particolare per il tramite dei singoli giudici nazionali, un correttivo a garanzia del buon funzionamento del mercato, e non certo un limite alle potenzialità espansionistiche dello stesso; la vittima di un abuso, di un sopruso va difesa e tutelata affinché conservi la fiducia nei confronti del sistema (economico), al fine ultimo di assicurarle dunque la possibilità di serenamente continuare ad operare all’interno dello stesso forte delle garanzie all’uopo

³⁸ Così LOSURDO, op. cit., p. 141.

³⁹ Ancora LOSURDO, op. cit. p. 145.

predisposte. In altri termini, individuare nel divieto dell'abuso un temperamento di matrice etica alla capacità fagocitante del mercato, consentendo quindi a logiche socio-solidali di (ri) entrare in gioco nel concreto (ri) assetto redistributivo della ricchezza, rischierebbe di compromettere irrimediabilmente il libero e "naturale" dipanarsi degli automatismi mercantili, conseguentemente contraddicendo l'idea stessa di Europa unita, originariamente nata, si ricordi, su ragioni essenzialmente economiche.

In conclusione, il divieto dell'abuso del diritto UE non pare certamente ispirato a ragioni *politically correct*, quanto piuttosto a strategie di matrice economico-mercantile⁴⁰.

Con riferimento adesso alla normativa di carattere primario riguardante l'abuso del diritto in ambito UE, ed in considerazione dell'adesione da parte dell'Unione europea alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di seguito CEDU) sancita dal punto 2 dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (di seguito TUE)⁴¹, pare opportuno innanzitutto richiamare l'art. 17 della stessa dal titolo "Divieto dell'abuso del diritto" e a norma del quale *Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata come implicante il diritto per 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 porre a questi diritti e a queste libertà limitazioni più ampie di quelle previste in detta Convenzione.*

Tale disposizione, sembra il caso di premetterlo, trova a sua volta il proprio fondamento ideologico, e dunque la propria ispirazione, nell'art. 30 della *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo* adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite due anni prima la promulgazione della stessa CEDU, ed esattamente il 10 dicembre 1948, e nel su citato art. 18 della Legge Fondamentale Tedesca: in particolare, ai sensi della disposizione del documento dell'ONU appena richiamato "Nulla nella presente Dichiarazione può essere interpretato nel senso di implicare un diritto di qualsiasi Stato gruppo o persona di esercitare un'attività o di compiere un

⁴⁰ A ben riflettere, nell'ottica indicata potrebbe porsi anche la normativa (nazionale e non) sulla tutela del contraente debole cui si accennato all'interno del par. 1 del presente lavoro, da interpretare, in realtà, come tutela del buon funzionamento del mercato: per il tramite di misure, come visto, rivolte alla tutela (immediata) del c.d. contraente debole, in realtà, il vero oggetto di tutela (mediata) sembra in realtà essere rappresentato dal mercato, minato al suo interno dall'assenza di rimedi atti a "neutralizzare" eventuali comportamenti abusivi nei confronti dei privati. In merito alla *ratio* essenzialmente economica alla base dell'intero ordinamento UE, sia consentito comunque rinviare a TOMASELLI, *Corte di Giustizia, primato del diritto e direttive dell'Unione europea*, Roma-Acireale, 2012.

⁴¹ Ai sensi del quale "L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati". In tema sia anche qui consentito rinviare a TOMASELLI, *Sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e sulla posizione degli accordi internazionali all'interno del sistema delle fonti UE*, in ANDÒ – VECCHIO (a cura di), *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea*, Padova, 2012, p. 253 ss..

atto mirante alla distruzione dei diritti e delle libertà in essa enunciati⁴².

