

UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE

Sede di Milano

Facoltà di Giurisprudenza

Corso di Dottorato in
Persona e ordinamenti giuridici
Ciclo XXXVIII



UNIVERSITÀ
CATTOLICA
del Sacro Cuore

L'emersione dell'abuso del diritto nella scienza civilistica europea tra il XIX e il XX secolo.

Coordinatore del corso di dottorato: Chiar.mo Prof. Andrea Nicolussi

Relatore: Chiar.mo Prof. Stefano Solimano

Co-Relatore: Chiar.mo Prof. Roberto Isotton

Tesi di laurea di:

Marco Mastrocostas

N. Matricola:

5214051

Anno Accademico 2024/2025

Sommaio

Premessa.....	4
Capitolo I.....	7
Tra passato remoto e passato prossimo dell'abuso del diritto. Le ragioni di una ricerca storico-giuridica.	7
1.1. Introduzione. Uno sguardo al passato più recente.....	7
1.2. Alla base della tradizionale divaricazione nella concezione dell'abuso del diritto.....	19
1.3. L'apparente contraddizione dell'abuso del diritto. Brevi cenni all'esperienza anglosassone. Dal diritto romano classico allo <i>ius commune</i>	28
Capitolo II	54
Il <i>Rechtsmissbrauch</i> nell'esperienza giuridica germanica.	54
2.1. Tra morale e diritto: i limiti delle posizioni soggettive.	54
2.2. Dalla positivizzazione di un divieto generale di abuso del diritto nell'ALR alle posizioni dei pandettisti.	72
2.3. Il <i>Rechtsmissbrauch</i> nel BGB. Dal progetto della prima commissione di codificazione all'applicazione giurisprudenziale.....	99
Capitolo III.....	127
L'abuso del diritto nelle esperienze latine e nel contesto svizzero. Dalla prassi giurisprudenziale al codice delle obbligazioni italo-francese.....	127
3.1. L'emersione in sede pretoria dell' <i>abus de droit</i> in Francia.....	127
3.2. Le critiche dottrinali e la teoria <i>oggettiva</i> dell'abuso del diritto di Raymond Saleilles e François Gény.....	166
3.3. L'abuso del diritto nell'esperienza giuridica svizzera. Il giudice come <i>ministro d'equità</i>	188
3.4. Epilogo	213
Indice delle fonti	227
Bibliografia	229

Premessa

La presente tesi di dottorato si prefigge lo scopo di tracciare, attraverso una disamina di carattere storico-giuridico e comparatistico, le linee evolutive del concetto di abuso del diritto nelle principali tradizioni giuridiche dell'Europa continentale, con un'attenzione focalizzata sugli ordinamenti tedesco, francese, italiano e svizzero. A completamento del quadro, l'analisi compie una fugace incursione nell'esperienza anglosassone, la quale, con il suo approccio pragmatico e talvolta refrattario alla delineazione di astratte categorie giuridiche, funge da utile termine di contrapposizione. Una scelta metodologica consapevole ha invece determinato l'esclusione dell'esperienza austriaca, in ragione del fatto che il legislatore dell'ABGB, fin dalla sua origine, operò una scelta di campo netta, decidendo di non dotare il sistema di una clausola generale sull'abuso del diritto.

L'obiettivo primario di questa ricostruzione non è meramente descrittivo, bensì critico e ricostruttivo. Si intende, infatti, mettere a nudo la profonda e costante tensione dialettica che ha caratterizzato l'epoca delle codificazioni moderne: il conflitto irrisolto tra la sacralizzazione del diritto soggettivo — elevato a baluardo dell'individuo e sintetizzato nel principio *qui iure suo utitur neminem laedit* — e le pressanti istanze di giustizia sociale, di solidarietà e di moralità che, a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, hanno progressivamente eroso il paradigma individualistico ottocentesco. La figura dell'abuso del diritto si erge, in tal senso, a cartina di tornasole di questa lacerazione, rappresentando il tentativo dell'ordinamento di porre un argine all'esercizio egoistico e antisociale di posizioni giuridiche formalmente legittime, ma sostanzialmente vessatorie o contrarie alla loro funzione economico-sociale.

Il metodo d'indagine prescelto cerca di non soffermarsi unicamente ad un'analisi puramente dogmatica o dottrinale, per calarsi invece nel laboratorio del diritto vivente. Pur senza trascurare il contributo fondamentale della scienza giuridica e del dibattito pandettistico, l'asse portante della ricerca poggia sull'esame delle fonti giurisprudenziali. È nelle aule dei tribunali,

infatti, che la tensione astratta tra norma e giustizia si concretizza in conflitti reali, ed è lì che si può osservare, in presa diretta, lo sforzo degli interpreti nel colmare le lacune o nel correggere le rigidità del diritto positivo. La giurisprudenza, in questa prospettiva, non è mera applicazione meccanica della legge, ma diviene essa stessa fonte di diritto, motore di un'evoluzione spesso sotterranea ma effettiva. Da questo punto di vista, l'approccio comparatistico disvela un panorama variegato di soluzioni. Dall'elaborazione tedesca, che nel BGB ha positivizzato con estrema cautela il divieto di atti emulativi (§ 226), per poi sviluppare, grazie a un'opera feconda della giurisprudenza di legittimità, un sistema molto più articolato e potente di limitazioni fondato sul principio di *Treu und Glauben* (§ 242) e sulla clausola dei *buoni costumi* (§ 826), si passa all'esperienza francese. Oltralpe, in assenza di un esplicito riconoscimento codicistico, è stata la prassi giurisprudenziale, a partire dal celebre *arrêt* Colmar del 1855, a forgiare la teoria dell'*abus de droit*, piegando l'apparente assolutezza del diritto di proprietà di cui all'art. 544 del *Code civil*, almeno nella sua lettura dottrinale più risalente, a un superiore principio di moralità e di equità, secondo l'insegnamento del brocardo *malitiis non est indulgendum*.

Attraverso questa analisi, la ricerca intende evidenziare come l'evoluzione della categoria dell'abuso del diritto rifletta in realtà il tentativo degli interpreti di mediare tra la rigidità del diritto positivo e le istanze concrete della società. La giurisprudenza, in particolare, si è fatta carico di colmare il divario tra formulazioni normative astratte ed esigenze di giustizia sostanziale, operando un bilanciamento tra due esigenze fondamentali: da un lato, la necessità di certezza del diritto, presupposto indispensabile per la stabilità dei rapporti giuridici ed economici; dall'altro, l'esigenza di flessibilità applicativa, che consenta di adattare le soluzioni alle specificità delle fattispecie concrete.

L'approccio comparatistico adottato non si limita a una descrizione delle differenze tra i vari ordinamenti, ma mira a comprendere le diverse strategie attraverso cui i sistemi giuridici hanno affrontato un problema comune: come contemperare l'esercizio delle posizioni soggettive con i limiti imposti dalla

funzione sociale del diritto, evitando sia derive individualistiche sia interventi eccessivamente moralizzatori.

Capitolo I

Tra passato remoto e passato prossimo dell'abuso del diritto. Le ragioni di una ricerca storico-giuridica.

1.1. Introduzione. Uno sguardo al passato più recente.

“Si ammetta per un istante il principio degli avversari: dove si giungerà? Non sarà nulla l'andare a dipingere le case dei vicini, [...], non sarà nulla costringerli di dar conto di ogni muro alzato, di ogni finestra aperta, e l'abbattere ed ottenere ogni volta che non si dimostri l'utilità; ma per essere logici bisognerà spingere ben più in là le conseguenze, e portare il sindacato di tutte le azioni umane, siano dentro i confini del diritto. [...] In altri termini, finché non vi è lesione di un diritto altrui, degli individui, o della società, non si può dire che alcuno non sia nel proprio diritto, e non vi è perciò lesione del diritto oggettivo”¹.

Con queste parole Vittorio Scialoja compendia, in una nota a sentenza nell'edizione del 1878 del *Il Foro italiano*, la sua posizione circa la sussistenza di un generale divieto di atti di emulazione nell'ordinamento nazionale e la possibilità di riconoscere un'*exceptio doli generalis* che legittimasse un sindacato giurisdizionale sull'elemento psicologico sotteso all'esercizio delle posizioni soggettive². L'occasione per il giurista torinese di

¹ V. SCIALOJA, *Commento alla sentenza del 13 dicembre 1877 della Suprema Corte di cassazione di Firenze*, in *Il Foro italiano*, 1878, pagg. 490-491. Il commento alla sentenza del giurista piemontese sarà poi ripreso ed ampliato dallo stesso nel 1892 nella voce *Aemulatio* dell'*Enciclopedia giuridica italiana*. Lo scritto sarà poi raccolto nella raccolta *Studi giuridici*, Vol. III, parte I, Anonima romana editoriale, Roma, 1932, pagg. 216 e ss.

² F. RANIERI, *Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du Civil Law*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1998, pagg. 1059 e ss. Ricostruendo il significato del termine, l'autore afferma che *exceptio doli* emerge nella dimensione processuale della tradizione del diritto romano; l'eccezione nasce con l'obiettivo di correggere l'eccessivo formalismo dell'applicazione dello *ius civile* in ottica conformativa ai canoni dell'*equitas* e della *bona fides*. “Dans le procès formulaire on l'accordait chaque fois que l'exercice d'un droit par son titulaire apparaissait évidemment contraire à l'équité compte tenu des différents accords et relations entre les parties. C'est ainsi que l'on admettait l'exception par exemple d'un pacte informel de non

intervenire sulla questione era stata offerta dalla Cassazione di Firenze, che nel dicembre del 1877, risolvendo una controversia interpretativa relativa all'ampiezza delle facoltà riconosciute dall'art. 553 del Codice civile del 1865 al comproprietario del muro di confine, aveva statuito, pur nel silenzio del

petendo ou à l'encontre de celui qui revendiquait une chose antérieurement vendue sans avoir respecté la forme prescrite par le jus civile. [...] Avec l'insertion dans la formule de l'exceptio doli, "si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat" on peut démontrer la fonction créative qui incombait au juge." Una volta superato il classico processo formulare viene superata anche la tipica duplicità tra *ius civile* e *ius honorarium*. A questo punto l'*exceptio doli* viene ricondotta ad essere uno strumento processuale volto alla tutela del convenuto e, nel quadro della compilazione giustiniana, il principio viene finalmente positivizzato: "et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicumque id, quod quaquam exceptione elidi potest, petit: nam et si inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat" (Ulpiano D. 44. 4. 2. 5). "Sa qualification de "generalis" remonte en fait à l'époque justinienne". Della successiva e diversa evoluzione che conoscerà l'eccezione di dolo nel contesto germanico e nel contesto francese si dirà in seguito (*infra*). Sulla nascita ed evoluzione dell'eccezione di dolo e della differenza rispetto all'*actio de dolo* si veda V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, XIV edizione, Casa editrice dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2012, pagg. 103-104. "La repressione del dolo fu un'innovazione pretoria rispetto allo *ius civile*; ed è innovazione che Cicerone ci descrive come avvenuta sotto i suoi occhi, per opera del giurista Aquilio Gallo". Vennero quindi introdotte un'*actio de dolo* e un'*exceptio doli*. La prima esperibile dalla vittima del doloso raggiro per l'ottenere la ripetizione di quanto prestato per l'adempimento del negozio viziato dal dolo; la seconda opponibile dalla vittima del dolo convenuta in giudizio dalla controparte per l'ottenimento della prestazione. Se l'*actio de dolo* finì per essere applicata anche a fattispecie concrete inizialmente non previste, "lo stesso svolgimento si ebbe, ed anche su più larga scala, nei riguardi dell'*exceptio doli*, la quale fu concessa ogni volta che l'esercizio di un'azione da parte dell'avente diritto rappresentasse, tenuto conto delle varie relazioni ed intese fra le parti, un'evidente iniquità. È questo il senso della distinzione che qualche testo formula opponendo una *exceptio doli specialis* seu *praeteriti* (fondata sul dolo commesso al tempo della conclusione del negozio giuridico) ad un'*exceptio doli generalis* seu *praesentis* (fondata sul dolo commesso nel momento attuale, in cui s'intenta l'azione): distinzione assai fine e certamente conforme alla casistica delle fonti". Rispetto alle continuità che presenta l'eccezione di dolo, così come elaborata dai giuristi romani, con il concetto dell'abuso del diritto si veda anche T. DALLA MASSARA, *Abuso del diritto e dolo generale: un confronto tra modelli concettuali*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Fasc. 4, Giuffrè Editore, Milano, 2016, pagg. 1169 e ss.

legislatore³, di riconoscere un generale principio di divieto di atti emulativi⁴.
In altri termini, un generale divieto di abuso del diritto⁵. Pochi mesi dopo la

³ G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Giappichelli Editore, Torino, 2012, pag. 225. Sul punto, sempre SCIALOJA, *Degli atti di emulazione*, op. cit., pag. 194. “Percorrendo tutto il nostro codice civile non si può trovare espresso in alcun luogo un precetto che condanni gli atti rivolti allo scopo di nuocere ad altri senza però lederne alcun diritto; ond'è che chi voglia ammettere quel principio deve fondarsi sull'interpretazione dell'articolo 3 delle disposizioni preliminari che ordina: ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principi generali di diritto, e deve dimostrare che in questi principi generali si contiene anche quello della proibizione degli atti di emulazione. Tale dimostrazione si suol fare in due modi: affermando cioè che nel diritto romano, fonte delle moderne legislazioni, era scritta la proibizione, e sostenendo che l'equità deve portarci alla proibizione stessa”.

⁴ G. CHIODI, *Vittorio Scialoja*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, il Mulino, Bologna, 2013, Vol. II, pagg. 1833-1837. Il dibattito dottrinale italiano intorno al concetto dell'abuso del diritto è stato a lungo influenzato dall'interpretazione di Vittorio Scialoja, il quale sosteneva la legittimità degli atti emulativi. La nascita e il declino del concetto di *aemulatio*, frutto del confuso sviluppo giuridico medievale, ribadiscono la preminenza assoluta della norma giuridica. Il codice, non prevedendo alcun divieto esplicito, sancisce la piena ammissibilità di tali atti, superando definitivamente ogni sovrapposizione tra etica e diritto. Scialoja propone un'impostazione rigidamente normativista, esigendo un'interpretazione coerente con il giuspositivismo: i principi generali e l'equità non possono contrapporsi alla mera legalità statale, unica garanzia per la tenuta generale del sistema giuridico e per la certezza del diritto.

⁵ Cass. di Firenze del 18 settembre 1877, in *Il Foro italiano*, 1878, pagg. 481 e ss. I fatti che generarono la controversia in parola sono velocemente riassumibili. Il Sig. Raffaele Sguanci aveva alzato di tre metri il muro tergale che separava la corte della sua abitazione dall'orto del vicino, il Sig. Fortunato Contini. Quest'ultimo, ritenendo che l'opera era stata realizzata unicamente a scopo emulativo, agiva in giudizio dinnanzi al Tribunale domandando la condanna alla demolizione del manufatto. Nonostante il dettato dell'art. 553 del Codice civile del 1865 stabilisse che: “ogni comproprietario può alzare il muro comune, ma a suo carico sono le spese dell'alzamento, le riparazioni pel mantenimento dell'alzata superiore al muro comune e le opere occorrenti per sostenere il maggior peso derivante dall'alzamento, in modo che il muro riesca egualmente solido”, la Corte d'Appello di Firenze accoglieva la domanda dell'attore, il Sig. Contini, ed ordinava la demolizione del muro tergale realizzata dallo Sguanci. Veniva quindi proposto ricorso per cassazione dallo Sguanci e il supremo Collegio fiorentino confermava la decisione della Corte d'Appello di Firenze sulla base di tale argomentazione: “sebbene l'articolo 553 Codice civ., facendo eccezione alla regola che vieta al condomino fare novità sulla cosa comune senza il consenso dell'altro, autorizzi il proprietario del muro ad alzarlo, questa sua disposizione deve essere coordinata con i principi di onestà naturale, che limitano l'esercizio della proprietà”. I giudici di legittimità riaffermano l'estensione delle facoltà dominicali che non debbono però essere esercitate allo scopo di nuocere all'altrui sfera giuridica. “Bene sta che il campo di questo esercizio si estenda quanto quello dell'interesse, che il proprietario di un fondo possa usarne senza curarne il danno che ne deriva al vicino, perché qui utitur jure suo nemini injuriam facit. Ma se nel fare questo egli non avesse altro fine che di nuocere senza alcun suo pro, sic hoc animo fecit ut tibi noceat, allora interviene la legge a moderare l'eccesso e l'abuso, a rendere impotente la malizia e l'emulazione, concedendo al

decisione della Cassazione fiorentina, anche la Cassazione napoletana interveniva nel dibattito intorno all'estensione delle facoltà dominicali, confermando in sostanza le conclusioni a cui erano giunti i colleghi toscani. Ma questa volta l'argomentazione intorno al "*concetto di proprietà e [al] modo come lo si deve esercitare*" era preceduta da una riflessione intorno al rapporto tra posizioni soggettive riconosciute al singolo individuo ed il "*diritto sociale*"⁶. Il diritto di proprietà, il diritto reale più importante in materia patrimoniale, si vede ridimensionato a seconda delle varie condizioni politiche e sociali. Se da un lato la proprietà rappresenta l'affermazione suprema del "*diritto individuale*", quest'ultimo non può disgiungersi, "*come non può l'individuo*", dalla società e dalle istanze che da essa si innalzano⁷.

danneggiato l'azione di dolo, doli actionem, per impedire o far demolire l'opera." A parere della Cassazione fiorentina l'origine del divieto degli atti d'emulazione sarebbe individuabile nel diritto romano e, pertanto, tale divieto avrebbe dovuto ottenere piena cittadinanza nell'ordinamento nazionale in forza dell'art. 3 delle disposizioni preliminari del Codice civile del 1865: "e deve aversi per sottinteso nel nostro Cod. civ., in ordine all'articolo 3 delle sue disposizioni preliminari, siccome quello che, oltre all'avere il suggello della moralità, deriva da purissima fonte del gius comune". Ormai accolta la ricostruzione in fatto operata dalla Corte d'Appello secondo cui il muro tergale era stato eretto dallo Sguanci al solo fine di nuocere al suo vicino, la Cassazione prosegue nella sua argomentazione. "Attesoché non è vero che la Corte, ritendendo fatto per emulazione l'alzamento del muro d'appoggio, presupponga che lo Sguanci non avesse diritto di alzarlo per un fine diverso, mentre l'articolo 553 concede quel diritto al condomino del muro senza alcuna limitazione. [...] Vide che allo Sguanci allora soltanto avrebbe giovato alzare quel muro se vi avesse appoggiato un edificio, che l'alzamento fattone per causa diversa toglieva senza sua alcuna utilità il prospetto e la luce al vicino, perciò lo dichiaro, con incensurabile giudizio, fatto per emulazione".

⁶ Cass. di Napoli del 31 maggio 1878, in *Il Foro italiano*, 1879, Vol. I, pagg. 96-99. Così la suprema Corte napoletana risolvendo una controversia in materia di chiusura di fondo e servitù di passaggio: "egli è vero che il diritto di proprietà, oltre le limitazioni derivanti dalle leggi speciali, non si debba intendere veramente assoluto, ma pure nel diritto comune trova i confini suoi propri, determinati dal principio generale sic utere tuo, ut alteri non laedas; non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri".