Al riguardo, intanto, è da aggiungere come a conferma della diretta riconducibilità dell'art. 17 CEDU alla disposizione da ultimo citata concorra il Preambolo della stessa Convenzione, laddove dai suoi Governi firmatari viene espressamente richiamato anche l'intero documento onusiano di cui sopra: "Riaffermato il loro profondo attaccamento a queste libertà fondamentali che costituiscono le basi stesse della giustizia e della pace nel mondo e il cui mantenimento si fonda essenzialmente, da una parte, su un regime politico veramente democratico e, dall'altra, su una concezione comune e un comune rispetto dei Diritti dell'uomo a cui essi si appellano" e "Risoluti, in quanto governi di Stati europei animati da uno stesso spirito e forti di un patrimonio comune di tradizioni e di ideali politici, di rispetto della libertà e

⁴² In materia si vedano, tra gli altri, MORLOK, *L'abuso dei diritti*, op. cit.; CAFARO, op. cit.; PINELLI, *Art. 17*, in BARTOLE - CONFORTI - RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 455 ss.; LUTHIER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p. 1193 ss.; CUCCIA, *Libertà d'espressione e negazionismo*, in *Rassegna parlamentare*, 2007, p. 857 ss.; FERRANTI, *L'evoluzione della libertà d'informazione nella giurisprudenza degli organi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2004; SAPIENZA, *Recenti sviluppi in tema di garanzia della libertà d'espressione nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1995, p. 811 ss.; ROSCINI, *La libertà di esprimere dichiarazioni razziste e blasfeme nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1998, p. 95 ss.; VAN DROOGHENBROECK, *L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable?*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, p. 541 ss.; BIFULCO - CARTABIA - CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, p. 367; ARLOTTA, *La tutela dei diritti dell'uomo a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: rapporti tra normativa interna e Cedu*, in *Giurisprudenza di merito*, 2011, 3, p. 310 ss.; RAIMONDI, *Unione europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona*, in *Diritti dell'uomo*, 2010, p. 31 ss.; PENSABENE LIONTI, *Trattato di Lisbona e diritti fondamentali: nuove prospettive con riferimento alla Carta di Nizza ed al rapporto tra Unione europea e CEDU*, in *Nuove autonomie*, 2010, 8, p. 759 ss.; CARUSO - MILITELLO, *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, p. 147 ss.; PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2009, 3, p. 653 ss.; PIRIS, *Una valutazione politica del Trattato di Lisbona*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, 1, p. 179 ss.; SALVATO, *Il rapporto tra norme interne, diritto dell'UE e disposizioni della CEDU: il punto sulla giurisprudenza*, in *Corriere Giuridico*, 2011, 3, p. 333 ss.; RUGGERI, *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2010, 4, p. 869 ss.; CARUSO, *Introduzione. I diritti sociali fondamentali dopo il trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2010, 1, p. 3 ss.; DI LEO, *Il trattato di Lisbona, la disapplicazione e un ordine sistemico delle fonti nel sistema multilevel*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2010, 8, p. 759 ss.; DI FEDERICO, *The impact of the Lisbon Treaty on EU Antitrust Enforcement: enhancing procedural guarantees through article 6 TEU-L'impatto del Trattato di Lisbona sulla applicazione delle norme antitrust UE: migliorare le garanzie procedurali attraverso l'articolo 6 TUE*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2010, 4, p. 805 ss.; GUARINO, *Verso una fase costituente nella Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, 2009, 6, pp. 1287-1318; SALTARI, *Il Trattato di Lisbona, le promesse del governo inglese ed il legittimo affidamento*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, 1, pp. 239-244.

di preminenza del diritto, a prendere le prime misure atte ad assicurare la garanzia collettiva di certi diritti enunciati nella Dichiarazione universale”.

Poi, pare il caso di precisare che il contenuto della disposizione in questione è stato integralmente riversato all'interno dell'art. 54 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (di seguito, Carta di Nizza) approvata a Nizza il 7 dicembre 2000⁴³: il disposto appena richiamato, non a caso rubricato “Divieto

⁴³ Al riguardo v., tra gli altri, PAGANO, *Dalla Carta di Nizza alla Carta di Strasburgo dei diritti fondamentali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, 1, p. 94 ss.; POLLICINO - SCIARABBA, *La Carta di Nizza oggi, tra “sdoganamento giurisprudenziale” e Trattato di Lisbona*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, 1, p. 101 ss.; IMMEDIATO, *La Carta dei diritti fondamentali nella Gazzetta Ufficiale italiana*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, 3, p. 651 ss.; DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2008, 4, p. 655 ss.; PIEPOLI, *Tutela della dignità e ordinamento della società secolare europea*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2007, 1, p. 7 ss.; BRONZINI - PICCONE, *L'efficacia anticipata della Carta di Nizza: ius receptum?*, in *Diritti dell'uomo*, 2007, 2, p. 12 ss.; VETTORI, *La lunga marcia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto privato*, 2007, 4, p. 701 ss.; CELOTTO, *Giudici nazionali e Carta di Nizza: disapplicazione o interpretazione conforme?*, in *Giustizia amministrativa*, 2006, 2, p. 329 ss.; BRONZINI - PICCONE, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Diritti dell'uomo*, 2006, 2, p. 5 ss.; GRECO, *Il modello sociale della Carta di Nizza*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2006, 3, p. 679 ss.; PICCONE, *Fundamental Rights, Carta dei diritti, interpretazione conforme*, in *Rivista critica di diritto del lavoro privato e pubblico*, 2006, 3, p. 679 ss.; CELOTTO - PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *Giurisprudenza italiana*, 2005, 1, p. 427 ss.; FERRARO, *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, 2005, 2, p. 371 ss.; GIUBBONI, *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2004, 27, p. 9 ss.; FERRARO, *Costituzione europea e diritti fondamentali dell'uomo*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2004, 3, p. 443 ss.; CIPRIANI, *Diritti fondamentali dell'Unione europea e diritto d'impugnare*, in *Rassegna di diritto civile*, 2004, 4, p. 979 ss.; SANTULLI, *Sulla vincolatività della carta di Nizza*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2003, 1, p. 175 ss.; GUARINO, *La Carta dei diritti: una nuova tappa nell'evoluzione della disciplina dei diritti fondamentali*, in *Nuove Autonomie*, 2003, 4-6, p. 689 ss.; GAJA, *L'incorporazione della Carta dei diritti fondamentali nella Costituzione per l'Europa*, in *Diritti dell'Uomo*, 2003, 3, p. 5 ss.; PAGANO, *Il valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali e le competenze dell'Unione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, 4, p. 1723 ss.; GIUBBONI, *Da Roma a Nizza, ordine economico e diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Studi Urbinati*, 2002, 4, p. 435 ss.; SCALA, *L'emergere della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Giurisprudenza italiana*, 2002, 2, p. 250 ss.; MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Cassazione penale*, 2002, 5, p. 1873 ss.; MENDEZ, *Constituting rights on their own right. The Charter of Fundamental Rights of the European Union - Costituzionalizzare i diritti sui loro diritti. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, 2-3, p. 397 ss.; JACQUÈ, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: présentation générale*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002; DI BROZOLO, *L'Unione ed i diritti fondamentali: due passi avanti e uno indietro (sui diritti economici?)*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2002, 3, p. 551 ss.; FLORIDIA - SCIANNELLA, *Siamo una Convenzione. Vale a dire che cosa? Anatomia (e autonomia) della Convenzione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, 3, p. 997 ss.; FERRONI - MARCHISIO, *La giurisprudenza sul valore normativo della carta dei diritti*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, 3, p. 672 ss.; DI TURI, *La prassi giudiziaria relativa all'applicazione della Carta*

dell'abuso di diritto", infatti, sancisce che "Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciuti nella presente Carta o a imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta".