⁷ SCIALOJA, *Studi giuridici*, op. cit., pag. 207. Il giurista piemontese riprende le argomentazioni della decisione in parola nel commento dedicato alla sentenza del 20 febbraio 1878 della Cassazione di Palermo, precedente conforme alla statuizione della Cassazione napoletana. "Aspetti diversi di una stessa cosa, astrazioni di qualità di un oggetto medesimo, l'individuo e la società non si possono senza errore considerare come cose distinte; si può ragionare separatamente dell'uno o dell'altra, ma non bisogna mai dimenticare, quando si voglia venire ad una pratica conclusione, di unire i risultati di un ragionamento con quelli dell'altro, non bisogna mai dimenticare che di un ciò che realmente esiste non è l'uomo per sé stesso, né la società per sé stessa, ma bensì l'uomo".

Quasi un secolo e mezzo dopo, ecco che il dibattito intorno all'ammissibilità dell'abuso del diritto in ambito civilistico si riaccende. L'occasione questa volta è fornita dai giudici di piazza Cavour che, con l'ormai nota sentenza *Renault*, hanno riportato l'abuso del diritto al centro del dibattito⁸. Dinnanzi all'esercizio di una clausola del regolamento contrattuale che prevedeva la possibilità per una parte di recedere *ad nutum* dal negozio, il supremo Collegio ha ritenuto l'attivazione di tale clausola illegittima in quanto contraria ai doveri di buona fede e correttezza indicando nell'abuso del diritto uno dei possibili criteri rivelatori della violazione di tali obblighi⁹. Come è

⁸ G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, Vol. I, 2010, pagg. 11 e ss.; C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2, 2010, pagg. 341 e ss.; nonché, nella stessa opera, M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in *Rivista di diritto civile*, 56, 2010, pagg. 99 e ss.; A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Nota a Cass. 18 settembre 2009 n. 20106*, in *Il foro giuridico italiano*, 2010, pagg. 85 e ss.

I fatti che hanno originato la controversia possono essere rapidamente suntuati. Tra il 1992 ed il 1996 la società Renault Italia S.p.a. recedeva senza preavviso da una serie di contratti di concessione conclusi con alcuni concessionari di vendita. La società automobilistica aveva esercitato la facoltà prevista dall'art. 12 dei contratti conclusi con i concessionari che prevedeva la possibilità di recesso *ad nutum*.

Poiché in tale condotta era stato ravvisato un comportamento abusivo, o comunque illecito da parte della Renault, veniva fondata l'Associazione Concessionari Revocati, con lo scopo di "programmare, provvedere, sviluppare, organizzare, gestire ogni iniziativa ed attività idonea alla tutela e difesa, nonché alla rappresentanza, dei diritti dei concessionari d'auto revocati dalle case automobilistiche che (concessionari) aventi sede nel territorio italiano". L'Associazione ed i concessionari revocati convenivano, quindi, la Renault Italia S.p.a. dinnanzi al tribunale di Roma, domandando la declaratoria di illegittimità del recesso per abuso del diritto e, contestualmente, il risarcimento dei danni subiti per l'effetto dell'abusivo recesso.

⁹ Cass. 18 settembre 2010 n. 20106, in *Il Foro italiano*, 2010, Vol. I, pagg. 85 e ss. Così la Suprema corte sul rapporto tra l'abuso del diritto e il dovere di buona fede e correttezza: "i principii di buona fede e correttezza, del resto, sono entrati nel tessuto connettivo dell'ordinamento 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 febbraio 2007 n. 3462)". Secondo i giudici di Piazza Cavour, una volta collocato il dovere di correttezza e buona fede nel quadro dei valori rafforzati dal dettato costituzionale, il principio deve essere riconosciuto come corollario e come specificazione degli inderogabili "doveri di solidarietà sociale" imposti dall'art. 2 della Carta costituzionale "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 espressa mente stabilito da singole norme di legge. In questa prospettiva, si è pervenuti ad affermare che il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto

stato osservato dalla miglior dottrina civilista, nonostante le perduranti difficoltà nel definirne lo statuto teorico, l'abuso del diritto viene spesso utilizzato come efficace strumento “*per impedire che il riconoscimento di una posizione di interesse sconfini nell'arbitrio privato*”¹⁰. Da ormai più di un decennio parte della giurisprudenza giunge ad assumere il generale dovere di buona fede oggettiva, eretto alla stregua di un principio generale, come uno

equilibrio degli opposti interessi. La Relazione ministeriale al Codice civile, sul punto, così si esprimeva: (il principio di correttezza e buona fede) “richiama nella sfera del creditore la considerazione del l'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore”, operando, quindi, come un criterio di reciprocità. [...] In questa ottica la clausola generale della buona fede *ex* artt. 1175 e 1375 c.c. è stata utilizzata, anche nell'ambito dei diritti di credito, per scongiurare, per es. gli abusi di posizione dominante. La buona fede, in sostanza, serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione. Criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva è quello dell'abuso del diritto”. A questo punto il supremo Collegio appronta un decalogo degli indici rivelatori dell'abuso del diritto; una sorta di prova del nove per individuare per verificare se l'esercizio di una posizione giuridica riconosciuta dalla legge o dalla volontà delle parti possa intendersi sproporzionato e quindi abusivo. “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 contro parte”. Lungi dal presupporre una violazione in senso formale della disciplina normativa, l'abuso del diritto manifesta “l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli in dicati dal Legislatore. È ravvisabile, in sostanza, quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede”.

¹⁰ C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pagg. 744-747. Gli autori si soffermano sulla questione dell'abuso del diritto nel capitolo dedicato ai “*Rimedi e alla tutela processuale*”. Viene sottolineato come nel contesto privatistico europeo sia in corso un affrancamento dalla tradizionale distinzione tra “tutela reale e tutela personale, [...] ossia di una distinzione delle azioni ancorata alla direzione dei rimedi”. L'ordinamento europeo sembra prediligere una tutela che sia più attenta “al concreto operare della regola in funzione del soddisfacimento dell'interesse, piuttosto che alla direzione dell'azione [...]”. Ciò che interessa è [...] la cifra, in termini quantitativi e qualitativi, del soddisfacimento dell'interesse cui si perviene attraverso tale rimedio”. Un tale approdo nell'ambito degli strumenti di tutela civilistici suscita in Castronovo e Mazzamuto alcune perplessità poiché “non è certo conseguibile in astratto, in via di deduzione dalla particolare idea di rimedio come categoria autonoma che si ritenga di accogliere, ma, tutt'al più, in concreto, in via di induzione dal dato positivo a vocazione rimediale: non sembra, infatti, che l'attuale sistema di diritto privato europeo e di diritto interno autorizzi l'abbandono delle diverse forme di tutela a favore di un unitario concetto di rimedio”.

strumento attraverso il quale vagliare e sindacare le prerogative individuali¹¹. In altre parole, il dovere di correttezza travalica il campo delle obbligazioni e dei contratti e assurge come “*argine ultimo*” cui ricondurre ogni condotta privata¹². Si possono ormai rinvenire numerosi esempi di applicazione del principio di buona fede e correttezza con “*elementi o venature equitative*” con riferimento all’esercizio dei diritti che trovano la loro fonte nel contratto come, ad esempio, il diritto di recesso *ad nutum* e il diritto alla risoluzione del negozio stesso¹³. Nell’ultimo decennio i riferimenti giurisprudenziali e

¹¹ *Ivi*, pag. 746.

¹² *Ibidem*

¹³ A. NICOLUSSI, *Limiti del pacta sunt servanda, buona fede “equitativa” e dimensione sociale del contratto*, in *Jus*, 2, Vita e pensiero, 2021, pag. 393. Nell’illustrare questa contaminazione del principio di buona fede oggettiva con l’equità ad opera della giurisprudenza italiana nell’ultimo decennio, l’autore non può prescindere dal sottolineare la tradizionale distinzione tra i due concetti in parola. “La differenza tra buona fede ed equità corre sul binario della distinzione tra generale e singolare e tra parametri di condotta e parametri di valutazione dell’equilibrio contrattuale”. Costituendo una clausola generale, la buona fede attribuisce al giudice il potere di individuare da sé la regola di decisione circa una questione di responsabilità precontrattuale o contrattuale traendola da “standard extrasistematici di valutazione dei comportamenti”. Al contrario, l’equità non individua “parametri per la formazione giudiziale di regole di decisione” se non quello generico di equilibrio e proporzione tra prestazioni ed interesse delle parti. L’equità altro non è che “un criterio di giudizio rapportato a circostanze di fatto irriducibili a tipologie generali, delle quali tuttavia il giudice è autorizzato a tenere conto a seconda delle esigenze di giustizia del caso concreto”. Secondo tale ricostruzione, l’equità potrebbe coincidere con la “*giusta misura*” e la “*proporzione*” di cui l’*epieikeia* aristotelica; concetto, quest’ultimo, che non può ritenersi sovrapponibile all’*aequitas* romana. Riprendendo le parole di Luigi Mengoni, l’autore riassume efficacemente il potere attribuito dall’equità all’organo giurisdizionale: “[l’equità] investe il giudice di poteri integrativi del regolamento negoziale, indipendentemente da apprezzamenti della condotta delle parti”. A differenza del Codice Pisanelli, il Codice civile italiano del 1942 tende a tenere distinte le funzioni della buona fede e dell’equità. Riprendendo le parole di Luigi Mengoni, l’autore riassume efficacemente la distinzione principale tra il concetto della buona fede e il concetto dell’equità: “l’una [la buona fede] è un criterio di valutazione del comportamento delle parti nella fase di formazione del contratto e nella fase esecutiva; l’altro [l’equità] è un criterio di bilanciamento degli interessi applicabile come mezzo di ricostruzione in via ermeneutica del significato di un contratto dettati dagli artt. 1362 e ss. sia fallita (art. 1371: c.d. equità interpretativa) oppure come fonte di integrazione del contratto quando il testo approvato dalle parti presenti punti oscuri non esplicabili con i mezzi interpretativi o lacune non colmabili da norme del diritto positivo o dagli usi (art. 1374)”. Cfr. L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore»*, in C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI (a cura di), *Scritti I, Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, p. 347. L’equità non fornisce un parametro di valutazione del comportamento delle parti, “ma autorizza a un bilanciamento degli interessi in gioco nel contratto avente come funzione il risultato di una regola equa ed equilibrata quale l’integrazione di un regolamento che si è rivelato lacunoso”.

legislativi all'abuso del diritto nei diversi settori dell'ordinamento si sono moltiplicati¹⁴. Agli occhi della dottrina civilistica nella maggior parte dei casi il riferimento alla categoria dell'abuso del diritto appare quantomeno impreciso e non coerente con il rigore della dogmatica privatistica¹⁵. Nonostante tali imprecisioni, esigenze di giustizia in senso sostanziale portano comunque le corti italiane ad utilizzare il principio di buona fede, regola di condotta, alla stregua di un grimaldello per poter sindacare l'equilibrio contrattuale; operazione, quest'ultima, consentita per vero dalla disciplina codicistica sul contratto in generale unicamente nelle particolari ipotesi di cui agli artt. 1447 e 1448 del c.c. e nei casi di usura.

*“In sintesi, disporre di un potere non è condizione sufficiente di un suo legittimo esercizio se, nella situazione data, la patologia del rapporto può essere superata facendo ricorso a rimedi che incidono sugli interessi contrapposti in modo più proporzionato”*¹⁶. Nella succitata sentenza Renault del 2009, la Corte di cassazione ha condannato la casa produttrice di automobili in quanto quest'ultima aveva esercitato il diritto di recesso *ad nutum* dai contratti che la legavano con una serie di concessionari di vendita¹⁷. Il problema è che i contratti che legavano le parti prevedevano, per la casa automobilistica, la facoltà di recedere senza preavviso. Non potendo applicare *ratione temporis* la disciplina della Legge n. 192/1998 relativa ai contratti conclusi in situazione di “*dipendenza economica*”¹⁸, il supremo Collegio,

¹⁴ CAZZETTA, *Abuso del diritto e forma di unità del giuridico*, in *Rivista di diritto civile*, n. 3/2017, Wolters Kluwer, pag. 559.

¹⁵ CASTRONOVO, *Manuale di diritto privato*, op. cit., pag. 746. “Il problema che ancora oggi la figura in discorso pone è la ricerca di parametri positivamente fondati in base ai quali sindacare il modo in cui privati si servono delle facoltà e dei poteri loro ascritti”.

¹⁶ *Il Foro italiano*, 2010, pag. 86.

¹⁷ NICOLUSSI, op. cit., pag. 393.

¹⁸ M. BIANCA, *Diritto civile*, Vol. III, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, pagg. 366 e ss. La disciplina normativa introdotta con la Legge n. 192/1998 ha definito la nuova tipologia contrattuale generale della subfornitura in cui possono di volta in volta vari tipi di contratto come l'appalto, il subappalto, il contratto d'opera, la vendita, la somministrazione. Per subfornitore, secondo la definizione normativa, si intende la posizione di chi si impegna ad effettuare per conto di un'impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie fornite dalla committente medesima o si impegna a fornire prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica della committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti

valutando decisiva la disparità di potere contrattuale tra le singole concessionarie e la casa madre, ha ritenuto sussistere un obbligo di preavviso in capo a quest'ultima¹⁹. Non ritenendo equo il regolamento contrattuale, sembra che la Corte abbia ritenuto abusivo non tanto l'esercizio della clausola di rescissoria quanto l'utilizzo del potere contrattuale che aveva permesso di porre, in favore della casa madre, una facoltà di recesso senza preavviso dal negozio. Da tale presupposto argomentativo si spiega anche la scelta dei giudici di legittimità di correggere ed integrare la parte normativa del contratto inserendo un diverso ed ulteriore obbligo di preavviso in capo alla società Renault, dal cui inadempimento è sorta l'obbligazione risarcitoria²⁰. Viene riconosciuta dal giudice l'esistenza di nuove e diverse obbligazioni intercorrenti tra le parti che risultano tuttavia estranee dal regolamento

esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologie, modelli o prototipi forniti dalla committente. La subordinazione si coglie nei seguenti termini, ossia che l'attività del subfornitore si conforma alle specifiche esigenze del committente comportando un'impossibilità di immissione della stessa nel mercato della concorrenza. Dinanzi a questa situazione di dipendenza economica il legislatore ha deciso di apportare una disciplina specifica volta ad evitare l'abuso di tale situazione di potere contrattuale nelle mani del committente. Invero, oltre a sanzionare con la nullità qualsiasi clausola del regolamento contrattuale che permetta il recesso senza preavviso da parte del committente dal contratto di subfornitura (art. 6), il legislatore si premura di sanzionare l'abuso di dipendenza economica che può manifestarsi nell'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose. Sul punto, l'art. 9 co. 2 della Legge n. 192/1998, in deroga ai principi del diritto comune, sanziona espressamente l'abuso delle situazioni di dipendenza economica attraverso il rifiuto di contrarre o attraverso l'interruzione arbitraria del rapporto e della relazione contrattuale in atto. In tali casi, il legislatore cerca di tutelare l'impresa economicamente più debole dagli abusi dell'impresa economicamente avvantaggiata stabilendo un vero e proprio obbligo a contrarre. Resta tuttavia dubbio se tale obbligo a contrarre sia suscettibile, in caso di inadempimento, di esecuzione in forma specifica o se ci si debba accontentare di una tutela per equivalente di natura risarcitoria. Per un approfondimento intorno al contratto di subfornitura e all'abuso di dipendenza economica si veda anche CASTRONOVO, *Manuale di diritto privato*, *op. cit.*, pagg. 1061 e ss.

¹⁹ NICOLUSSI, *op. cit.*, pag. 393.

²⁰ *Ivi*, pagg. 393-394. L'autore cerca di individuare quali altri *iter* argomentativi il supremo Collegio avrebbe potuto percorrere per giustificare la decisione di condannare la casa produttrice al risarcimento del danno per inadempimento di un'obbligazione nascente da fonte contrattuale. "Si potrebbe parlare di obbligo di protezione ex bona a carico della parte forte nell'esercizio del diritto di recesso. Sennonché tale obbligo contrasta con l'autonomia delle parti che espressamente hanno previsto una facoltà di recesso non con, ma senza obbligo di preavviso. Né invocare la figura dell'abuso del diritto con riferimento al diritto di recesso appare plausibile, perché l'esercizio del diritto di recesso non può, in quanto tale, costituire abuso; mentre ragionando nei termini dell'abuso si dovrebbe giungere alla conclusione paradossale che il recesso senza preavviso configuri sempre abuso".

pattizio. E non si tratta degli obblighi accessori di protezione che nascono per effetto del contatto tra il creditore ed il debitore²¹; in questo caso, dinnanzi ad uno squilibrio contrattuale, la buona fede viene intesa come veicolo “*di un’integrazione o correzione equitativa del contratto*”²². Un ulteriore esempio di applicazione del principio generale di buona fede “*contaminato*” da venature equitative è possibile rinvenirlo nel campo del recesso dai contratti di apertura di credito²³. Invero, in base a quanto affermato dalla Cassazione, nell’ipotesi in cui il cliente della banca lamenti un abusivo esercizio del diritto di recesso da parte dell’ente creditizio, anche se contrattualmente previsto, il giudice avrebbe il dovere di verificare se tale

²¹ A. ALBANESE, *Il rapporto obbligatorio: profili strutturali e funzionali*, in *Quaderni del dipartimento di Scienze giuridiche dell’Università Cattolica del Sacro Cuore*, Libellula Edizioni, Tricase, 2014, pag. 16. Sempre sul rapporto tra violazione del principio di buona fede e correttezza e abuso del diritto, ID, *Buona fede contratto legge*, in *Europa e diritto privato*, Fasc. 1, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021, pagg. 62 e ss. Secondo l’autore la capacità della buona fede di originare nuove regole che si aggiungono a quelle previste dalla legge e dalle parti rappresenta una delle caratteristiche distintive rispetto all’abuso del diritto, “*con il quale esse è talvolta associata*”. Riprendendo anche quanto affermato da CASTRONOVO in *Responsabilità civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2018, pagg. 65 e ss., Albanese sostiene che nell’ordinamento italiano l’esercizio abusivo del diritto non porta a conseguenze giuridiche “*sulla base di una disciplina ad hoc*”. L’abuso del diritto assumerebbe rilevanza in senso meramente negativo nel senso che precluderebbe la possibilità per il titolare di invocare la norma attributiva del potere al fine di legittimare il compimento dei propri atti. In base a tale lettura, l’abuso del diritto non integrerebbe di per sé stesso una autonoma fattispecie di responsabilità ma, “*sul presupposto che sussistano tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito*”, impedirebbe che possa operare la scriminante del legittimo esercizio del diritto.

Diversamente, prosegue l’autore, la buona fede assume una rilevanza come fonte autonoma di obblighi che precedentemente non esistevano e la cui violazione comporta la possibilità di agire per la tutela degli stessi anche in assenza del verificarsi di un danno. “*In questo senso è significativo che l’abuso del diritto sia considerato di per sé illecito proprio nell’ambito delle teorie che tendono a sovrapporlo alla violazione della buona fede. In realtà, la diversa considerazione normativa che ricevono le due situazioni mette capo a differenze concettuali che impediscono in radice di assimilarle*”. Se la buona fede viene espressamente prevista dall’ordinamento come clausola generale mediante la quale l’interprete è autorizzato ad individuare la regola del caso concreto attraverso l’utilizzo di criteri “*extra-sistematici desumibili dalla coscienza sociale*”, il divieto di abuso del diritto trova la propria legittimazione, ancorché implicita, nella “*ratio della stessa norma attributiva*” della posizione soggettiva abusivamente esercitata. In questi termini, l’abuso del diritto in ambito privatistico ricorda molto la ricostruzione operata in ambito amministrativo attorno all’eccesso di potere, ipotesi di invalidità del provvedimento amministrativo, che vede proprio nello sviamento di potere uno dei suoi indici sintomatici.