Con riferimento all'interpretazione e alla delimitazione del campo di applicazione dell'art. 17 della CEDU, è il caso di segnalare, anzitutto, come decisiva appaia l'opera ermeneutica al riguardo compiuta dalla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo, anche se è innegabile che la stessa sia caratterizzata da profonde contraddizioni a tutt'oggi ancora irrisolte: in particolare, dopo avere giustamente ribadito in più di un'occasione il legame indissolubile tra il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali e la difesa del sistema democratico⁴⁴ in nome dell'idea della c.d. "democrazia protetta" e dopo aver precisato che la disposizione in parola "riguarda esclusivamente quei diritti che, ove invocati, faciliterebbero il compimento di attività in contrasto con i valori ispiratori della Convenzione"⁴⁵, conseguentemente inducendo a restringerne l'applicazione esclusivamente ai diritti di partecipazione politica quali la libertà di pensiero, d'espressione⁴⁶, riunione e associazione⁴⁷, i giudici di Strasburgo hanno palesato evidenti limiti nella ricerca

di Nizza, in *Diritto dell'Unione europea*, 2002, 4, p. 671 ss.; ADAM, *Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2000, p. 882 ss.; CANNELLA, *La Carta dei diritti: un passo verso un'Europa democratica*, in *Questione Giustizia*, 2001, 1, p. 148 ss..

⁴⁴ "La democrazia costituisce un elemento fondante dell'ordine pubblico europeo": v. Grande Camera, 16 marzo 2006, *Zdanoka v. Latvia*, (ricorso n. 58278/00), par. 98; 8 aprile 2010, *Frodl v. Austria*, (ricorso n. 20201/04); 8 luglio 2008, *Sadak v. Turkey*, (ricorso n. 10226/03), par. 105.

⁴⁵ Grande Camera, 1 luglio 1961, *Lawless v. Ireland* (ricorso n. 322/57).

⁴⁶ "L'abuso della libertà d'espressione è incompatibile con la democrazia e i diritti umani e lede i i diritti degli altri": così Decisione della Grande Camera del 13 dicembre 2005, *Witzsch v. Germany*, (ricorso n. 7485/03), par. 3. A tal proposito, si conviene con chi (LOSURDO, op. cit., p. 112) individua nel divieto di abuso in questione un limite implicito alla libertà d'espressione e che si aggiunge a quelli espressamente sanciti dall'art. 10 della CEDU: "1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza considerazione di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, di cinema o di televisione. 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza nazionale, per l'integrità territoriale o per la pubblica sicurezza, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, per la protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario".

⁴⁷ Sembra doveroso segnalare al riguardo come l'ambito di applicazione della disposizione in esame venga esteso dalla maggior parte della dottrina, nonché dalle istituzioni UE, a tutti i diritti, e non semplicemente a quelli indicati dalla Corte di Strasburgo e di cui al corpo del testo: "l'art. 17 della Convenzione (e prima di esso l'art. 30 della Dichiarazione Universale) è sempre stato concepito, (...) per unanime dottrina quale *garanzia difensiva dell'ordine europeo*, quale norma avente la generale

di “un punto d’equilibrio tra due opposte esigenze: la garanzia piena dei diritti fondamentali e l’esigenza di difesa della democrazia dai suoi nemici”⁴⁸, in ultima analisi caratterizzando politicamente il proprio giudizio. Come è stato giustamente affermato, infatti, “All’originaria distinzione tra l’espressione di un’opinione politica o di altro genere e le concrete azioni militanti, la Corte ha sostituito progressivamente una valutazione inerente al contenuto intrinseco riprovevole dell’opinione espressa, senza prendere in considerazione o comunque mettendo in secondo piano il profilo della effettiva messa in pericolo della democrazia”⁴⁹.

Nell’opinione di chi scrive, nonostante le problematiche di non poco conto sommariamente indicate con riguardo all’art. 17 della CEDU, spunti critici e di riflessione di maggiore rilievo paiono, in realtà, potersi ricondurre all’art. 54 della Carta di Nizza, ed in generale alla Carta in sé considerata, e ciò per una serie di motivi.

Ciò che, innanzitutto, sembra doversi evidenziare riguarda l’opportunità stessa della creazione di una nuova Carta relativa ai diritti fondamentali in aggiunta alla CEDU: come, infatti, si è già in altra sede avuto modo di rilevare⁵⁰, non sembra superfluo rimarcare l’inutile duplicazione di diritti e prerogative di cui alla Carta di Nizza con riguardo a quanto già previsto dalla CEDU, nonché i concreti rischi derivanti dalla inevitabile caotica sovrapposizione tra i due documenti da ultimo citati. In altri termini, una Carta dei diritti fondamentali esisteva già, e la promulgazione di un documento alla stessa sostanzialmente analogo, per quanto giustificabile su un piano

funzione di garantire la salvaguardia dei diritti che la Convenzione enumera per la protezione del libero funzionamento delle istituzioni democratiche (Commissione, D 250/57, *Partito comunista (KPD) c. Repubblica federale Tedesca*, in *Annuaire* 1, p. 222 ss.) e tesa a non legittimare che gruppi o individui possano sfruttare a loro vantaggio i principi posti dalla Convenzione per dedurre il diritto di dedicarsi ad attività lesive degli altrui diritti e libertà: in breve, come la disposizione della Convenzione deputata ad *impedire che le libertà democratiche potessero essere invocate per perseguire finalità antidemocratiche* (CAFARO, *L’abuso di diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, op. cit., p. 319). Si tratta, come è evidente, di norma positivizzata perché idonea a riflettere quelle peculiari (e sentite) esigenze di carattere pubblicistico, sorte sul finire del secondo dopoguerra, che chiedevano di intendere l’esercizio di diritti e libertà come elemento di coesione e compartecipazione alla vita civile e che deploravano utilizzazioni abusive, offensive o addirittura distruttive delle regole della democrazia. Esigenze che, in quegli anni, interrogavano la legislazione, anche costituzionale, affinché trovasse delle manifestazioni positive traducibili in norme vincolanti, tese a porre l’organizzazione democratica in grado di difendersi da se stessa (ancora CAFARO, *L’abuso di diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, op. cit., p. 320). E tale attribuzione di significato, tale precisa portata dell’art. 17 CEDU, è stata costantemente utilizzata da parte della *Council of Europe* e della *European Commission* nelle molteplici ed eterogenee declinazioni concrete in cui si è resa necessaria l’applicazione della norma stessa”. Così PANDIMIGLIO, op. cit., p. 1089 ss.

⁴⁸ Così LOSURDO, op. cit., p. 113 ss..

⁴⁹ Ancora LOSURDO, op. cit., p. 116.

⁵⁰ TOMASELLI, *Sull’adesione dell’Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo*, cit., pp. 261-2.

più squisitamente politico, non trova la sua ragion d'essere in ottica essenzialmente giuridica. E a confermare tale discutibile circostanza sembra paradossalmente *in primis* concorrere la stessa Carta di Nizza, in particolare attraverso la statuizione di cui al punto 3 dell'art. 52 che dispone nel senso che *Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione.*