²² NICOLUSSI, *op. cit.*, pag. 394.

²³ In particolare, si fa riferimento alle seguenti decisioni: Cass., 21 maggio 1997, n. 4538; 14 luglio 2000, n. 9321 e Cass., n. 6186 del 2008.

facoltà sia stata esercitata dalla banca con modalità imprevedibili ed arbitrarie²⁴. Nell'opinione dei giudici di piazza Cavour l'esercizio del diritto di recesso sarebbe da considerarsi in ogni caso abusivo tutte le volte in cui lo stesso appaia in contrasto con "*la ragionevole aspettativa del debitore*"; un legittimo affidamento, consolidatosi in ragione dei rapporti tenuti dalle parti sino a quel momento²⁵. Si tratta, un'altra volta, di una ridefinizione in chiave equitativa del contenuto del diritto di recesso e nulla importa se tale facoltà era stata configurata in termini diversi dalla libera autonomia contrattuale delle parti. Un ulteriore salto di qualità nell'impiego della "*buona fede equitativa*" da parte della giurisprudenza è possibile ravvisarlo in materia di negozi con causa di garanzia nella misura in cui permette al garante di bloccare l'esercizio della pretesa del creditore beneficiario mediante l'utilizzo dell'*exceptio doli*²⁶. Anche in questo caso la Cassazione ha ritenuto che il garante possa contestare la condotta abusiva del creditore garantito che, tutelando per via giudiziale della propria posizione soggettiva, abbia fraudolentemente taciuto situazioni sopravvenute alla fonte negoziale del diritto azionato aventi efficacia modificativa od estintiva dell'obbligazione garantita, ovvero abbia esercitato il diritto in parola unicamente per realizzare uno scopo diverso da quello riconosciuto dall'ordinamento o comunque con l'unico fine di arrecare pregiudizio alla controparte²⁷. Ma una contaminazione della buona fede in chiave equitativa che sembra travalicare eccessivamente i limiti della ragionevolezza la possiamo trovare in una recente sentenza in

²⁴ NICOLUSSI, *op. cit.*, pag. 394.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ivi*, pag. 397. L'autore fa riferimento in particolare a Cass., 18 giugno 2019, n. 16345. Così il supremo Collegio sull'interpretazione secondo buona fede della clausola di autonomia inserita nel contratto di garanzia: "l'inopponibilità delle eccezioni di merito derivanti dal rapporto principale che, come si è già detto, contraddistingue quel contratto rispetto alla fideiussione – comporta che, ai fini dell'*exceptio doli*, il garante non possa limitarsi ad allegare circostanze fattuali idonee a costituire oggetto di un'eccezione che il debitore garantito potrebbe opporre al creditore, ma debba far valere una condotta abusiva del creditore, il quale, nel chiedere la tutela giudiziale del proprio diritto, abbia fraudolentemente taciuto, nella prospettazione della fattispecie, situazioni sopravvenute alla fonte negoziale del diritto azionato ed aventi efficacia modificativa o estintiva dello stesso, ovvero abbia esercitato tale diritto al fine di realizzare uno scopo diverso da quello riconosciuto dall'ordinamento, o comunque all'esclusivo fine di arrecare pregiudizio ad altri, o ancora contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui".

²⁷ *Ivi*, pagg. 397-398.

materia di locazione²⁸. Ci si riferisce naturalmente alla sentenza della Cassazione del 14 giugno 2021, n. 16743 che ai fini della nostra elaborazione appare per vero paradigmatica²⁹. Secondo quest'ultima decisione, infatti, integrerebbe abuso del diritto la richiesta del locatore di adempimento in una volta sola dei canoni di locazione scaduti da alcuni anni rivolta nei confronti del conduttore inadempiente. Eppure, in tale occasione, le conseguenze di un tale esercizio abusivo del diritto di credito non si limiterebbero al semplice risarcimento del danno ma giungerebbero sino all'estinzione del credito esercitato. In altri termini, non si discorre più solamente di una rimodulazione o di integrazione del contenuto dell'obbligo contrattuale ma di una vera e propria ipotesi di estinzione della posizione soggettiva esercitata³⁰; un'estinzione del diritto di credito che potremmo definire “*punitiva*” e che non trova alcun riscontro nel diritto positivo³¹.

²⁸ *Ivi*, pag. 399 in nota.

²⁹ D'AMICO, *Prescrizione, Verwirkung e buona fede, tra certezze del diritto e prospettive di riforma*, in *Pactum Rivista di diritto dei contratti*, 2, 2022, pagg. 193 e ss. Ritenendo che il supremo Collegio abbia grossolanamente confuso e sovrapposto il principio di origine germanica della *Verwirkung* con l'istituto della prescrizione, l'autore si premura di sottolineare le distinzioni tra i due concetti. Se in entrambe le ipotesi è richiesto un contegno “*inerte*”, inteso come passivo od omissivo, nell'istituto della prescrizione è necessario che “il tempo dell'inerzia sia esattamente determinato dalla legge” mentre nel caso della *Verwirkung*, non essendo previsto uno iato temporale determinato da una previsione legislativa, è richiesto che l'inerzia si protragga per un periodo di una certa rilevanza. Inoltre, mentre la produzione degli effetti tipici della prescrizione dipende unicamente dall'inerzia del titolare e dal decorso del tempo, nella *Verwirkung* è richiesto che l'inerzia del titolare della posizione soggettiva abbia determinato, “in base alla concorrenza di circostanze concrete”, il sorgere di un affidamento meritevole di tutela “tale da comportare la perdita del diritto da parte del creditore, in base alla sua condotta contraria a buona fede”. Considerando che nel contesto tedesco il termine ordinario di prescrizione era stato fissato originariamente a trent'anni, non sorprende che l'istituto della *Verwirkung* nasca proprio nella giurisprudenza germanica, la quale tentò in tal modo, e con un certo successo bisogna riconoscere, di “superare le barriere rappresentate dalla prescrizione, che lasciava per un tempo eccessivamente lungo il debitore sguarnito di tutela ed esposto all'incertezza della propria situazione, a fronte dell'altrui inerzia”. Sempre a commento della citata sentenza, si veda anche ID, *Buona fede ed estinzione (parziale) del diritto di credito*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 5, 2021, pagg. 1164-1170.

³⁰ NICOLUSSI, *op. cit.*, pag. 399 in nota.

³¹ ID, *Le obbligazioni*, Wolters Kluwer, Milano, 2021, pagg. 105-108. Se il diritto di credito deve intendersi in linea di principio rinunciabile, la disciplina Codice civile dedicata ai modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento remissione pone dettagliatamente le condizioni e i limiti in cui può operare la rinuncia. L'art. 1236 c.c. dispone che la dichiarazione resa dal creditore di rimettere il debito estingue l'obbligazione quando è comunicata al debitore, a meno che

1.2. Alla base della tradizionale divaricazione nella concezione dell'abuso del diritto.

Tuttavia, a ben vedere, una tale applicazione equitativa della buona fede non è estranea al diritto privato europeo, in particolare alla giurisprudenza tedesca. Se il principio di buona fede in senso oggettivo, inteso come regola generale di condotta imposta ad entrambe le parti, si è ormai saldamente affermato in tutti gli ordinamenti privatistici dell'Europa continentale³², non può mancarsi di sottolineare che lo stesso si è differentemente sviluppato nell'ambito delle due principali esperienze giuridiche europee: quella francese e quella germanica. Il principio di buona fede può ritenersi a buona ragione come uno degli “*elementi essenziali*” del diritto continentale europeo; esso trova le sue origini nella *bona fides* della contrattualistica romana e, in particolare, nel diritto contrattuale così come emerso dai *bonae fidei iudicia* e dall'*exceptio doli* del processo formulare³³. A differenza dell'*exceptio doli praeteriti*, l'eccezione di dolo generale del diritto romano non fa riferimento al classico dolo di una parte posto in essere a danno dell'altra nel momento in cui è sorto l'atto giuridico³⁴. L'eccezione in parola si riferisce ad “*un dolo impropriamente detto*”³⁵ riferibile all'attore che agisca a tutela di una propria

quest'ultimo dichiara in un termine congruo la volontà di non volerne approfittare. L'ordinamento riconosce come meritevole di tutela l'interesse del debitore all'estinzione della propria obbligazione mediante l'esatto adempimento. Sia che si propenda per la natura unilaterale o contrattuale, la dichiarazione di remissione costituisce sempre un atto negoziale che presuppone la capacità di agire del creditore. “Sarà, pertanto, sempre necessario che il creditore sia capace di agire, costituendo la remissione un atto che determina la perdita del diritto. Tanto più che per principio generale le rinunzie non si presumono e quindi richiedono una manifestazione di volontà”. Se in base all'art. 2726 c.c. le norme stabilite per la prova testimoniale dei contratti devono applicarsi anche al pagamento e alla remissione, l'ambito di operatività della remissione tacita, ossia mediante comportamento concludente, così come riconosciuto dalla giurisprudenza, appare assai stretto. In ogni caso, continua a suscitare non poche perplessità in dottrina l'idea che, anche fuori dall'ambito di applicazione dell'istituto della prescrizione, l'inerzia del titolare possa portare all'estinzione del diritto di credito. Sul punto, si veda anche ORLANDI, *Ermeneutica del silenzio*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 5, 2021, pagg. 1179-1185.

³² CASTRONOVO, *Manuale di diritto privato*, op. cit., pag. 495.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ RANIERI, *Eccezione di dolo generale*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Vol. VII, Utet, Torino, 1991, pag. 312. “Come è noto, in diritto romano la *exceptio doli*

posizione giuridica che, se ottenuta, nonostante la sua conformità al dato normativo positivo, in ragione del fascio di relazioni ed affidamenti sorti nel rapporto, porterebbe ad una soluzione iniqua della controversia. Nel contesto giuridico tedesco è possibile riscontrare una certa continuità tra le antiche applicazioni dell'*exceptio doli* tipiche del diritto romano classico e i più recenti (o meno) orientamenti giurisprudenziali sul terreno del principio generale di buona fede e correttezza di cui al § 242 del BGB³⁶. Nell'ordinamento tedesco, al concetto di *Treu und Glauben* viene attribuita una capacità semantica addirittura superiore a quella della buona fede romana³⁷. Anche prima dell'entrata in vigore del BGB e nonostante il fatto che i pandettisti non vedessero con favore l'eccezione di dolo, conformati com'erano con l'orientamento positivista e formalista della scienza giuridica del tempo, i giudici tedeschi non mancarono di far ampio ricorso al principio della *bona fides* contrattuale e alla figura dell'*exceptio doli*, anche in ipotesi non previste espressamente nel *Corpus iuris*³⁸. A dimostrazione di quanto tali

generalis si riferisce non già ad un vero dolo commesso in danno del convenuto nel momento in cui è sorto l'atto giuridico sul quale la domanda giudiziale è fondata (*exceptio doli praeteriti*), ma ad un dolo impropriamente detto, imputato all'attore chiede una condanna che, sebbene conforme allo stretto diritto, tuttavia, tenuto conto delle varie relazioni ed affidamenti sorti tra le parti, riuscirebbe iniqua (*exceptio doli praesentis*)". Sul ruolo svolto dall'eccezione di dolo generale nella dottrina e nella giurisprudenza italiana si veda anche L. GAROFALO, *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, Cedam, Padova, 2006.

³⁶ CASTRONOVO, *Manuale di diritto privato, op. cit.*, pag. 496. Riportando il contributo di Ranieri, Castronovo e Mazzamuto ricordano come soluzioni giurisprudenziali, "*spesso più che audaci*", abbiano contribuito a realizzare nel giro di un secolo, "un imponente complesso normativo extralegale, che ha profondamente influenzato il diritto applicato tedesco".

³⁷ MENGONI, *Problemi della disciplina, op. cit.*, p. 350. L'autore si sofferma sulla distinzione tra l'ordinamento italiano e l'ordinamento tedesco rispetto alle previsioni normative che regolano l'integrazione del regolamento contrattuale: "nel diritto tedesco la mancanza di una norma corrispondente al nostro art. 1374 è supplita da una potenzialità semantica del principio germanico di *Treu und Glauben* (par. 242 BGB) superiore a quella del principio romano di buona fede". Se il principio di *bona fides* nella concezione romanistica è caratterizzato univocamente da postulati etici che costituiscono regola di valutazione del contegno delle parti ai fini di un eventuale giudizio di responsabilità, oltre a tale aspetto *der Begriff Treu und Glauben* costituisce una direttiva per "un equo e giusto bilanciamento degli interessi" che si traduce nell'attribuzione in favore del giudice di un vero e proprio potere di controllo del contenuto del contratto.

³⁸ RANIERI, *Bonne foi et exercice du droit, op. cit.*, pagg. 1064-1065. "En continuation avec la tradition antérieure de usus modernus pandectarum, la figure de l'exception de dol générale subsiste en fait dans la doctrine juridique et dans la pratique judiciaire de l'Allemagne du XIXe siècle. En vérité, les professeurs de l'École des pandectes

soluzioni equitative si fossero radicate nella giurisprudenza tedesca, in Renania, ove il *Code civil* sarebbe stato applicato fino all'entrata in vigore del BGB il primo gennaio del 1900, e nelle regioni prussiane dove vigeva l'ALR, i tribunali tedeschi fecero ampio ricorso alla figura dell'*exceptio doli*³⁹. Dall'altra parte, nell'ordinamento francese e in quelli latini in generale, in continuità con l'aspirazione giusnaturalistica della moderna codificazione, l'idea di una buona fede avente portata normativa autonoma, ossia strumento diverso e alternativo in mano al giudice per correggere gli effetti iniqui di una clausola contrattuale e di una norma di legge, non è riuscita ad affermarsi⁴⁰. Nel XVIII secolo il recepimento del diritto romano comune non può certo dirsi omogeneo sul Continente⁴¹. Come ben osservato da Filippo Ranieri, se nell'area germanica permane la distinzione tipica delle fonti romane tra contratti *bonae fidei* e *stricti iuris*, e con essa l'operare dell'eccezione di dolo, il diritto francese ci offre un quadro ben diverso⁴². A partire dal XVI secolo si

n'appréciaient pas beaucoup cette institution, conformément à l'orientation positiviste et formaliste de la science juridique de l'époque. Dans la première moitié du siècle, l'opinion prépondérante dans la littérature influencée par le pandectisme ne voulait l'admettre que dans les hypothèses spécifiques émergentes de la casuistique des textes du Corpus juris. Dans la deuxième moitié du siècle, une grande majorité des auteurs nie l'existence de l'institution dans le droit romain actuel-notamment sous l'influence de l'abandon définitif par les professeurs de l'époque de la catégorie de l'*exceptio*, qu'ils substituent à une reconstruction en droit matériel des solutions opes exceptionis données dans les sources romaines". Circa l'applicazione giurisprudenziale dell'eccezione di dolo nel contesto giuridico europeo continentale si veda *infra*. Con particolare riferimento all'ARL e la prassi giudiziaria prussiana, si veda A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa, Le fonti ed il pensiero giuridico*, Vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pagg. 236 e ss. Nonostante la promulgazione dell'*Allgemeines Landrecht für die Königlich-Preussischen Staaten* del 5 febbraio 1794 porti formalmente all'abrogazione *in toto* delle fonti del diritto previgente, non si può certo dire che nel Regno di Prussia scompaia il tradizionale dualismo *ius commune-iura propria*. Da questo punto di vista l'ALR si pone esso stesso come nuovo diritto comune in quanto va a sostituirsi al diritto romano nella funzione di "*normativa generale sussidiaria*" rispetto al corpo delle consuetudini delle province e agli statuti delle città.

³⁹ Ivi, pag. 1066. L'autore fa riferimento alla rassegna degli arresti della giurisprudenza tedesca in tema di *exceptio doli generalis* negli ultimi decenni del XIX secolo e i primi anni del XX secolo compiuta da O. WENDT, *Die Exceptio doli generalis im Heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, Vol. I, 1906, pagg. 259 e ss.

⁴⁰ CASTRONOVO, *Manuale di diritto privato*, op. cit., pag. 496.

⁴¹ CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa, Le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. I, Giuffrè Editore, Milano, 1982, pagg. 383 e ss.

⁴² RANIERI, op. cit., pagg. 1060-1061. "Dans l'usus modernus pandectarum allemand on continuait à faire, en parfaite harmonie avec les sources romaines, la distinction

vede affermarsi nell'*Ancien droit* francese la massima secondo la quale tutti i contratti sono conclusi *bonne foi*⁴³. Se tutti i negozi devono intendersi così conclusi ed affermata la massima secondo cui l'equità informa tutto il diritto, il principio di correttezza vede inevitabilmente modificata la sua funzione. In altre parole, dinnanzi al recepimento "*tutto interno*" all'ordinamento, la *bona fides* va a costituire un tutt'uno con la disciplina privatistica, e con le fonti romanistiche che vengono intese dal diritto d'Oltralpe unicamente come *ratio scripta*, è naturale che istituti che trovavano la propria legittimazione nella realizzazione dell'*aequitas*, anche al di fuori del semplice perimetro dello *ius scriptum*, non poterono più trovare cittadinanza nel sistema giuridico. L'eccezione di dolo si trasformò presto in un cimelio ormai dimenticato⁴⁴.

entre les contrats bonae fidei et les contrats stricti juris, notion à laquelle était rattachée la figure juridique de l'exceptio doli generalis. Cela reste valable jusqu'à la période de l'Ecole des pandectes. Par contre, dans l'Ancien droit français, la situation se présentait de façon bien différente".

⁴³ ID, *Eccezione di dolo*, op. cit., pag. 314. Circa l'evoluzione del concetto di buona fede che tra i secoli XVI e XVII, con particolare riferimento allo *ius mercatorum*, viene a identificarsi con il concetto di "*legalitas*", si veda G. P. MASSETTO, *Buona fede nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Utet, Torino, 1988, pag. 149. "Così Stracca poteva ormai porre, nel Cinquecento, questa lealtà (*bona fides*) tra i requisiti fondamentali per i "*boni mercatores*" [...] i quali debbono osservare "*quae placuerunt*" ed essere allieni dalle cavillazioni, esperti, "*callidi, sine dolo*", ovvero come già Baldo aveva detto, con una frase che non può che richiamare l'attenzione: "*bona fides id est legalitas quae potissime requiritur in his qui plurime negotiantur et in his non differt pactum nudum a stipulatione*". La buona fede, dunque, viene identificata con la "*legalitas*": ne consegue che, nella sua considerazione, non può prescindere dal rispetto della legge e che, nel campo mercantile, il patto nudo non differisce dalla "*stipulatio*". [...] I giudici, in altre parole, pur non potendo prescindere dal rispetto delle regole giuridiche, dovevano avere ben presente, nell'esercizio delle loro attività, la particolare natura e le particolari esigenze della prassi mercantile che mal sopportava gli ostacoli e le pastoie, nonché quello che le parti avevano effettivamente voluto".