Inoltre, e ad ulteriore avallo delle perplessità innanzi avanzate, parecchi dubbi sembrano originare dal quantomeno singolare testo sulle Spiegazioni relative alla stessa Carta di Nizza⁵¹, sorta di discutibile “istruzioni per l'uso” di cui sinceramente non si sentiva certamente la mancanza, e che tuttavia contribuisce ad aumentare le incertezze di ordine ermeneutico con riguardo al documento in esame, oltre a metterne ulteriormente a repentaglio la legittimità in termini di vincolatività⁵²: tale rimando a fonti esterne alla Carta di Nizza, “le quali, sembra doversi intuire, dovrebbero costituire un precipuo strumento interpretativo dei diritti e degli obblighi previsti nella Carta stessa⁵³”, infatti, indubbiamente “tradisce” un evidente disagio applicativo (oltre che un vano tentativo di rafforzare il ruolo della Carta in esame), in particolare da ricondurre all'indicata e del tutto gratuita sua sovrapposizione con la CEDU. Appare, infatti, intuitivo che in prospettiva di stretto diritto un documento che rinvii ad un altro ai fini della propria interpretazione non può certamente considerarsi contraddistinto da un'autentica ed immediata forza vincolante, al contrario ineluttabilmente intaccata, o perlomeno seriamente depotenziata, da uno svelamento di senso *per relationem*, e dunque mediato. Parecchio esplicita al riguardo autorevole dottrina: “... a tutt'oggi il valore giuridico delle *Spiegazioni* e, in particolare, l'intensità del vincolo che esse rappresentano per l'interprete risultano ambigui. Il preambolo delle *Spiegazioni* afferma espressamente che “benché non abbiano di per sé *status* di legge, [le spiegazioni] rappresentano un prezioso strumento d'interpretazione destinato a chiarire le disposizioni della Carta”.

La stessa genesi delle *Spiegazioni* e le finalità sottese alla loro stesura e pubblicazione, come ricostruibili in particolare dai documenti relativi ai lavori della Convenzione europea, sembrerebbero avvalorare la tesi che vede le *Spiegazioni* come un ausilio per la comprensione delle norme della Carta, pur tuttavia privo di valore giuridico vincolante. A ciò si aggiunge la diversa formulazione utilizzata nell'art. 6 TUE in relazione alle disposizioni orizzontali e alle *Spiegazioni*: all'espressione secondo cui le norme della Carta devono essere interpretate ‘in conformità’ alle disposizioni orizzontali, si affianca quella, *prima facie* meno cogente, per cui

⁵¹ Gazz. Uff. UE, C-303/17.

⁵² Al riguardo non può dimenticarsi che il testo sulle “Spiegazioni”, al pari della stessa Carta di Nizza siano state entrambe originariamente pubblicate sulla sezione C della Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, riguardante, come noto, i documenti non aventi efficacia giuridica vincolante.

⁵³ Così PANDIMIGLIO, op. cit., p. 1085.

l'interprete deve tenere 'in debito conto' le *Spiegazioni*⁵⁴.

A proposito, è da dire come, con riguardo al contesto che ci occupa, il rimando di cui sopra venga operato sia dal TUE, laddove il citato art. 6 al terzo capoverso espressamente dispone che “I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni”, sia per ben due volte dalla stessa Carta di Nizza: intanto, il quinto capoverso del Preambolo alla stessa statuisce, tra l'altro, che “la Carta sarà interpretata dai giudici dell'Unione e degli Stati membri tenendo in debito conto le spiegazioni elaborate sotto l'autorità del *praesidium* della Convenzione che ha redatto la Carta e aggiornate sotto la responsabilità del *praesidium* della Convenzione europea”, mentre il punto 7 del citato art. 52 prevede che “I giudici dell'Unione e degli Stati membri tengono nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della presente Carta”. E come se non bastasse le spiegazioni innanzi richiamate paiono essenzialmente concretizzarsi, all'interno della prospettiva interpretativa in tale sede proposta, in una sorta di boomerang ermeneutico, atto ad avallare in concreto i dubbi avanzati sull'opportunità di una nuova Carta dei diritti dell'uomo: proprio la Spiegazione relativa all'art. 54 della Carta di Nizza, infatti, limitandosi a precisare che “Questo articolo [54, *ndr*] ricalca l'articolo 17 della CEDU, che recita ...”, non fa che confermare, a parere di chi scrive, la sostanziale inutilità della Carta in questione e, in ultima analisi, la sua natura fondamentalmente politica, sorta di propagandistico manifesto a presunta tutela dei diritti umani sbandierato dall'UE in chiave fondamentalmente auto-legittimante, pregno di significati non certamente giuridici, e ciò a dispetto della formale investitura come fonte primaria del diritto dell'Unione non a caso operata in sede di redazione del Trattato di Lisbona.