⁴⁴ RANIERI, *Eccezione di dolo*, op. cit., pag. 314. "Numerosi risultati equitativi che la prassi romano comune giustificò con una *ex. doli gen.*, avevano del resto già trovato riconoscimento in Francia nella legislazione reale dei sec. XVI e XVII. Fondamentale pare poi la circostanza che le fonti romane dell'*ancien droit* francese furono recepite solo come *ratio scripta*: in particolare la casistica delle fonti e le categorie processuali in queste ricorrenti furono viste come mere "*subtilitates*"; l'"*aktionrechtliches Denken*", di cui la figura dell'*ex. doli* costituisce una tipica testimonianza, scomparve dal linguaggio dell'*ancien droit* francese dei sec. XVII-XVIII, in cui, a differenza dell'*usus modernus* tedesco, si osserva il passaggio da una sistemazione processuale ad una ricostruzione sostanziale delle regole romane". A tal proposito, l'autore osserva alla stessa conclusione siano arrivati alcuni dei primi commentatori francesi del *Code civil* come C. M. B. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, Vol. VI, Paris, 1824, n. 89, pagg. 90-91. Invero, nelle pagine dedicate all'elemento soggettivo del dolo come causa di nullità delle

C'est sur l'équité que sont fondées ces règles de droit que nous a transmises la sagesse des jurisconsultes romains, et qui ne sont pour la plupart que des développemens de ce grand précepte de la sagesse divine, ne fais pas à autrui ce que tu ne veux pas qu'on te fasse à toi-même. Il est contraire au droit naturel de s'enrichir au détriment d'autrui⁴⁵.

In questo quadro si inserisce con forza l'esperienza delle codificazioni illuministiche e il dogma della volontà di matrice giusnaturalistica⁴⁶. Il particolarismo giuridico tipico del diritto comune inizia a soffrire di una crisi di credibilità prima ancora che di funzionalità⁴⁷. Le nascenti dottrine giuridiche volte a legittimare forme di potere autocratico si pongono necessariamente in contrasto con la tradizionale pluralità delle fonti⁴⁸. L'ideologia illuministica, con i suoi tipici sentimenti di avversione e diffidenza nei confronti del ceto dei magistrati e del loro lavoro e con l'esaltazione più intensa dell'obiettivo finale della certezza del diritto, tende a rifuggire dagli strumenti dell'*aequitas* che caratterizzavano la prassi giudiziaria romana comune come le altre sue "*massime equitative tralatizie*"⁴⁹.

L'équité est donc toujours le supplément des contrats mais il faut se souvenir de cette règle première, qu'on ne doit pas violer les conventions en cherchant une équité purement imaginaire. Il en est des conventions comme

convenzioni, il giurista bretone compie alcune riflessioni circa l'eccezione di dolo: "Ce qui caractérise le dol, c'est l'intention de tromper. Il n'y a point de dol proprement dit, lorsqu'une partie a été trompée sans que l'erreur puisse être attribuée à personne, comme dans le cas où le vendeur ignorait les vices de la chose vendue, ou dans le cas de la lésion énorme. Cette raison subtile était imaginée pour procurer au défendeur l'exception de dolo, sans laquelle il n'eût pu repousser la demande; mais, dans notre jurisprudence, toutes les actions sont de bonne foi, et nous n'avons pas besoin de cette subtilité".

⁴⁵ TOULLIER, *op. cit.*, n. 338, pag. 371.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, Vol. II, *op. cit.*, pag. 39.

⁴⁸ *Ibidem*. "L'idea di fondo non è più quella della natura universalmente cristiana dagli Stati e del diritto, ma quella del primato laico dell'organizzazione politica e civile. E laicizzazione dello Stato significa anche autosufficienza di ciascun Stato quanto alla produzione del proprio diritto: l'universalismo medievale, insieme al pluralismo, è sgretolato dal nazionalismo moderno".

⁴⁹ RANIERI, *Eccezione di dolo*, *op. cit.*, pag. 314. A sostegno di tale ricostruzione, l'autore ricorda come né ALR prussiano del 1794 né nell'ABGB austriaco nella versione originaria del 1811 si faccia menzione della buona fede contrattuale e che, per tale ragione, solo negli ultimi decenni la dottrina e la giurisprudenza austriaca, sulla falsariga dell'esperienza tedesca, siano tornate a parlare esplicitamente di *exceptio doli*.

des lois; quand elles sont claires, il ne faut pas en éluder la lettre, sous prétexte d'en revenir à l'équité et à la bonne foi⁵⁰.

Contestualmente, sotto l'influenza del volontarismo, il concetto ed il significato stesso di *bona fides* subiscono un'ulteriore trasformazione⁵¹. Nella concezione volontaristica del diritto privato della scuola giusnaturalistica dove tutti i rapporti giuridici ruotano attorno al negozio e all'atto illecito, non possono trovare spazio ulteriori elementi “dinamici” come una buona fede contaminata da venature equitative⁵². In altri termini, con l'assorbimento della buona fede nel momento volitivo del negozio, nel momento della

⁵⁰ TOULLIER, *op. cit.*, n. 338, pag. 372. Tale ricostruzione sembra essere mutuata da quanto asserito in tema di buona fede da J. Domat. Invero, come ricorda MASSETTO, *op. cit.*, pagg. 151-152: “anche gli appartenenti alla cosiddetta scuola del diritto naturale furono particolarmente sensibili all'idea della “fides”, della “bona fides” e dell’“aequitas”, vere “idee forza”, le cui regole vennero individuate come il “mezzo per connettere il diritto di natura al diritto positivo”. [...] Anche la lettura dell'opera di Jean Domat offre preziosi spunti in materia di buona fede: “lex loix qui ordonnent la bonne foy, la fidélité, la sincérité, et qui defendent le dol, la fraude, et toute surprise, sont des loix dont il ne peut y avoir ni de dispense, ni d'exception”: esse rientrano dunque nella categoria delle leggi immutabili, di quelle leggi che, proveniendo dalla “naturalis ratio”, racchiudono quei precetti universalmente et eternamente validi che ogni uomo avverte. [...] Si tratta di principi applicabili ad ogni sorta di convenzione, e che debbono ispirare tanto il modo di esprimersi delle convenzioni stesse, quanto il modo di eseguirle. [...] Le idee, in tal modo elaborate dai giusnaturalisti, idee che racchiudono e, al tempo stesso, esprimono istanze di umana solidarietà, ispirano anche le codificazioni ottocentesche, svolgendo un'importante funzione, almeno sotto il profilo ideologico. Infatti, le norme che impongono di seguire le convenzioni in buona fede e che attribuiscono all'equità l'efficacia di integrare il volere contrattuale, valgono a temperare l'individualismo che costituisce il principio di fondo delle codificazioni moderne: un individualismo che trova la sua espressione nel dogma della assolutezza della proprietà privata ed in quello dell'autonomia della volontà dei privati in campo contrattuale”. Si veda anche quanto affermato da un altro commentatore C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Vol. XXIV, Auguste Durand Libraire, Paris, 1868, n. 393, pagg. 370-371. “Enfin, d'après le troisième alinéa de l'article 1134, les convention doivent être exécutées de bonne foi. Cette disposition est générale; et elle s'applique à toutes les conventions; c'est que notre droit français n'a jamais admis la distinction que le droit romain avait faite entre les actions bonae fidei et les action stricti juris [...] distinction dont le principe est étranger à nos institutions”. La buona fede è l'anima delle relazioni sociali e, per tale ragione, deve sempre presiedere l'esecuzione delle convenzioni che le parti hanno concluso. Ad ogni modo, l'interpretazione dei contratti non può mai spingersi fino al tradimento della volontà delle parti. “Et c'est toujours, en effet, le devoir du juge, id officio eius contineri, d'interpréter la convention et d'en ordonner l'exécution, conformément à l'intention des parties, eu égard au but qu'elles se sont proposé d'atteindre”.

⁵¹ RANIERI, *Eccezione di dolo*, *op. cit.*, pag. 314.

⁵² *Ibidem*.

volontà, la clausola generale di correttezza diviene unicamente un canone di interpretazione e di esecuzione della volontà delle parti⁵³. Considerata la l'influenza che il *Code civil* ha esercitato in tutti gli ordinamenti privatistici che si sono sviluppati sul sentiero giuridico da esso tracciato, non deve sorprendere che, nonostante l'esempio tedesco, l'idea di una portata normativa autonoma della buona fede in grado di correggere le iniquità derivanti da una norma legislativa o contrattuale non abbia riscontrato alcun successo⁵⁴. È proprio a tale originaria divaricazione verificatasi nelle due principali esperienze giuridiche del Continente intorno al significato e al ruolo della buona fede in senso oggettivo che dobbiamo una differente ricostruzione in termini giurisprudenziali e dottrinali della figura dell'abuso del diritto; la distinzione tra la concezione dell'abuso del diritto definito alla stregua degli atti emulativi e dell'eccezione di dolo tipica della tradizione tedesca, e la figura dell'abuso del diritto ricostruita in termini "oggettivi", vale a dire sullo stesso schema dello sviamento e dell'eccesso di potere di matrice pubblicistica, tipica, invece, della tradizione francese:

Precisata anche meglio col confronto e la critica di altre concezioni, possiamo concludere osservando come, prendendo la formula nel suo uso volgare e corrente (come è necessario trattandosi specialmente d'un concetto giurisprudenziale) già sia possibile distinguere i casi di applicazione nelle seguenti due categorie:

1. Atti che mantenendosi entro i limiti obbiettivi stabiliti dalla legge per l'esercizio di un diritto, siano esercitati con l'unico scopo di nuocere altrui. In tal caso il giurista non può che indagare la liceità o meno del diritto positivo, salvo eventualmente porre in luce i difetti della disciplina vigente ed additarne i rimedi o le riforme.
2. Atti, e sono i più numerosi, i più vistosi e di maggiore importanza sociale, i quali pur rientrando nell'esercizio di un diritto qual è stato già forgiato dalla legge in conformità a quella ch'era un tempo la coscienza giuridica comune, oggi all'incontro siano riprovati dal comune senso giuridico⁵⁵.

⁵³ Anche MASSETTO, *op. cit.*, pag. 152, osserva come gli artt. 1134 e 1135 del Codice napoleonico rappresentino un vero e proprio compromesso in quanto "da un lato [il *Code civil*] consacra l'autonomia negoziale, dall'altro afferma la necessità della buona fede nella fase dell'esecuzione negoziale, e riconosce nell'equità, oltre che negli usi e nella legge, una causa di obbligazioni sussidiarie".

⁵⁴ RANIERI, *Eccezione di dolo*, *op. cit.*, pag. 314.

⁵⁵ M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, Società Editrice Libraiia, Milano, 1923, pag. 21.

Ad ogni modo, dal punto di vista comparatistico è possibile individuare un comun denominatore in tutte le ricostruzioni offerte negli anni della figura dell'abuso del diritto. Invero, l'idea di interdire l'esercizio di una posizione giuridica riconosciuta dall'ordinamento come sanzione nei confronti di chi la eserciti slealmente o in contrasto agli affidamenti sorti dal contegno tenuto fino a quel momento dalle parti è riscontrabile *in nuce* in tutte le esperienze giuridiche europee continentali⁵⁶. Se tale idea si sia radicata in ragione della tradizionale e sostanziale continuità tra gli istituti di diritto romano e l'ordinamento tedesco o in ragione di una rilettura del diritto positivo in conformità ai dettami del cattolicesimo⁵⁷, il risultato applicativo finale non può certo dirsi così diverso. Trattare distintamente l'*exceptio doli generalis* (e la sua diretta evoluzione del *Rechtmissbrauch*) dall'*abus de droit* appare

⁵⁶ RANIERI, *op. cit.*, pag. 330. "I dati comparatistici sopra presentati permettono di formulare alcune considerazioni conclusive sul nostro tema. Si può in effetti constatare come l'idea della preclusione dell'esercizio di una posizione giuridica formale quale sanzione nei confronti di chi faccia valere il proprio diritto in maniera sleale o contraria agli affidamenti fatti nascere dal proprio comportamento nella controparte, è come tale presente in maniera ubiquitaria in tutti i sistemi giuridici d'Europa continentale".

⁵⁷ A tal riguardo, si veda *supra* quanto asserito da Toullier (nota numero 45) ma soprattutto quanto affermato sul terreno della responsabilità civile di cui all'art. 1382 del *Code Napoléon* J. B. SOURDAT, *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, Vol. I, De Cosse, Paris, 1852, n. 439, pagg. 334-335. "Nous pensons cependant qu'il y aurait véritablement faute et délit, dans le sens de l'article 1382 du Code civil, de la part de celui qui, ayant plusieurs manières d'exercer son droit, aurait choisi, sans nécessité et dans le dessein manifeste d'enrichir, celle qui peut être préjudiciable à autrui. Il en serait de même de celui qui n'aurait accompli ce qu'il a droit de faire que dans le but de nuire, et sans intérêt pour lui-même". Tale principio viene rinvenuto dal giurista nella massima del Digesto: "denique Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens, vicini fontem avertit, nihil posse agi: nec de dolo actionem; et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit". Proseguendo, l'argomentazione non può passare che per le parole dei grandi maestri del giusnaturalismo francese: "Domat dit aussi: "celui qui, faisant une nouvelle œuvre dans son héritage use de son droit, sans blesser ni loi, ni usage, ni titre, ni possession qui pourraient l'assujettir envers ses voisins, n'est pas tenu du dommage qui pourra leur en arriver; si ce n'est qu'il ne fit ce changement que pour nuire aux autres sans usage pour soi. Car, en ce cas, ce serait une malice que l'équité ne souffrirait point" et la Cour de cassation a reproduit cette pensée dans les motifs d'un de ses arrêts. On ne peut qu'approuver cette décision, car l'exercice de nos droits doit toujours être limité par les principes divins de la charité, qui nous commandent de ne point faire aux autres ce que nous ne voudrions pas qui nous fût fait, et de leur procurer même tout le bien que nous pouvons sans nous nuire personnellement". Per vero, il discorso di Sourdat trascende il perimetro della semplice responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 1382 del *Code* e si pone, nella posizione del giurista, come "*stella polare*" nel lavoro dell'interprete.

un esercizio eccessivamente dogmatico che non coglie nel segno. Alla base di entrambe le letture vi è la questione del riconoscimento o meno in capo al giudice di un potere correttivo che gli permetta di intervenire sul contenuto delle disposizioni normative o sul regolamento delle convenzioni al fine di conformare il diritto ad un più o meno delineato senso di giustizia del caso concreto⁵⁸. Sempre in tensione tra i due estremi dell’*“idolatria della legge”* da una parte e l’intento di moralizzare o socializzare il diritto per via interpretativa dall’altra⁵⁹, le teorie attorno all’abuso esprimono infatti, più o meno esplicitamente, le diverse concezioni dell’ordinamento e del ruolo che deve essere riconosciuto ai suoi interpreti. Partendo da questo presupposto, un’analisi storico-giuridica intorno alle varie dottrine che si sono succedute intorno alla figura dell’abuso del diritto e sui più rilevanti arresti in materia può rappresentare un interessante punto di osservazione per poter cogliere al meglio la postura dei giuristi che ci hanno preceduto rispetto alla configurazione del diritto soggettivo, *“alla coerenza tra norme e principi”*, al principio della certezza del diritto e al *“rapporto complessivo tra soggetto e finalità (sociali) dell’ordinamento”*⁶⁰. Cogliamo allora il pretesto di parlare dell’abuso del diritto consapevoli di dover necessariamente di occuparci anche di altro, di qualcosa che in realtà si trova molto più in profondità nel fenomeno giuridico.

⁵⁸ CAZZETTA, *Codice civile e identità*, op. cit., pag. 216. “Al di là delle apparenti continuità, le perplessità logiche sottese al rifiuto del divieto di abuso del diritto sono dunque da inserire entro la rappresentazione complessiva dell’ordinamento, da verificare alla luce delle convinzioni di fondo degli interpreti riguardo alla relazione tra principi e norme, tra morale *“interna”* ed *“esterna”* dell’ordinamento e alle interpretazioni utilizzate per affermare *“correzioni”* di comportamenti considerati iure da una norma”.

⁵⁹ M. BARCELLONA, *L’abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Rivista di diritto civile*, 2, Wolters Kluwer, Cedam, Milano, 2014, pag. 468.

⁶⁰ CAZZETTA, *Codice civile e identità*, op. cit., pagg. 211 e 215. L’autore coglie nel segno la questione di fondo: *“insistere sul paradosso delle continuità retoriche presenti in più di un secolo di dibattiti sull’argomento non aiuta, però, a cogliere la storicità delle ricostruzioni proposte”*.

1.3. L'apparente contraddizione dell'abuso del diritto. Brevi cenni all'esperienza anglosassone. Dal diritto romano classico allo *ius commune*.

La formula “*abuso del diritto*” rimanda ad un concetto polisemico, dai contorni per lo più sfumati, nonché “*intimamente contraddittorio*”⁶¹. Appare dunque necessario delinearne con precisione i confini. Come già anticipato, non è possibile considerare il concetto dell'abuso del diritto unicamente attraverso il prisma della dogmatica civilistica. A questo proposito, risultano particolarmente calzanti le osservazioni di Mario Rotondi che, nella sua tesi di laurea all'Università di Pavia, evidenziava come la questione non potesse — e tutt'ora non possa — considerarsi confinata all'ambito del diritto privato. Si tratta invero di un fenomeno che travalica gli schemi e i limiti della scienza privatistica:

È questa, del resto, la sorte comune a tutti i tentativi di giustificare la formula da un punto di vista e con criteri puramente giuridici, mentre si tratta appunto, né mai ci stancheremo di ripeterlo, di un fenomeno che sfugge dagli schemi del diritto costituito, rispetto al quale anzi, staticamente considerato, apparirebbe un non senso⁶².

Proprio la ricostruzione offerta dal giurista varesino si rivela la più rilevante per la nostra analisi: essa non solo chiarisce il significato di “*abuso del diritto*”, ma risponde anche alla più comune obiezione relativa all'intrinseca

⁶¹ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Società editrice il Mulino, Bologna, 1998, pagg. 13-14. L'autore cerca di cogliere le ragioni e le motivazioni più significative del pensiero giuridico attorno all'abuso del diritto a seguito della sentenza della Suprema Corte di cassazione del 15 novembre 1960, n. 3040. Secondo quanto asserito da Rescigno, la formula “abuso del diritto” si presenta di primo acchito come “intimamente contraddittoria”. Invero, con termine “*diritto*” (*rectius* diritto soggettivo) si intende una “libertà garantita all'individuo, o a un gruppo privato, da una norma giuridica: vuol dire potere di volontà e di azione che la norma concede al soggetto, o al gruppo, nei confronti di uno, o di più o di tutti gli altri soggetti dell'ordinamento”. Proseguendo il giurista salernitano specifica che “quando si parla di abuso, di possibilità di abuso del diritto, si viene a dire che l'esercizio di questa libertà garantita dalla norma, del potere accordato dalla legge può dar luogo a responsabilità: onde un atto lecito — l'esercizio del diritto — diviene fonte di responsabilità”. Significa che l'atto di autonomia privata può essere sottoposto ad un sindacato giurisdizionale e di conseguenza “sottintendere alla libertà e al potere un limite”, anche se tale limite appare molto spesso dai contorni vaghi e sfuggenti.

⁶² ROTONDI, *op. cit.*, pag. 21.

contraddittorietà giuridica della nozione stessa⁶³. Dinnanzi all'affermazione secondo la quale “*dès que l’abus commence, le droit cesse*”⁶⁴ si prospettano unicamente due vie percorribili: sostenere che l’abuso del diritto sia un’inammissibile stortura in quanto non rispondente al rigore della logica giuridica, evitando pertanto di soffermarsi sulle interessanti fattispecie che si è soliti ricondurre al concetto in parola, o, in alternativa, provare ad ammettere che non vi sia, in realtà, contraddizione tra esercizio di una posizione soggettiva ed atto abusivo fonte di responsabilità⁶⁵. Nelle moderne organizzazioni sociali, i limiti della sfera giuridica di ogni individuo sono tracciati dalle disposizioni di diritto positivo⁶⁶. Servendoci di una metafora matematica, le sfere giuridiche individuali possono essere rappresentate alla stregua di forme geometriche, per la precisione come poligoni, la cui area interna rappresenta l’ambito di libertà lasciato ad ogni singolo consociato⁶⁷. Oltre che subire la pressione del limite invalicabile del perimetro che la contiene, ossia i precetti delle norme dell’ordinamento, tale libertà

⁶³ Ivi, pagg. 2-3. “Parmi pertanto che lo studio di questo argomento possa riuscire non del tutto inutile e privo di interesse, potendo anzi sotto un certo aspetto ambire ad esser quasi detto di attualità, ed offrendo materia di considerazioni ai cultori di ogni specie di studi sociali: allo storico del diritto ed al sociologo, ai quali questo concetto potrà apparire come una potente forza dinamica che tende a far penetrare nella chiusa cerchia dello *jus conditum* il potente soffio animatore di concezioni, aspirazioni, sentimenti, che vanno facendosi strada nella coscienza dei più”.

⁶⁴ M. DE VAREILLES-SOMMIÈRE, *La définition et la notion juridique de la propriété*, in *Rev. Trim. dr. civ.*, Paris, 1905, pag. 464. “L’expression est antiphilosophique. Abus et droit sont des mots qui jurent ensemble. Dès que l’abus commence, le droit cesse”.

⁶⁵ ROTONDI, *op. cit.*, pag. 6. Nell’opinione di Rotondi se dinnanzi ai frequenti richiami della giurisprudenza alla figura dell’abuso del diritto il giurista si limitasse a negarne la configurabilità adducendo argomentazioni puramente formali, ci troveremmo nella medesima situazione del medico che rifiutasse di visitare il paziente che non fosse in grado di fornire un’anamnesi in termini specialistici. “Davanti a questa formidabile obiezione, presa di fronte, non rimangono che due vie, seguite appunto da due diverse correnti dottrinali, o ammettere e sostenere che contraddizione non vi sia tra esercizio di diritto e atto abusivo e perciò fonte di responsabilità, il che è vera stortura giuridica, come ribatteremo in seguito, o dichiarare senz’altro che il concetto di abuso di diritto manca di qualsiasi rigore giuridico, e lavarsene le mani con non celato disprezzo, senza neanche prendere in considerazione le singole interessantissime fattispecie che soglionsi sistemare sotto quella formula, col che il giurista, di fronte ai nuovi fenomeni sociali, assumerebbe l’attitudine di quel medico che rifiutasse di prestar l’opera sua ad un paziente, solo perché incapace di esporgli con rigorosa terminologia scientifica tutti i sintomi del suo male”.

⁶⁶ Ivi, pagg. 7-8.

⁶⁷ Ivi, pag. 8.

individuale subisce la costrizione anche delle altre sfere giuridiche che la circondano e che con essa confinano. Proseguendo con la metafora, per quanto riguarda i diritti assoluti, in una società ideale i lati che delimitano ogni sfera giuridica individuale dovrebbero combaciare con il perimetro delle altre, sicché mai l'area di una possa sovrapporsi, nemmeno parzialmente, all'area dell'altra. In altre parole, la linea perimetrale non avrebbe altra funzione che quella di determinare il punto “*dove cessa l'imperio di un consociato*” e vi subentri quello di un altro⁶⁸. Qualsiasi attività che oltrepassasse il *limes* della propria sfera andrebbe ad invadere la sfera giuridica altrui e sarebbe, per tale circostanza, da qualificare come illecita. Ma fino a quando tale confine non viene superato, non è possibile parlare di scorretto esercizio del diritto e, di conseguenza, nemmeno di abuso del diritto⁶⁹. Una tale concezione, che potremmo definire assolutistica rispetto al complicato groviglio che sono i rapporti sociali, sembra essere stata alla base della dottrina anglosassone in materia di responsabilità civile alla fine del XIX secolo. In tal senso, appaiono paradigmatiche le parole che Fredrick Pollock dedica alla tema dell'*immunity in exercise of common rights*⁷⁰.

⁶⁸ *Ivi*, pag. 8

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ F. POLLOCK, *The Law of Torts, A Treatise on the principles of obligation arising from Civil Wrongs in the Common Law*, Fourth Edition, Stevens and Sons, London, 1895, pagg. 115 e ss. “We now come to another and in some respects a more interesting and difficult category. Damage suffered in consequence of an act done by another person, not for that intent, but for some other purpose of his own, and not in itself unlawful, may for various reasons be no ground of action”. L'opera del giurista inglese verrà richiamata da L. JOSSEMAND, in *De l'Abus des droits*, Éditeur Arthur Rousseau, Paris, 1905, pagg. 7 e ss. come esempio del carattere fortemente individualista che informa gli ordinamenti di *Common Law*. Senza celare un certo distacco ed una sensazione di avversità nei confronti dell'esperienza giuridica prima inglese e poi statunitense, il giurista francese, nelle prime pagine del suo lavoro dedicato all'abuso del diritto, afferma: “le courant individualiste, qui mériterait asussi l'épithète d'absolutiste, est celui qui caractérise et qui mène la race anglosaxonne”. Se i loro filosofi esaltano l'inesorabile legge della concorrenza e della selezione per l'eliminazione dei più deboli, prosegue Josserand, in modo speculare “leurs jurisconsultes [...] se font de droits une conception rogoureuse, impitoyable même; ils y voient avant tout des armes régulières, des moyens d'action”. Riferendosi agli scritti di H. SPENCER, *First principles of a new system of philosophy*, D. Appleton and Company, New York, 1865, il giurista di Lione afferma che il compito del legislatore anglosassone non sia certo quello di garantire il “regno della giustizia distributiva” ma di permettere che ogni singolo cittadino sia in grado di esprimere liberamente le proprie capacità nel loro pieno potenziale. Per il giurista di Lione, nel contesto inglese il compito del legislatore non è certo quello di garantire il “regno della giustizia redistributiva”. Al contrario, l'unico obiettivo è quello di

Nonostante il giurista inglese riconosca come immanente nell'ordinamento inglese la massima latina per cui *sic utere tuo alienum non laedas*, giunge ad argomentare che un'applicazione eccessivamente rigorosa e severa della stessa condurrebbe inevitabilmente a soluzioni inaccettabili per il comun viver civile⁷¹:

If this were literally and universally applicable, a man would act at his peril whenever and wherever he acted otherwise than as the servant of the law. Such a state of things would be intolerable. It would be impossible, for example, to build or repair a wall, unless in the middle of an uninhabited plain⁷².

Ma l'argomentazione di Pollock procede oltre: ogni azione vantaggiosa esercitata da un titolare di diritto comporta inevitabilmente, come contraltare, un pregiudizio per altri consociati. Questa dinamica viene considerata alla stregua di una legge naturale immutabile, che fa del rischio "*la rançon de l'action*"⁷³:

porre ogni cittadino nelle condizioni di poter esprimere al meglio e nel modo più assoluto le proprie capacità. "La mission du législateur est dès lors toute tracée: il n'a pas à assurer le regre de la justice distributive, mais bien à mettre les citoyens à même de développer librement leurs facultés et donner leur pleine mesure". Questo aspetto ideologico-sociale saldamente scolpito nell'*ethos* anglosassone è il motivo per l'ordinamento riconosce al titolare la facoltà di esercitare il proprio diritto fino in fondo; accettando, di conseguenza, anche le possibili conseguenze negative che possano ripercuotersi sui consociati: la teoria dello "splendido isolamento". "C'est dans ce but qu'il leur reconnaît des prérogatives qui pourront être exercées jusqu'au bout, des armes dont ils pourront faire usage dans toute les directions, à la poursuite d'un objectif quelconque, au gré de leurs intérêts, de leur passion ou de leurs caprices, - des pavillons qui couvrent infalliblement la merchandise. C'est la théorie du splendide isolement transpose de la nation aux individus qui réclament, pour eurs droits et vis-à-vis des droits égaux appartenant à autrui, l'application de la doctrine de Monroë".

⁷¹ Non bisogna comunque dimenticare l'articolato sistema di principi, istituti e rimedi processuali sviluppatosi dinnanzi alla regia *Court of Chancery* a partire dal XV secolo che prende il nome di *equity* e che si manifesta profondamente nei suoi fondamenti e nei suoi schemi operativi rispetto alla *Common Law*. Sul punto, CAVANNA, *Storia del diritto moderno*, Vol. I, *op. cit.*, pagg. 530 e ss. Il Cancelliere del Regno, *keeper of the King's conscience*, incarico che fino al XVI secolo sarà sempre ricoperto da un religioso, comincia ad esercitare la funzione giurisdizionale intervenendo equitativamente nei confronti dello *ius strictum*. Come nel rapporto tra diritto pretorio e *ius civile* romano, "il Cancelliere interviene in collegamento con la common law e crea in parallelo e analogamente a questa una serie di rimedi processuali tali da svilupparne la portata ove risulti insufficiente o da renderla inattiva ove essa contrasti con il comune senso di giustizia".

⁷² *Ibidem*.

⁷³ JOSSERAND, *op. cit.*, pag. 9.

That which we now take up settled one in principle, and the difficulties have been only in fixing the limits of application. It is impossible to carry on the common affairs of life without doing various things which are more or less likely to cause loss or inconvenience to others, or even which obviously tend that way; and this in such a manner that their tendency cannot be remedied by any means short of not acting at all⁷⁴.

Anche riguardo all'esercizio di posizioni soggettive sorrette dall'elemento dell'*animus nocendi*, non appare ammissibile un effettivo intervento censorio da parte del giudice. La questione verrà trattata diffusamente da Pollock nelle edizioni successive della sua opera⁷⁵ dove verrà preso in considerazione e approfondito il più importante *leading case* di quel periodo in materia: il *Mayor of Bradford vs. Pickle* del 1895⁷⁶. I fatti che portarono la *Court of Chancery* e successivamente la *House of Lords* a pronunciarsi sul caso possono essere così sintetizzati. Per garantire l'approvvigionamento idrico alla città di Bradford — uno dei centri della rivoluzione industriale nell'Inghilterra del XIX secolo — era stato realizzato un bacino artificiale alimentato da una sorgente situata nella proprietà del Sig. Edward Pickles⁷⁷. Questi, dimostratosi ostile all'opera pubblica, nel 1892 aveva avviato la costruzione di un canale di drenaggio che intercettava la sorgente del bacino.

⁷⁴ POLLOCK, *op. cit.*, pag. 135. La concorrenza e la competizione nell'attività economica, in questo caso, rappresenta l'esempio più emblematico. Esemplificando sul piano della realtà pratica, prosegue Pollock, se John e Peter sono librai nella stessa strada, ognuno di loro deve in una certa misura ridurre la clientela e i profitti dell'altro. Lo stesso vale se sono armatori che impiegano navi nello stesso commercio, o *broker* nello stesso mercato. E vale anche se, invece di John e Peter, prendiamo le tre o quattro compagnie ferroviarie le cui linee offrono una scelta di rotte da Londra per il nord del Regno Unito. La relazione tra profitti e concorrenza è materia di conoscenza comune. "If John and Peter are booksellers in the same street, each of them must to some extent diminish the custom and profits of the other. So if they are shipowners employing ships in the same trade, or brokers in the same market. So if, instead of John and Peter, we take the three or four railway companies whose lines offer a choice of routes from London to the north. But it is needless to pursue examples. The relation of profits to competition is matter of common knowledge".

⁷⁵ ID, *The law of torts: a treatise on the principles of obligation arising from civil wrongs in the common law: to which is added the draft of a Code of civil Wrongs prepared for the Government of India*, Eleventh Edition, Stevens and Sons, London, 1920, pag. 158.

⁷⁶ Un'importante ed approfondita indagine sul recepimento delle dottrine relative all'abuso del diritto nel Regno Unito è stata compiuta da P. EICHENHOFER in *Rechtsmissbrauch, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019, pagg. 175 e ss.

⁷⁷ *Ivi*, pag. 178.

Sostenendo che tale canale di drenaggio stava venendo realizzato al solo fine di fare pressione sul comune affinché acquisisse il fondo all'esorbitante prezzo richiesto dal Sig. Pickles, la città di Bradford citava in giudizio il privato proprietario richiedendo al giudice un provvedimento cautelare al fine di interdire la prosecuzione dei lavori⁷⁸. Alle allegazioni attoree, il convenuto replicava di non avere alcuna intenzione di arrecare pregiudizio al bacino idrico, sostenendo che i lavori di scavo fossero giustificati dall'esigenza di estrarre minerali presenti nel sottosuolo della sua proprietà⁷⁹. La città di Bradford otteneva l'*injunction* richiesta ma la decisione di accogliere la domanda attorea da parte della Corte di Cancelleria non trovava la propria base giuridica nel *common law*, bensì nello *statutory law*. Invero, la sect. 234 del *Bradford Waterworks Act* del 1842 vietava espressamente ogni opera che potesse pregiudicare le funzionalità del bacino e, più in generale, degli impianti idrici della città⁸⁰. I magistrati della *Court of Chancery* si erano limitati a sussumere la fattispecie concreta nella previsione normativa. Con specifico riferimento all'asserito comportamento doloso e scorretto del Sig. Pickles, la Corte non poté che ritenerlo irrilevante ai fini della risoluzione della controversia⁸¹. La condotta moralmente riprovevole del convenuto non

⁷⁸ *Ivi*, pag. 178. "Im Jahr 1892 begann er [il Sig. Pickles], einen 450 Meter langen Abflusskanal zu bauen, der das Quellwasser am Reservoir vorbeileiten sollte. Die Stadt Bradford sah sich durch Pickles' Baumaßnahmen in eine äußerst schwierige Lage versetzt; um die Wasserversorgung der Bevölkerung sicherzustellen, war sie auf die Quelle angewiesen. Sie warf Pickles vor, den Kanal allein gebaut zu haben, um Druck auf die Stadt auszuüben: Er wolle sie praktisch dazu zwingen, ihm sein Land zu einem überhöhten Preis abzukaufen".

⁷⁹ *Ibidem*. "Die Stadt beehrte eine injunction, die es Pickles untersagen sollte, seine Grabungen fortzusetzen. Pickles bestritt vor Gericht zwar, die Stadt erpressen zu wollen und behauptete, seine Tunnelanlage diene dazu, Gestein und Minerale auf seinem eigenen Grundstück freizulegen; die Auswirkungen auf das Wasserreservoir habe er nicht bedacht".

⁸⁰ *Ivi*, pag. 179.

⁸¹ *Ibidem*. All'interno dell'opera vengono anche riportati alcuni passaggi dell'*iter* argomentativo seguito dai magistrati della *Court of Chancery*. Tra i più importanti vi è sicuramente quello del giudice J. North relativo all'assenza nel *common law* di un espresso divieto relativo agli atti posti in essere con *animus nocendi*. In altre parole, a prescindere da qualsiasi norma statutaria, poteva essere legalmente impedito al Sig. Pickles di costruire il canale all'interno della sua proprietà nel caso in cui tale opera celasse un intento malevolo contrario ai canoni della *bona fides*? "No case in their favour [della città di Bradford], directly or nearly in point, was cited to me by the Plaintiffs' counsel, and I have not been able after much research to find one for myself. Indeed there seems to me to be great dearth in the law of England of authority upon the point".

era stata considerata in contrasto con i precetti del *common law*⁸². Per tentare reprimere l'intento malizioso doveva essere chiamato in causa il *civil law*⁸³. In particolare, i giudici avevano individuato la massima del giurista romano Marcello che, esprimendosi in materia di servitù delle acque, così aveva affermato: “*Denique Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fondies, vicinim fontem avertit, nihil posse agiti; nec de dolo actionem, et sane non debet habere; si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliore faciendi, id fecit*”⁸⁴.

Tuttavia, la portata del principio espresso nella massima latina era già stata delineata in precedenti decisioni giurisprudenziali, tra cui *Acton v. Blundell* del 1843 e, in particolare, nella *Chasemore v. Richards* del 1859⁸⁵. In quest'ultima decisione l'argomentazione di Lord Wensleydale appare granitica nel ritenere irrilevante l'elemento soggettivo sotteso all'agire umano. Se il divieto di porre in essere atti sorretti da *animus nocendi* poteva essere individuato in alcuni frammenti dello *iure Quiritium* e in alcune leggi scritte in Scozia, lo stesso divieto non può certo trovare cittadinanza nel diritto vivente inglese.

But according to the rule of reason and law, “*sic utere tuo ut alienum non laedas*”, it seems right to hold, that he ought to exercise his right in a reasonable manner, with as little injury to his neighbour's right as may be. The civil law deems an act, otherwise lawful in itself,

⁸² *Ivi*, pag. 179.

⁸³ *Ivi*, pag. 180.

⁸⁴ D. 39.3.1.12

⁸⁵ POLLOCK, *The laws of torts*, Eleventh Edition, pag. 158. Anche Pollock riconosce che nel diritto romano possano individuarsi alcune materie nelle quali può risultare giuridicamente rilevante se l'esercizio del diritto di proprietà sia posto in essere con o senza intenzione maliziosa. Riportando il passo del giurista Marcello utilizzato nel *leading case Acton vs. Bundell*, l'autore intende comunque sottolineare lo iato ormai incolmabile tra questi precetti di *civil law* e il diritto vivente inglese. “In *Acton vs. Blundell*, we read: “*denique Marcellus scribit, [...]*”. And this view was supposed to be followed by recognized authorities in the law of Scotland, who say that an owner using his own land must act “non in mere spite or malice, in aemulationem vicini”. But is not explained that this refers only to the limited class of cases where a landowner can as well do the thing he want to do, such as burning limestone, without nuisance to his neighbour, and yet wantonly or recklessly does it at a place where it causes annoyance”. Anche il contenuto e la cogenza delle norme scozzesi sembrano essere fortemente ridimensionati; le stesse vengono rilegate quasi a stregua di fonti sussidiarie del diritto. “It seems then that in Scotland, as in England, abuse of an owner's common rights may be actionable as a nuisance, but inconvenience not amounting to nuisance cannot be made to give a right of action by any allegation of evil motive”.

illegal if done with malicious intent of injuring a neighbour, *animo vicino nocendi*. The same principle is adopted in the laws of Scotland, where an otherwise lawful act is forbidden “*if done in aemulationem vicini*”; but this principle has not found a place in our law⁸⁶.

Avverso la sentenza della *Court of Chancery* proponeva appello il Sig. Pickles dinnanzi alla *Court of Appeal* la quale, in difformità al giudice di prime cure, ritenendo non applicabili al caso concreto le disposizioni del *Brandtford Waterworks Act*, ribaltava la decisione di primo grado accogliendo i motivi proposti dall'appellante⁸⁷. La sentenza della Corte d'Appello confermava comunque l'irrelevanza giuridica dell'intento malevolo che aveva spinto il Sig. Pickles a realizzare il canale. In altri termini, in base ai principi in materia di proprietà privata del *common law* le potestà domenicali non possono essere limitate ed intaccate da un sindacato giurisdizionale relativo ad un asserito o supposto intento lesivo. Proposto ricorso avverso la decisione del giudice del primo gravame, nel 1895 la *House of Lords* confermava la decisione della *Court of Appeal* con ancora più vigore. La Suprema corte inglese riportava l'argomentazione circa i limiti dell'esercizio del diritto di proprietà sulle inevitabili esternalità negative che possono ricadere sui consociati. Secondo la Camera dei Lord, sia la città di Bradford che il Sig. Pickles stavano perseguendo i propri legittimi interessi economici, senza che l'uno potesse ritenersi in principio maggiormente legittimato rispetto all'altro⁸⁸.