Ciò che anche in tal sede si contesta, in altri termini, riguarda la strumentalizzazione a fini politici dell'ambiguo e generico concetto stesso di diritti umani e della loro supposta ineluttabile ed improrogabile tutela, laddove, in realtà, spesso appare piuttosto arduo perfino considerare una determinata prerogativa o situazione come diritto a tutti gli effetti, e ciò in considerazione della mancanza di almeno uno tra i caratteri tradizionalmente ritenuti necessari a tal fine: la presenza di un tribunale all'uopo creato (in Europa la Corte europea per i diritti dell'uomo con sede a Strasburgo), l'individuazione di uno o più soggetti gravati da un corrispondente onere o dovere e la previsione di una sanzione, quest'ultimo elemento indefettibile, come noto, ai fini del riconoscimento della coattività, e cioè dell'imposizione forzata per mano del legislatore di una determinata condotta. Se a tutto questo si aggiunge la pleonastica affermazione in forza della quale la stesura e sottoscrizione di carte, convenzioni e/o documenti relativi alla salvaguardia di diritti dovrebbe coerentemente

⁵⁴ LAZZERINI, *Considerazioni sulle “Spiegazioni” relative alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2/2010, p. 3.

riguardare quegli ambiti territoriali all'interno dei quali se ne richiede con maggiore urgenza la promulgazione, senza tuttavia cadere neanche lì in sterili e ripetuti proclami, ecco che la frustrazione derivante da (la duplicazione di) una disposizione quale quella di cui all'art. 54 della Carta di Nizza si amplifica irrimediabilmente: non solo, infatti, l'articolo in questione non prevede alcun effetto sanzionatorio in caso di abuso del diritto, impietoso risultando tra l'altro il raffronto con la simile (ma non analoga) accennata statuizione propria dell'art. 18 della Costituzione tedesca, ma per di più si riferisce al contesto europeo, contraddistinto dal minor tasso di violazione di diritti fondamentali dell'intero globo, e comunque già in tal senso garantito, si ripete, dalla vigenza della CEDU. Né varrebbe l'obiezione secondo cui anche il corrispondente art. 17 della testé richiamata Convenzione presenta le medesime lacune appena riscontrate con riguardo alla disposizione della Carta di Nizza in esame: tra le due "norme", infatti, sussistono differenze di assoluto rilievo in ragione del diverso contesto storico all'interno delle quali hanno conosciuto i rispettivi natali. Appare al riguardo, infatti, quasi superfluo ricordare come l'enfasi posta sul riconoscimento e sulla protezione dei diritti dell'uomo in sé considerato di cui alla CEDU abbia rappresentato l'inevitabile e principale ricaduta riconducibile all'onda emotiva conseguente agli orrori del secondo conflitto mondiale, fortunatamente ben lungi dall'attualità della condizione del vecchio Continente.

La disposizione di cui all'art. 54 della Carta di Nizza, insomma, sembra essenzialmente risolversi in un'inutile petizione di principio, dal contenuto scontato, banalmente e sterilmente riprodotto, svelatrice di alcun senso ultimo, più enfatica doverosa chiusura d'impatto di un vacuo catalogo di presunti diritti che reale portato normativo, oltretutto prevista tra l'altro quasi a compendio di quanto contenuto all'interno della statuizione immediatamente ad esso precedente⁵⁵: da una lettura combinata delle due disposizioni, infatti, pare inevitabile concludere *a fortiori* nella direzione di un'abile operazione di *marketing* politico piuttosto che per l'attribuzione di autentico valore giuridico.

⁵⁵ Art. 53 della Carta di Nizza ("Livello di protezione"): "Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri".