⁸⁶ EICHENHOFER, *op. cit.*, pagg. 180-181.

⁸⁷ *Ivi*, pagg. 182-183. Per convincere i giudici d'appello a confermare la decisione di primo grado, i difensori della città di Bradford avevano cercato nel secondo giudizio di far leva sull'intento maligno della controparte sostenendo che non potesse essere ammesso un esercizio così spregiudicato del diritto di proprietà da parte del titolare. I limiti del diritto di proprietà dovevano essere ravvisati, se non in quelli tracciati dalla buona fede, almeno nell'*animus nocendi* del proprietario. “But if he had right at common law to intercept the water percolating through his land, he can only exercise that right bona fides for his own benefit, and cannot do so maliciously or in order to force the Plaintiffs to make terms with him. He can only exercise the right subject to the maxim “*sic utere tuo ut alienum non laedas*” [...]. The evidence shews that he is non acting with the intention of working his quarries, but to annoy the Plaintiffs and to oblige them to buy him off”.

⁸⁸ *Ivi*, pag. 184. “Obwohl vor beiden Gerichten also im Kern dieselben Argumente vorgebracht wurden, zeigte sich doch in den Stellungnahmen einiger Law Lords deutlicher, welches Verständnis der betroffenen Parteiinteressen, und welches Verständnis von Rechten das House of Lords dem Streit zugrunde legte: Die beiden Parteien verfolgten jeweils ihr eigenes wirtschaftliches Interesse, ohne dass einem von beiden von vornherein größere Legitimität zukam. Rechte waren letztlich Güter mit einem bestimmten wirtschaftlichen Wert”.

If the owner of the adjoining land is in a situation which an act of his, lawfully done on his own land, may divert the water which would otherwise go into the possession of this trading company, I see no reason why should not insist on their purchasing his interest from which this trading company desires to make profit. [...] The position of the appellants [la città di Bradford] is one which is not very easy to understand. They cannot dispute the law laid down [...] in *Chasemore* [...] but they said that Mr. Pickles' action in matter is malicious, and that because his motive is a bad one, he is not a liberty to do a thing which every landowner in the country may do with impunity if his motives are good⁸⁹.

Per il supremo organo giurisdizionale del Regno Unito risulta difficile comprendere le doglianze della città di Bradford avverso la decisione della *Court of Appeal*. Se doveva ritenersi valido il principio di diritto espresso nel precedente *Chasemore vs Richards*, dal punto di vista giuridico non poteva certo ravvisarsi alcun illecito nella condotta tenuta dal privato proprietario. Se anche il Sig. Pickles avesse agito con l'unico scopo di far pressione sulla cittadina per costringerla ad acquistare il suo terreno ad un prezzo elevato, il suo contegno sarebbe stato da considerarsi pienamente legittimo; come legittima deve considerarsi la possibilità per ciascun consociato di poter valorizzare nel modo migliore il proprio patrimonio privato. In altri termini, nell'opinione della *House of Lords*, se anche il Sig. Pickles avesse preferito il proprio interesse a quello pubblico non si sarebbe posto alcun problema; nessun problema almeno dal punto di vista giudiziario. Anzi, per gli standards sociali e morali dell'epoca, la condotta del Sig. Pickles non poteva nemmeno considerarsi *malignant*. Perseguire un proprio privato interesse, anche a discapito del bene pubblico e degli interessi collettivi, non può ritenersi in alcun modo un comportamento riprovevole e censurabile dal punto di vista del diritto⁹⁰.

⁸⁹ *Ivi*, pagg. 185-186.

⁹⁰ *Ivi*, pag. 186. "Mr. Pickles, it seems, was so alarmed at this view of the case that he tried to persuade the Court that all he wanted to do was to unwater some beds of stone which he thought he could work for profit. In this innocent enterprise the Court found a sinister design. And it may be taken that his real object was to see that he was master of the situation, and to force the corporation to buy him out at a price satisfactory for himself. Well, he has something to sell, or, at any rate, he has something which he can prevent other people enjoying unless he is paid for it. Why should he, he may think, without fee or reward, keep his land as a store-room for commodity which the corporation dispense, probably not gratuitously, to the inhabitants of Bradford? He prefers his own interests to the public good. He may be churlish, selfish and grasping. His conduct may seem shocking to a moral

Agli occhi di Luis Jossierand i sopracitati *leading cases* d'oltremania non rappresentano altro che la glorificazione della libera intrapresa e dell'iniziativa individuale; il trionfo incondizionato del *summum ius*⁹¹. Un ordinamento, quello anglosassone, in cui tutte le posizioni soggettive possono essere esercitate fino alle estreme conseguenze senza che il titolare possa mai essere ritenuto responsabile⁹². Sotto tale aspetto, nella ricostruzione del giurista di Lione, il rigore del diritto inglese può essere paragonato al rigore dello *ius vetus* romano, il quale non riteneva eccessivo né che i creditori potessero contendersi i brandelli del debitore inadempiente né che il *pater familias* potesse avere potere di vita o di morte sui membri del proprio nucleo familiare⁹³. Tuttavia, un tale rigore non aveva potuto informare in perpetuo il sistema giuridico romano⁹⁴. Nonostante non possa condividersi la tesi che vede nel divieto di abuso del diritto un precetto in grado di informare tutto il

philosopher. But where is the malice? Mr. Pickles has no spite against the people of Bradford. He bears no ill-will to the corporation. They are welcome to the water, and to his land too, if they will pay the price for it. So much perhaps might be said in defence or in palliation of Mr. Pickles' conduct. But the real answer to the claim of the corporation is that in such a case motives are immaterial. It is the act, not the motive for the act, that must be regarded. If the cat, apart from motive, gives rise merely to damage without legal injury, the motive, however reprehensible it may be, will not supply that element".

⁹¹ JOSSIERAND, *op. cit.*, pag. 10. Anche se il titolare esercitasse la propria posizione soggettiva in contrasto con il principio di buona fede imposto dal dovere di solidarietà sociale alcuna "sanzione" civilistica potrebbe essere comminata. "C'est donc, avec la glorification de l'action et de l'initiative, le triomphe éclatant du Summus jus. Le droit se réalise abstraitement, indifféremment dans tout les sens; il deviant comme une machine puissant susceptible d'être employée à toutes les besognes, sans que la responsabilité de celui qui la dirige puisse être jamais engagée".

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ivi*, pag. 10. "Ainsi devaient se représenter les rapports juridique les citoyens de la Rome primitive qui ne jugeaient pas excessif que les créancier se disputassent, la loi en main, les morceaux de leur débiteur, ni qu'un chef de famille usât souverainement du droit de vie et de mort qui lui appartenait sur son épouse, sur ses enfants, sur ses esclaves".

⁹⁴ *Ibidem*. Sul punto si veda anche S. RICCOBONO in *La teoria dell'abuso del diritto nella dottrina romana*, in *Bollettino dell'Istituto di diritto romano*, Vol. XLVI, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1939, pag. 11. Invero, "nella pratica, [...], i principi rigidi del diritto dei Quiriti non erano più applicati affatto, o non lo erano integralmente, bensì apparivano attenuati, modificati, corretti dall'attività del pretore, dalla giurisprudenza e dagli imperatori che poterono ben dirsi "viva vox iuris civili" cioè organi autori e costruttori del diritto vivo". Sempre sul punto, si veda JOSSIERAND, *op. cit.*, pag. 10. "Mais, à Rome, la rigueur d'un tel système ne devait pas se perpétuer: les citoyens de la République et, plus encore, ceux de l'Empire, étaient appelés à connaître une conception des droits mieux en harmonie avec le génie de la race latine, si impressionnable, si volontiers accessible aux pensées altruistes: cette conception, c'est précisément celle de l'abus des droits".

sistema giuridico romano⁹⁵, all'interno del *mare magnum* del *Corpus iuris*, infatti, si possono individuare alcune massime che espressamente sanciscono il divieto compiere atti emulativi e, più in generale, il divieto per il titolare di abusare delle facoltà derivanti dalla propria posizione soggettiva⁹⁶. Sulla autenticità classica di questi frammenti ed intorno alla loro corretta datazione si accese negli ultimi decenni del XIX secolo un vivace dibattito tutto interno alla dottrina romanistica⁹⁷. Dibattito la cui importanza è ben comprensibile,

⁹⁵ In particolare, facciamo riferimento alla tesi sostenuta da F. L. DE BÉRIER in *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013, pagg. 154 e ss. Nella attenta e dettagliata raccolta dei frammenti di diritto romano che fanno menzione al divieto di abuso del diritto e al divieto compiere atti emulativi il De Bérier richiama la tesi sostenuta da B. ŁAPICKI secondo il quale la massima di carattere generale del giurista Gaio *nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur* stesse ad indicare i limiti, oltre che all'ampiezza, delle facoltà esercitabili dal titolare della posizione soggettiva. "Łapicki non scalfava la giustificazione originale della massima *qui iure suo utitur neminem laedit*, ma la accettava come principio costruttivo dell'ordine giuridico e, al contempo, la leggeva con l'altra, *male enim nostro iure uti non debemus*, intravedendo la possibilità di indicare un limite di libertà nell'esercizio delle proprie facoltà. Sarà questa la condizione che si può appunto definire come abuso del diritto". Il De Bérier tenta di contraddire quanto sostenuto da RICCOBONO, *op. cit.*, pagg. 4 e 12, il quale, al contrario, sostiene che "[...], queste testimonianze che si leggono nel *Corpus iuris* contrastano in maniera diretta qualsiasi limitazione all'esercizio del diritto di proprietà, e non si può negare che esse esprimono un principio fondamentale che discende dalla struttura del dominio romano, potere assoluto ed illimitato sulle cose corporali, come si manifesta in tutto il sistema dello *ius civile*". Massime che tendono a limitare l'esercizio del più importante tra i diritti reali possono essere individuate solamente in particolari materie e, per tale ragione, le stesse non possono che avere una portata limitata e settoriale. "Ma se ciò è vero, d'altra parte, esiste pure nel *Corpus iuris* una serie di testi nei quali è posto al proprietario un limite all'esercizio del suo diritto, nel senso che egli non può usarlo "*animo nocendi*", senza una propria utilità".

⁹⁶ ROTONDI, *op. cit.*, pagg. 24 e ss.

⁹⁷ RICCOBONO, *op. cit.*, pagg. 2 e 4-5. L'autore è consapevole che il dibattito intorno al divieto di atti emulativi interno alla dottrina romanistica stia influenzando il movimento legislativo e la prassi giurisprudenziale di quegli anni: "il divieto di atti emulativi si riferisce a quegli atti compiuti dal proprietario entro la sfera del proprio diritto, ma senza una propria utilità e con una maligna intenzione di nuocere altrui. Questa teoria ha tutt'ora una grande importanza, perché se il dibattito è antico, è ancora più che mai vivo nella letteratura romanistica; mentre, dall'altro lato, l'importanza della teoria si è accresciuta nel diritto moderno, nella politica, nella dottrina e nel movimento legislativo degli ultimi anni". Riccobono riporta le principali posizioni degli autori della dottrina romanistica, tra i quali Scialoja, Perozzi e Bonfante, che hanno ritenuto tali frammenti inidonei per poter affermare la presenza, all'interno dell'ordinamento romano classico, di disposizioni che vietavano gli atti d'emulazione da parte del titolare del diritto. "Naturalmente la interpretazione di questi passi ha dato luogo a discussioni e dibattiti; mentre, come sappiamo, su di essi il divieto fu fondato dalla Glossa, seguito dalla prassi giudiziaria fino al tempo presente. Gli interpreti che negano l'esistenza del divieto, di fronte a

stante la vigenza dell'art. 3 delle Disposizioni preliminari del Codice Pisanelli⁹⁸. Limitandoci ad alcuni rilievi e a brevi considerazioni, ai fini della nostra ricerca appare comunque interessante soffermarci su alcuni di essi per rimarcare che il dibattito intorno al divieto di abuso del diritto non può certo dirsi questione relegabile unicamente al perimetro della modernità giuridica, ma ha radici in un periodo ben più remoto. Preliminarmente è d'uopo precisare che non è rinvenibile all'interno del linguaggio giuridico romano un termine o una locuzione che possa dirsi corrispondente al nostro concetto di abuso del diritto⁹⁹. Invero, con la parola *abusus* i romani non erano soliti indicare un uso malevolo o riprovevole della *res*, bensì un uso ed uno sfruttamento completo idoneo a consumare interamente il bene¹⁰⁰. Il termine che più si avvicina alla concezione moderna di atto emulativo o di abuso del diritto deve essere individuato nella parola *aemulatio* la quale, a ben guardare, nemmeno può essere ritenuto perfettamente sovrapponibile dal punto di vista semantico¹⁰¹. Come ben spiegato dal Rotondi, da tale considerazione non

quest'altra categoria di testi, si comportano in vario modo. In primo luogo, essi negano recisamente che in quei passi sia riconosciuta una limitazione all'esercizio del diritto, a causa della maligna intenzione di nuocere. Così essi riescono in vario modo a restringere ed a ridurre il significato delle testimonianze, o considerandole come limitazioni specifiche determinate da ragioni di ordine pubblico e sociale, o svalutando le motivazioni che vi si riferiscono, con l'affermare che esse non possono avere valore di legge, sia perché troppo generali, sia perché false in alcune applicazioni, onde si dovrebbe intendere limitare a quei casi speciali e non estendere per analogia ad altre specie".

⁹⁸ V. *supra*, pag. 9, n. 5.

⁹⁹ ROTONDI, *op. cit.*, pag. 25. "Ma cominciamo anzitutto dalla terminologia, rispetto alla quale dobbiamo riconoscere la mancanza nel linguaggio giuridico romano di una parola o di una locuzione che corrisponda unicamente al nostro concetto di abuso del diritto".

¹⁰⁰ Ivi, pagg. 25-26. "[...] quindi quell'uso che non è concesso all'utente e che si contrappone appunto al godimento contenuto nel diritto d'uso". Sul punto appare interessante anche il contributo di W. MAYER-LÜBKE, in *Romanisches Etymologisches Wörterbuch*, Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1911, voce *Abusus* "*Missbrauch*", pagg. 4-5. Nell'opinione dell'autore il significato moderno del termine "*abusus*" sarebbe stato attribuito dagli umanisti o dai canonisti intorno al XIV secolo, in pieno basso Medioevo. "Das Wort, das in Rom, seit dem 14. Jhrh. erscheint, knüpft nicht an *Abusus* "*Verbrauch*" an, sondern muss von Geistlichen oder Humanisten neugebildet worden sein".

¹⁰¹ ROTONDI, *op. cit.*, pag. 26. L'autore compie alcuni approfondimenti filologici intorno al termine *aemulatio* e sottolinea come lo stesso avesse diversi significati oltre a quello moderno di emulazione. "Neppure troviamo nel latino classico un corrispondente di quell'altro concetto che non si identifica con l'abuso, ma che dell'abuso rappresenta una forma, oggi non la più frequente di certo, voglio dire il concetto di "emulazione" in senso giuridico, il cui corrispondente vocabolario latino

deve trarsi l'idea che nel diritto romano non fosse concepibile una contrapposizione tra norma etica e norma giuridica e che quest'ultima non potesse essere oggetto di un'interpretazione evolutiva al fine di evitare che il *summus ius* si traducesse inevitabilmente in *summa iniuria* rispetto al mutare delle condizioni socioeconomiche¹⁰². Tra i frammenti più interessanti vi sono sicuramente quelli che espressamente prevedono un divieto di compiere atti emulativi, ossia quelli che riportano l'attenzione dell'interprete sull'elemento intenzionale sotteso all'esercizio del diritto. Per esigenze di sintesi prenderemo in considerazione solamente le massime più significative¹⁰³.

I primi quattro sono rinvenibili in alcuni passi del Digesto di Ulpiano e Paolo dedicati alla materia delle acque¹⁰⁴. Considerando l'importanza che il settore agricolo rivestiva all'interno dell'economia romana, non deve sorprendere che i giuristi antichi abbiano così diffusamente approfondito tale ambito del

aemulatio, ha un significato ben differente, che comprende, oltre al significato nostro volgare di emulazione, anche quello che indichiamo con: invidia, e simili, come ben rilevasi dalle fonti giuridiche e letterarie, e, cristallinamente, dalla spiegazione di Cicerone: aemulatio autem dupliciter illa quidem dicitur ut et in laude et in vitio nomen hoc sit. Nam et imitatio virtutis aemulatio dicitur...et est aemulatio aegritudo, si eo, quod concupierit, alius potiat, ipse careat”.

¹⁰² *Ivi*, pag. 27. “[...] né una concezione tradizionalistica e formalista del diritto impediva di scorgere e di considerare una possibile divergenza tra la rigida applicazione della norma giuridica costituita e il dettame di una norma etica, o più spesso di una nuova tendenza più equa, più umana, più benigna, più mite che rendesse avventura sconsigliabile l'applicazione rigida della norma di diritto preesistente”.

¹⁰³ *Ivi*, pagg. 35 e ss. Nell'opera Rotondi prende in esame un notevole numero di frammenti che vengono ripartiti in tre diverse categorie. La prima è quella in cui vengono raccolti i passi che, secondo l'autore, non hanno in realtà alcuna relazione con il fenomeno dell'abuso del diritto o con il divieto di atti emulativi. Nella seconda vengono raccolti i frammenti che, pur non facendo espressa menzione all'*aemulatio*, appaiono come espressione di quella che l'autore chiama “funzione dinamica dell'evoluzione del diritto” intesa come capacità dell'ordinamento di far fronte alle nuove istanze dettate dalle nuove condizioni socioeconomiche e che si traduce nella repressione dell'esercizio di alcune facoltà, prima riconosciute, ritenute ormai in contrasto con la nuova coscienza giuridica. A tal riguardo, è ricondotta a quest'ultima categoria la costituzione di Antonino Pio che puniva severamente “qui sine causa servum suum occiderit” che prosegue la via dell'addolcimento della condizione degli schiavi che era iniziata con l'imperatore Augusto. Nella terza, ed ultima, categoria vengono indicati i frammenti che espressamente contengono un divieto di compiere atti emulativi. La nostra scelta è quella di riportare unicamente le massime di quest'ultima categoria che altro non rappresenta che una *species* del *genus* abuso del diritto.

¹⁰⁴ *Ivi*, pag. 60. “Tutti questi frammenti riguardano il regime delle acque, materia delicatissima data l'enorme sua importanza sociale [...]”.

diritto. In particolare, facciamo riferimento ai seguenti passi del Digesto: D. 39,3,1,11; D. 39,3,1,12; D. 39, 3,2,5; D. 39,3,2,9¹⁰⁵.

Ed è proprio in materia di acque che si può osservare più chiaramente e compiutamente lo sviluppo del divieto di compiere atti emulativi nel diritto romano¹⁰⁶. Secondo queste massime, il proprietario può trattenere l'acqua piovana nel suo fondo o derivarla dalla proprietà del vicino. E se, al fine di migliorare il fondo, il proprietario realizza opere che possano arrecare pregiudizio alle fonti idriche del vicino, quest'ultimo non potrà convenirlo in giudizio con l'*actio aquae pluviae arcendae*¹⁰⁷. Ma se le opere fossero realizzate unicamente per danneggiare il vicino? In tal caso i Proculiani prima, e Marcello poi, accordano al vicino danneggiato l'*actio de dolo* per la tutela della propria sfera giuridica¹⁰⁸. Il confinante danneggiato dall'altrui malevolo esercizio del diritto di proprietà potrà rivolgersi direttamente al pretore per domandare l'interruzione dei lavori o per richiedere

¹⁰⁵ - D. 39,3,1,11 Idem aiunt aquam pluviam in suo retinere vel superficiem ex vicini in suum derivare, dum opus in alieno non fiat, omnibus ius esse (prodesse enim sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur) nec quemquam hoc nomine teneri; - D. 39,3,1,12 Denique Marcellus scribit cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit;

- D. 39, 3,2,5 Item varus ait: aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquae deiecit, per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret. varus ait, si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere aquae pluviae arcendae actione, ut eum reponat vel reponi sinat, idemque putat et si manu factus fuit neque memoria eius exstat: quod si exstet, putat aquae pluviae arcendae actione eum teneri. Labeo autem, si manu factus sit agger, etiamsi memoria eius non exstat, agi posse ut reponatur: nam hac actione neminem cogi posse, ut vicino prosit, sed ne noceat aut interpellet facientem, quod iure facere possit. Quamquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro eius, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est: haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamus;

- D. 39,3,2,9 Idem Labeo ait, si vicinus flumen torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcendae non posse: aquam enim arcere hoc esse curare, ne influat. Quae sententia verior est, si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat.

¹⁰⁶ RICCOBONO, *op. cit.*, pag. 20.

¹⁰⁷ *Ivi*, pag. 21. Che in questa fattispecie concreta il vicino confinate non potesse ricorrere all'*actio aquae pluviae arcendae* non deve destare sorpresa in quanto "l'azione è diretta ad impedire che con opere manufatte si venga ad alterare il deflusso naturale delle acque piovane, con pregiudizio del vicino. E ciò non avviene nelle specie di cui sopra, dove si tratta o di ritenere l'acqua nel proprio fondo o di usare quella che scorre dal fondo superiore al fondo inferiore o di scavo fatto nel proprio fondo per cui si sottrae l'acqua che scaturiva nel fondo vicino".

¹⁰⁸ *Ivi*, pag. 22.

l'eliminazione delle opere realizzate. Nonostante alcune interpolazioni di epoca giustiniana dettate da esigenze di tecnica legislativa, la dottrina romanistica più attenta tende a ritenere che anche il diritto classico accordasse in questo caso l'azione di dolo¹⁰⁹. Se la scuola dei Sabiniani, che pone le sue fondamenta giuridiche nella “*pura logica*” dello *ius civile*, non pone alcun limite all'esercizio del diritto di proprietà, indipendentemente dallo scopo e dall'effetto, la scuola dei Proculiani, al contrario, tende a porre alcuni limiti nell'esercizio del più importante tra i diritti reali. Tra questi limiti quello più importante è proprio quello di esercitare il proprio diritto con *animus nocendi* senza che sia ravvisabile alcun vantaggio nella sfera giuridica del titolare¹¹⁰. Tra le due posizioni dottrinali prevalse infine quest'ultima. La proposta dei Proculiani di limitare le potestà dominicali è da considerare pienamente conforme a quell'evoluzione dell'ordinamento che prova a farsi carico delle istanze che nascono dai nuovi ideali e delle esigenze del nuovo ordine pubblico e privato¹¹¹. Proseguendo, il frammento D. 39, 3,2,5 contempla il caso della distruzione ad opera della pioggia di un argine sito nel terreno del vicino¹¹². “[...] *aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquae deiecit, per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret. varus ait, si naturalis agger fuit,*

¹⁰⁹ *Ivi*, pag. 24. Sul punto, Riccobono ritiene che il riconoscimento dello strumento processuale dell'azione di dolo in favore del vicino danneggiato non sia il risultato di un'interpolazione del VI secolo ma che debba essere fatta risalire alla scuola dei Proculiani in epoca classica. In altri termini, nel vietare l'emulazione in materia di acque la compilazione giustiniana avrebbe unicamente riportato l'antico precetto. “Lo stesso Scialoja non osa negare l'ammissibilità di quella azione. Ma io dico che l'interpolazione giustiniana non autorizza, in presenza di un testo alterato ai fini legislativi, a negare ai classici la paternità dell'ammissione, seppur contrastata, dell'actio de dolo. Questo è già un errore comune ai critici odierni, i quali dove c'è un'alterazione giustiniana, vedono sicuramente un'innovazione legislativa. L'esperienza insegna tutt'altro. Ma simili affermazioni sono destinate ormai a cadere come foglie secche”.

¹¹⁰ *Ivi*, pag. 23. Nel periodo classico si assiste all'affermazione dell'opinione degli epigoni del giurista Masurio Sabino mentre nel periodo più tardo si vedrà prevalere una concezione meno assolutistica del diritto di proprietà. “E se la controversia ha la sua radice nel contrasto delle due scuole su di un principio fondamentale, che investiva la potenza del diritto di proprietà, è agevole comprendere che le posizioni che dovevano essere tenute con fermezza e con vigore dall'una e dall'altra parte. Ed è altresì ben intelligibile, che, durante il periodo classico, la dottrina dei Sabiniani doveva trionfare, sorretta dalla forza della tradizione [...]. Ma alla fine, come appare dalla compilazione di Giustiniano, la dottrina dei Proculiani riuscì a prevalere”.

¹¹¹ *Ivi*, pag. 24.

¹¹² S. GIANZANA, *Le acque nel diritto civile italiano*, Vol. I, Unione tipografico-editrice, Torino, 1879, pagg. 834-835.

*non posse me vicinum cogere aquae pluviae arcendae actione, ut eum reponat vel reponi sinat, idemque putat et si manu factus fuit neque memoria eius exstat: quod si exstet, putat aquae pluviae arcendae actione eum teneri*¹¹³. Se l'argine distrutto era così vetusto da non potersi avere memoria di quando era stato eretto, nell'opinione di Varo, il proprietario del fondo danneggiato dalla nuova deviazione del flusso pluviale non potrà agire con l'*actio aquae pluviae arcendae* per domandare al vicino la ricostruzione. Tuttavia, secondo Labeone si può agire nei confronti del proprietario confinante mediante un'*actio utilis* che permetta la ricostruzione dell'argine al fine di evitare ulteriori danni. Se non è possibile obbligare qualcuno ad aiutare il proprio vicino almeno può essere obbligato a "*non nuocergli*"¹¹⁴. Anche il passo D. 39,3,2,9 esprime lo stesso principio contenuto nei primi due frammenti che abbiamo appena richiamato. "*Si vicinus flumen torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcendae non posse: aquam enim arcere hoc esse curare, ne influat*"¹¹⁵. Nessuno potrà impedire la realizzazione di opere che possano deviare il corso del fiume e pregiudicare il vicino a meno che tali opere abbiano unicamente lo scopo di danneggiarlo¹¹⁶. Ai rilievi dello Scialoja, il quale sostiene l'inesistenza all'interno dell'esperienza romana di un divieto di atti emulativi e giustifica il contenuto dei suddetti frammenti in ragione di una specificità insita nella materia delle acque¹¹⁷, è possibile replicare

¹¹³ V. *supra*, pag. 41, n. 105.

¹¹⁴ GIANZANA, *op. cit.*, pag. 835.

¹¹⁵ V. *supra*, pag. 41, n. 105.

¹¹⁶ GIANZANA, *op. cit.*, pagg. 835-836.

¹¹⁷ SCIALOJA, *Del divieto di atti emulativi in materia di acque*, in *Studi giuridici*, Vol. III, parte I, Anonima romana editoriale, Roma, 1932, pagg. 210 e ss. Nell'articolo pubblicato per la prima volta nel 1879 sulla rivista *Legge* l'autore replica a quanto sostenuto dall'avvocato Sebastiano Gianzana nella sopracitata monografia "*Le acque nel diritto civile italiano*". Nell'opera l'avvocato pavese riprende in chiave critica quanto espresso dallo Scialoja in *Il Foro italiano* nel commento alla sentenza della Cassazione fiorentina del 13 dicembre 1877. "Per emulazione, anzitutto, nel significato giuridico, si intende l'operato del cittadino in quanto pone in essere atti, che, senza giovare a lui, nuociono agli altri; è, in una parola, l'abuso non già l'uso dei diritti, che nascono dalla proprietà. Ciò premesso, la questione si riassume in questi termini: vi ha egli un principio di diritto naturale o positivo, per cui sia vietato al cittadino agire con emulazione? Nel *Foro italiano* dello scorso anno, il giovane avvocato Vittorio Scialoja scrisse a tal proposito una dotta monografia, della quale non saprei, se più devo ammirare la vastissima erudizione, o il fine acume. Ivi si sostiene ex professo la tesi, che la teorica dell'emulazione è affatto sbandita dalla

richiamandone altri che, in ambiti diversi, pongono espressamente un divieto di compiere atti emulativi. Tra questi il più celebre è sicuramente quello di Celso in materia di *ius tollendi* contenuto in D. 6,1,38¹¹⁸.

In questo frammento viene preso in considerazione l'ipotesi in cui il possessore in buona fede, ossia inconsapevole di non essere proprietario, abbia edificato su di un fondo altrui¹¹⁹. A seguito della rivendicazione del proprietario, in base ai precetti dello *ius civile* il possessore non ha diritto ad alcun indennizzo per le spese sostenute per il miglioramento del fondo¹²⁰. Questo in ragione del principio dell'accessione secondo cui *superficies solo cedit*: il proprietario, riappropriandosi di ciò che deve ritenersi legittimamente suo, nulla deve all'autore dei miglioramenti¹²¹. Ma ciò che è negato dal rigore

italiana legislazione, cosicché il diligente scrittore consiglia: essere bene lo scartare anche la parola emulazione, e la massima generica *malitiis non est indulgendum*, che restano sempre come *veteris vestigiae flamme*". Riportando un passo del Romagnosi, Scialoja sottolinea la specificità che caratterizza la materia delle acque che andrebbe a giustificare un regime giuridico differenziato rispetto a quello delle altre proprietà. Nell'opinione dello Scialoja le ragioni che spingono i romani a vietare comportamenti maliziosi in materia di acque andrebbero individuate altrove. "Il Gianzana m'incolpa di non aver veduto che dai testi del diritto romano in materia d'acque sia derivata la teoria veramente italica del divieto dell'emulazione. [...] Chi studia il diritto e la proprietà in generale deve rifiutare il divieto dell'emulazione; chi invece si faccia ad esaminare particolarmente le acque deve concludere che si vietino quegli atti che tendono a renderli inutili, che si favoriscano quelli che mirano a trarne profitto; ma questa posizione contiene una conseguenza di un principio ben più alto che non sia quello della repressione dei dispetti. [...] Il passo del Romagnosi, poc'anzi citato, contiene un principio di analisi delle qualità delle acque che le fanno oggetto di singolari diritti. È inutile tornarvi sopra. L'acqua è necessaria a tutti gli uomini, ed a quasi tutti i fondi; essa, tuttavia, non si trova che in alcuni determinati luoghi. È di sua natura diffusibile, anzi si trasporta da sé stessa. In moltissimi casi l'uso cui essa serve non la consuma, nella massima parte dei casi poi non la consuma tutta, onde dopo aver servito ad un uso la medesima acqua può esser destinata ad un altro".

¹¹⁸ - D. 6,1,38 In fundo alieno, quem imprudens emerat, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet. Finge et dominum eadem facturum fuisse: reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. Finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus sepulchris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. Constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas: neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut officias. Finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit: nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es

¹¹⁹ ROTONDI, *op. cit.*, pagg. 71-72.

¹²⁰ RICCOBONO, *op. cit.*, pagg. 13-14.

¹²¹ *Ivi*, pag. 14.

dell'ordinamento è tuttavia imposto dall'*aequitas*¹²². Infatti, l'equità richiede che il possessore in buona fede che abbia edificato su fondo altrui abbia diritto ad un compenso nella misura in cui un buon giudice riterrà opportuno a seconda delle particolarità della fattispecie concreta¹²³. All'autore delle migliori spetterà un indennizzo pari alle spese sostenute o all'aumento del valore del fondo; ma se il proprietario è impossibilitato a corrispondere un compenso deve essere concesso al possessore di separare dall'edificio *civiliter modo* ciò che è possibile¹²⁴. In ogni caso il principio di buona fede opera per il costruttore imprudente in tutti e due i sensi. In modo speculare, se hai costruito in buona fede puoi successivamente separare in buona fede (in questo caso intesa in senso oggettivo). Invero, al possessore non è permesso esercitare lo *ius tollendi* senza alcuna utilità e con il preciso intento di danneggiare il proprietario: "*neque malitiis indulgendum est [...] nihil laturus nisi ut officias*"¹²⁵. In altri termini, l'esercizio della facoltà di separare quanto realizzato sul fondo altrui senza alcuna utilità e con l'unico scopo di arrecare pregiudizio al proprietario sarebbe contrario a quello stesso principio di equità che ha riconosciuto lo *ius tollendi* in capo al possessore. Un ulteriore esempio di come il diritto romano, persino quello classico, conoscesse alcune limitazioni all'esercizio di alcune posizioni soggettive sancite dall'ordinamento. In contrasto con tale lettura, nell'esaminare il passo di Celso, Scialoja ritiene che lo stesso non contenga alcuna limitazione al diritto di proprietà. Al limite, secondo il giurista torinese, si potrebbe discorrere di una preclusione posta nei confronti del terzo possessore, il quale non potrebbe nemmeno vantare alcun diritto nei confronti del proprietario ma solamente una facoltà riconosciuta e garantita dall'*aequitas*¹²⁶. Ma tale argomentazione

¹²² *Ivi*, pag. 14.

¹²³ ROTONDI, *op. cit.*, pagg. 70-71.

¹²⁴ RICCOBONO, *op. cit.*, pag. 14.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ SCIALOJA, *Aemulatio*, in *Studi giuridici*, Vol. III, parte I, Anonima romana editoriale, Roma, 1932, pagg. 216 e ss. Il contributo era stato pubblicato inizialmente nel 1892 come voce della *Enciclopedia giuridica italiana*, Vol. I, Parte II, Sez. I, Leonardo Vallardi, Milano, 1892, pag. 426 e ss. Sul punto, "questa legge tratta dei diritti del possessore che abbia fatte delle spese nel fondo altrui, quando questo gli venga poi evitto dal proprietario. In forza del suo diritto di proprietà sulla cosa principale questi avrebbe anche diritto alle accessioni, ma gli si oppongono le ragioni del possessore, che per queste accessioni spese del suo. Celso pone il noto principio, che riguardo alle spese, e specialmente alle utili e alle voluttuarie, il possessore abbia

contiene un'aporia a priori. Infatti, sia il possessore in buona fede che il possessore in mala fede si vedono riconosciuto un diritto alla corresponsione delle spese per i miglioramenti e questo diritto è munito di azione. Similmente anche lo *ius tollendi* trova il proprio fondamento in tale posizione soggettiva di cui il possessore risulta titolare¹²⁷.

La tutela pretoria del diritto classico garantita attraverso l'eccezione di dolo diviene, nel periodo giustiniano, una tutela espressamente sancita dallo *ius civilis*¹²⁸. Nella compilazione di Giustiniano il frammento assume un valore ancora maggiore: il principio indicato da Celso, "*neque malitiis indulgendum est*", diviene vera e propria limitazione all'esercizio di un diritto e non più solo il "*limite di una mera facoltà equitativa*"¹²⁹. L'embrionale principio del divieto degli atti emulativi contenuto nei citati frammenti del Digesto non mancò di essere rilevato e riconosciuto anche dai glossatori¹³⁰. Accursio accompagna i passi D. 39,3,1,11 e D. 39,3,1,12, riaffermando il divieto di compiere atti emulativi ed estendendo potenzialmente l'applicabilità del principio anche ad ambiti del diritto diversi rispetto a quello delle acque¹³¹:

facoltà di portarne via quel che può senza danneggiare la cosa principale, eccetto quando il proprietario gli offra il valore che potrebbe ritrarne. [...] Non sussiste più dunque il diritto del possessore di fronte a quello del proprietario, il quale non è limitato, se non dall'utilità del possessore. Il testo perciò non ha che fare con l'emulazione, come s'intese dipoi, e la massima *malitiis non est indulgendum* va accettata nei limiti posti dal testo medesimo, cioè nel caso di conflitto di diritti, dei quali l'uno abbia il suo fondamento nell'utilità di colui, al quale è concesso contro l'altro".

¹²⁷ RICCOBONO, *op. cit.*, pag. 15.

¹²⁸ *Ibidem*. "La protezione pretoria del diritto classico, mediante exceptio doli, si venne a trasformare in seguito in protezione iuris civilis per il fatto stesso della fusione del ius civile col ius honorarium, per cui tutti i rimedi pretori sopravvissuti divennero ius civile".

¹²⁹ *Ibidem*. Sul punto si veda anche ROTONDI, *Aemulatio*, contributo estratto dal volume "*Per il XIV centenario della codificazione di Giustiniano*", Tipografia cooperativa, Pavia, 1934, pagg. 867-868.

¹³⁰ ROTONDI, *L'abuso di diritto*, *op. cit.*, pag. 83. Ancora una volta Rotondi contrasta la ricostruzione dello Scialoja che colloca temporalmente l'emersione della dottrina generale dell'emulazione nel periodo successivo a Bartolo. "Lo studio già più volte ricordato dello Scialoja, che al diritto romano dedica solo pochi cenni, si diffonde maggiormente per quel che riguarda il diritto comune, tuttavia la sua tesi dell'origine medievale del divieto e della mancanza di qualsiasi spunto di esso nel diritto giustiniano si risente naturalmente in quella sua trattazione, che, sorvolando la Glossa, vede il sorgere della teoria in quel periodo che segue Bartolo, per modo che essa, assente ancora nei commentari e nei trattati del sommo giurista, già appare nelle note e nelle addizioni dei suoi commentatori dell'edizione veneziana del 1596".

¹³¹ *Ivi*, pag. 84.

habere) scilicet vicinus actionem contra istum qui in suo suffodit, non animo nocendi, etc., qui tunc tenetur dolo: ut hic dicit et not, ex hoc in suo licere facere quod vult. Item quod alii nocet, et sibi non prosit, non licet¹³².

La teoria dell'*aemulatio* inizia gradualmente ad essere richiamata dai glossatori anche rispetto a passi che originariamente non contemplavano tale proibizione¹³³. In questi casi, la glossa adotta il consueto metodo, tentando di connettere tra loro i frammenti delle fonti romane. Attraverso un'attenta analisi delle concordanze e dei confronti, associa ai frammenti che contengono il divieto di agire *animus nocendi* numerosi altri testi. Sebbene sovente il legame sia soltanto formale o apparente, è comunque interessante osservare come tra questi vi siano contenuti alcuni passaggi che, pur dovendosi ritenere estranei al diritto romani, diventeranno in seguito fondamentali per lo sviluppo di una dottrina organica sull'*aemulatio*¹³⁴. Emerge tuttavia come, nonostante il contributo dottrinale dei glossatori, una compiuta elaborazione sistematica del divieto di atti emulativi si realizzi soltanto in epoca posteriore. L'affermazione del principio dell'*aemulatio* in termini generali nell'ordinamento presupponeva infatti il suo superamento dell'originaria collocazione settoriale in materia idrica, attraverso l'estensione alla disciplina dei rapporti di vicinato, ove inizia a trovare la sua piena maturazione giuridica¹³⁵. Invero, se gli interpreti precedenti

¹³² Gl. *Habere* ad C. 39,3,1,11. *De aqua et aquae pluviae arcendae*, l. Si cui, § *Idem* aiunt (*Corpus Iuris Civilis Giustinianei, Digestum novum, sen Pandectam...*, t. III), Lione, 1627.

¹³³ A tal riguardo, Rotondi riporta l'esempio del commento al frammento D. 8, 1, 9. Quest'ultimo, pur contenendo un precetto conforme al principio di equità secondo cui la servitù di passaggio deve essere realizzata con il minor danno per il fondo servente, non fa alcuna menzione al divieto di atti emulativi e all'*animus nocendi*. Ciò nonostante, i glossatori richiamano il principio espresso da Celso in D. 6, 1, 38 secondo cui "*malitiis non est indulgendum*". Ivi, pag. 86. "Di più mentre, particolare notevole, non si fa ancor cenno né al fr. 3, pr. 50. 10. né al vocabolo "*aemulatio*", il principio, benché eccezionale, è ormai ben presente al glossatore anche là dove si tratti di commentare l'enunciazione del principio generale che gli è contrario".

¹³⁴ ROTONDI, *L'abuso di diritto*, op. cit., pag. 88.

¹³⁵ SCIALOJA, *Aemulatio*, op. cit., pag. 217. "Chi guardi qua e là nella glossa vi troverà espresso il principio che non sia lecito fare quod alii noceat et sibi non prosit, vi troverà estesa, benché non senza parecchie eccezioni, la massima *malitiis non est indulgendum*; ma non potrà riconoscervi una vera e propria teoria, con un proprio nome, tracciata in tutte le sue linee particolari, come quella che fu creata dappoi. Pare anzi che quegli antichi interpreti ammettessero la più completa libertà, limitata solo dalle servitù e dalla legge, nel diritto di fabbricare ed elevare gli edifici, diritto del quale maggiormente si occuparono i posteriori fautori del divieto

ammettevano un'ampia libertà nell'esercizio del *ius aedificandi* — circoscritto unicamente da servitù e limiti di legge —, il progressivo incremento della popolazione urbana e l'accresciuta densità edilizia resero la materia ben presto oggetto di rilevante disputa giuridica¹³⁶. Se è da attribuire a Bartolo da Sassoferrato il divieto di costruire con intenzione malevola mulini nelle acque pubbliche o private laddove esistano già altri mulini ed il divieto di edificare forti pericolosi vicino a città, l'allievo di Cino da Pistoia non trattò mai dell'emulazione come fecero, invece, alcuni dei suoi successori¹³⁷. Come già evidenziato in precedenza, fintantoché la disciplina delle acque costituì l'unico ambito applicativo del divieto, non poteva logicamente prevedersi un significativo sviluppo dottrinale. L'evoluzione teorica ebbe inizio soltanto con l'estensione del principio alla materia edilizia. Spinti dalla necessità di individuare un fondamento normativo che potesse sostenere la vigenza del divieto anche in materia edilizia, i commentatori iniziarono a porre al centro della riflessione giuridica il frammento D. 50, 10, 3 del *De operibus publicis* il quale non contiene per vero alcun collegamento sostanziale con la teoria dell'*aemulatio*; almeno per come noi la stiamo intendendo:

pr. Opus novum privato etiam sine principis auctoritate facere licet, praeterquam si ad aemulationem alterius civitatis pertineat vel materiam seditionis praebeat vel circum theatrum vel amphitheatrum sit.

1. Publico vero sumptu opus novum sine principis auctoritate fieri non licere constitutionibus declaratur.

2. Inscribi autem nomen operi publico alterius quam principis aut eius, cuius pecunia id opus factum sit, non licet¹³⁸.

dell'emulazione". Così anche ROTONDI in *L'abuso dei diritti*, op. cit., pag. 88. "[...] perché il principio divenisse fecondo di molte applicazioni conveniva che si introducesse in un altro campo, in materia di rapporti di vicinato e particolarmente di edifici, di luci, di finestre, ecc., argomento quanto mai importante date le condizioni urbane create dall'addensarsi della popolazione massime entro le cinte urbane, che ispirano tante caratteristiche disposizioni della nostra fiorente legislazione statutaria".

¹³⁶ SCIALOJA, *Aemulatio*, op. cit., pagg. 217-218.

¹³⁷ *Ivi*, pag. 218.

¹³⁸ *Ibidem*.

In questo testo giuridico, il termine *aemulatio* assume il significato di *competizione* o di *gara*. La norma contenuta nel Digesto vietava ai privati di costruire nuove opere in una città senza l'autorizzazione del sovrano, qualora realizzate in competizione con altre città, poiché avrebbero potuto generare rivalità e turbare l'ordine pubblico¹³⁹. Il fatto che si desse così tanta importanza e si discutesse ampiamente sul divieto in parola non si spiega facilmente con la *forma mentis* moderna. In ogni caso, è più comprensibile se lo stesso viene contestualizzato nel periodo medievale, un'epoca caratterizzata da rivalità, competizioni e campanilismi, dove motivi banali spesso scatenavano conflitti anche violenti, sia tra diverse città che all'interno della stessa comunità cittadina¹⁴⁰. Una *ratio*, quindi, che sottende la tutela di un interesse pubblico ad un ordinato sviluppo urbanistico piuttosto che la tutela di un interesse privatistico riconducibile ai rapporti di vicinato. Questa scelta esegetica, coerente con i caratteri propri dell'elaborazione dottrinale della scuola del commento, si spiega con l'esigenza pratica di individuare un fondamento normativo per l'applicazione del divieto alle costruzioni che possa contrastare l'assoluta libertà riconosciuta al proprietario da altre disposizioni, ricorrendo proprio ad un testo che, come il citato frammento, affrontava specificamente la materia edilizia e le relative finalità¹⁴¹. In tale contesto normativo i commentatori trovano lo spazio più adatto per elaborare e sviluppare il principio che vieta l'abuso del proprio diritto di proprietà, mentre i pratici vi ravvisarono il riferimento più semplice ed immediato per

¹³⁹ SCIALOJA, *Aemulatio*, op. cit., pag. 217. "In questi testi *aemulatio* ha il significato di gara (*certatio* dice il Dirksen nel suo Manuale *latinitatis fontium iuris civilis romanorum*). Nella legge del digesto si vieta ai privati di erigere senza l'approvazione del sovrano nuove opere in una città, quando essendo fatte per gareggiare con altre città, ne potrebbero nascere gelosia e pubblici disordini. Nel testo del codice gl'imperatori, che aveano prima dichiarato essere il prefetto dell'annona gerarchica mente subordinato al prefetto della città, ordinano che gl'impiegati della prefettura urbana non s'immischino nelle faccende della prefettura annonaria, provvedendo così alla giusta repartizione degli uffici per evitare i conflitti che sarebbero certamente nati dalla gara e concorrenza di persone addette a diverse amministrazioni".

¹⁴⁰ ROTONDI, *L'abuso dei diritti*, op. cit., pagg. 90-91.

¹⁴¹ *Ivi*, pag. 89. "Era questa la sede in cui più facilmente occorreva al commentatore di accennare e di sviluppare il principio del divieto, e dove più facilmente il privato sarebbe andato a cercare la soluzione per la trattazione di un caso concreto".

la soluzione delle controversie concrete¹⁴². La dottrina successiva accolse senza riserve la teoria della proibizione degli atti emulativi. Secondo Baldo degli Ubaldi, la realizzazione di una finestra in un muro prospiciente l'orto di una fanciulla o di un frate è lecita solo se risponde a un'effettiva utilità del proprietario; diversamente, va considerata illecita qualora dettata da mero intento emulativo o da finalità disoneste¹⁴³.

“Aut facio ad meam utilitatem et possum, aut ad aemulationem et inhonestam considerationem et non possum”¹⁴⁴.

Sempre argomentando sulla base del frammento D. 50, 10, 3, viene confermato da Bartolomeo da Saliceto il divieto sancito da Baldo di aprire finestre con intento emulativo, come quello di osservare monaci, monache o i familiari del vicino¹⁴⁵. Mentre Alessandro Tartagno da Imola accoglie questa teoria nei suoi consilia costruendo una dottrina organica, Bartolomeo Cepolla, dopo aver ribadito il principio della libertà edificatoria “*usque ad caelum*”, delinea un catalogo di eccezioni che finisce per divenire un vero e proprio catalogo delle condotte emulatorie illecite¹⁴⁶. Nel celebre trattato *De praesumptionibus*, Andrea Alciato affronta quello che sarebbe divenuto l'aspetto giuridicamente più rilevante della questione: la prova dell'*animus nocendi*, ossia la dimostrazione dell'elemento soggettivo — l'intenzione malevola — alla base dell'esercizio del diritto. Sebbene il tema fosse già stato toccato dai giuristi in precedenza, è con l'Alciato che esso riceve per la prima volta una compiuta sistemazione teorica¹⁴⁷.

¹⁴² SCIALOJA, *Aemulatio*, op. cit., pag. 218. Come ben ricorda il giurista torinese, già in epoca precedente a quella di Bartolo, alcuni giuristi avevano affrontato il tema della proibizione degli *acta ad aemulationem* nei rapporti tra soggetti privati. A tal riguardo, Cino da Pistoia, applicando il frammento richiamato nel testo, aveva stabilito che il diritto di edificare ciò che si vuole nel proprio fondo trovava un limite quando, per spirito di emulazione, qualcuno costruiva così in alto da poter spiare il monastero vicino. A questa ricostruzione si era opposto Alberico da Rosate sostenendo con forza la libertà d'azione del proprietario così concludendo: “*contrarium credo per hanc legem [D. 3, 34, 8] et hic notata; et l. opus [D. 50, 10, 3] in aedificantem in publico non in suo loquitur*”.

¹⁴³ ID, *Degli atti di emulazione*, op. cit., pag. 195

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ ROTONDI, *L'abuso dei diritti*, op. cit., pag. 92.

¹⁴⁷ *Ivi*, pag. 93.

“Praesumitur si quis aliquod opus in suo agat non nocendi animo facere. Quod intellige procedere, quando tale opus sibi faciendi prodest: alias si nihil sibi prodesset, et alteri noceret, praesumeretur facere ut noceat et non permetteretur, quia dolose ageret”¹⁴⁸.

Il padre dell’Umanesimo giuridico elabora una prima presunzione *iuris tantum* in base alla quale deve ritenersi in buona fede chi esercita lo *ius ad aedificandum* sul proprio suolo. Tale presunzione opera, tuttavia, solo finché sussista un’utilità — sia pur minima — per il dominus nell’opera realizzata decadendo in caso di nocumento altrui senza vantaggio proprio. Da questo passaggio logico, Alciato giunge alla seconda presunzione che considera dolosa e compiuta con intento malevolo qualsiasi azione che non possa comportare un’utilità intrinseca per il titolare del diritto. Si tratta di un importante passaggio sul piano giuridico. Quasi un’analisi incentrata sulle finalità economiche del diritto¹⁴⁹. L’impossibilità di provare direttamente l’intento emulativo, una vera e propria *probatio diabolica* considerando la difficoltà di accedere al foro interiore di ogni singolo individuo, conduce all’adozione di un criterio presuntivo: l’assenza di un’utilità oggettiva, di un’utilità materiale per il soggetto agente costituisce elemento sufficiente per poter presumere l’elemento psicologico doloso¹⁵⁰. Il padre dell’Umanesimo giuridico chiarisce che l’esercizio di un diritto senza alcuna utilità per il titolare non costituisce un legittimo uso dello *ius*, bensì configura un abuso dello stesso; e l’abuso non può essere tollerato dall’ordinamento giuridico. Per ricapitolare, abbiamo osservato come nel diritto romano classico e nel

¹⁴⁸ A. ALCIATO, *De praesumptionibus*, in *Mediolanensis jureconsulti celeberrimi operum*, Tomus IV, Sumptibus haeredum Lazari Zatzneri, Francofurti, 1617, pag. 706.

¹⁴⁹ ROTONDI, *L’abuso dei diritti*, op. cit., pag. 93. “[...] e fa [l’Alciato] una ipotesi nuova ed elegante, risolvendola con criteri giuridici veramente equi ed informati, diremmo ora, non meno ai principi generali che alle finalità economiche del diritto”.

¹⁵⁰ ALCIATO, op. cit., pag. 706. “Et hoc est utile ad multas quaestiones, de quibus ibi per eos. Et puto quod etiam quaelibet levis utilitas erit consideranda, ad finem quo ille permittatur facere in suo quod vult. Et ita intelligitur regula l. nullus videtur D. de reg. iur. nam iniuria alteri non facit qui utitur iure suo. Sed si aliqua utilitas sibi non resultet, non dicitur uti, sed abuti ad nocumentum tertii. Quid autem si ex tali facto alteri resultaret aliqua utilitas, licet sibi non resultet? Putarem licitum esse facere in suo, licet alteri inde noceat. [...] Sed illud mihi non placet, quia dividat. Uno modo dic, quod in illo casu ille non utebatur iure suo, ex eo quod edictum praetoris simpliciter illi conservaverat portionem suam, ut sibi prodesse, non ut alteri noceret. Et propterea si ad emulationem adiit hereditatem ut noceat emancipato, debet teneri de dolo, licet prosit servis”

diritto giustiniano si possano trovare, benché ancora eccezionali, le prime applicazioni del divieto di atti emulativi¹⁵¹. Con la paziente attività preparatoria della Glossa e il lavoro dei postglossatori, questo principio si è poi evoluto: spinti dalla necessità di adattarlo a casi non previsti dalle fonti romane, i giuristi ne hanno sfruttato la flessibilità intrinseca – legata soprattutto all’elemento soggettivo – per estenderlo a fattispecie concrete sempre più varie¹⁵². In un primo momento, ne hanno modificato il fondamento testuale, per poi elaborarlo come una dottrina autonoma e generale¹⁵³. Tuttavia, con le sistemazioni ed elaborazioni teoriche successive, l’ampia diffusione del divieto e la crescente difficoltà di accertare in sede istruttoria l’elemento soggettivo caso per caso hanno portato i commentatori ed i giuristi pratici a sviluppare un complesso sistema di presunzioni¹⁵⁴. Si inizia a considerare come atto emulativo, e pertanto vietato, non solo chi dichiara o minacci di agire con l’intento di nuocere, ma anche chi costruisca un’opera inutile o dannosa al confine con la proprietà del vicino, chi apra una finestra in modo da recargli danno quando sarebbe possibile evitarlo, o persino chi ceda *animus donandi* ad un notabile o ad un potente la sua quota di un castello in comunione con il proprio fratello¹⁵⁵. La prova dell’elemento soggettivo non diviene più indispensabile per reprimere in sede giudiziaria l’esercizio dannoso di un diritto. Un siffatto sistema di presunzioni, da un lato, dimostra quanti casi siano stati ricondotti sotto il divieto grazie alla flessibilità del concetto di abuso del diritto¹⁵⁶. D’altro canto, però, ci mostra una teoria del divieto che, proprio nel momento della sua acme, in pieno *ius commune*, inizia a mostrare i primi segni di quell’irrigidimento che ne avrebbe accelerato il declino¹⁵⁷. Le presunzioni, basate per lo più su elementi puramente materiali e dettate dall’esigenza pratica, finiscono per cristallizzare il principio del divieto in una serie fattispecie specifiche. Gradualmente si perde di vista la vera *ratio* giuridica alla base del divieto, che viene percepito ormai solo come una mera limitazione del diritto oggettiva all’esercizio del diritto

¹⁵¹ ROTONDI, *L’abuso dei diritti*, op. cit., pag. 95.

¹⁵² *Ivi*, pag. 96.

¹⁵³ SCIALOJA, *Aemulatio*, op. cit., pag. 221.

¹⁵⁴ ROTONDI, *L’abuso dei diritti*, op. cit., pag. 96.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ *Ivi*, pagg. 96-97.

¹⁵⁷ *Ivi*, pag. 97.

come può essere ogni altra limitazione che trova fonte negli statuti cittadini¹⁵⁸. Ed è proprio in questo contesto che prende forma l'idea della codificazione: dalla necessità di emanciparsi da un sistema giuridico — come quello del diritto comune — ormai divenuto ingestibile, frammentato in mille e più rivoli diramazioni e asfissiato dal suo particolarismo e dalla sua stessa complessità.

¹⁵⁸ *Ivi*, pag. 97.

Capitolo II

Il Rechtsmissbrauch nell'esperienza giuridica germanica.

2.1. Tra morale e diritto: i limiti delle posizioni soggettive.

Come avviene nell'ordinamento italiano, anche nell'ordinamento tedesco principio romanistico del *qui iure suo utitur, neminem laedit* (D. 50.17.55) manifesta oggi una crescente tensione con l'espansione per via legislativa o giurisprudenziale delle ipotesi di abuso del diritto. La concezione individualistica, che riconosceva al titolare un potere pressoché illimitato nell'esercizio della sua sfera giuridica, risulta attualmente temperata da un articolato di limitazioni introdotte dalla legislazione¹⁵⁹. La problematica dell'abuso del diritto si configura essenzialmente come questione di delimitazione dell'esercizio dei diritti soggettivi. Mentre in alcuni casi tali confini sono delineati da specifiche previsioni normative, in altri l'assenza di discipline puntuali rende necessario il ricorso a clausole generali, con le inevitabili difficoltà applicative. Ciò solleva inevitabili interrogativi: quali condotte possano qualificarsi come abusive e, soprattutto, come conciliare tali restrizioni con i principi di certezza del diritto e dell'autonomia privata. Volgendo gli occhi alla disciplina legislativa continentale, possiamo sostenere senza alcun timore che il legislatore tedesco sia quello che con maggior sistematicità ha affrontato tale problematica¹⁶⁰. Ci riferiamo naturalmente alle tre disposizioni più famose all'interno del BGB in materia di abuso del diritto:

¹⁵⁹ H. P. HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre – Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens?*, Berlin Verlag, Berlin, 1995, pagg. 14-15. “Solche Grenzen können sich aus einer gewissen Pflicht zur Rücksichtnahme, zur Sozialverträglichkeit der Rechtsausübung, aber auch aus anderen Motiven ergeben. Ganz allgemein geht es bei der Problemstellung des Rechtsmißbrauchs um das Verhältnis des subjektiven Rechts zu seinen Schranken. In vielen Fällen ist das Recht bereits gesetzlich für bestimmte Fälle mißbräuchlicher Ausübung beschränkt. Problematisch sind demgegenüber die Fälle, in denen keine solche Einzelfallsschranke vorliegt”.

¹⁶⁰ EICHENHOFER, *op. cit.*, pag. 100.

il § 226, il § 242 ed il § 826. In particolare, il § 226, rubricato come *Schikaneverbot*, dispone: “die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen”.

I redattori del *Bürgerliches Gesetzbuch* hanno collocato questa disposizione nella parte generale del codice, elevandola a principio cardine valido per tutte le posizioni soggettive riconosciute. La norma, secondo la sua formulazione letterale, stabilisce che - a prescindere dal contenuto specifico del diritto soggettivo - il titolare è tenuto a esercitarlo con la dovuta considerazione per tutti i soggetti che potrebbero esserne coinvolti¹⁶¹. Il principio dello *Schikaneverbot* mira a impedire l'esercizio di un diritto finalizzato esclusivamente a danneggiare altri. Invero, l'ordinamento giuridico tedesco non ammette che si agisca spinti unicamente da motivi come l'invidia o il desiderio di rivalsa, soprattutto in assenza di qualsiasi altro interesse degno di tutela. Un siffatto divieto rientra nel complesso ambito del diritto privato, nel quale sono presi in considerazione i limiti imposti da ragioni sociali alle situazioni giuridiche individuali¹⁶². Al di là del ricorso all'istituto della presunzione, è annosa la problematica di come poter soddisfare l'onere della prova dell'elemento soggettivo. Ma procediamo con ordine. Nel capitolo precedente¹⁶³, abbiamo osservato come l'affermazione della teoria che vietava gli atti emulativi nel contesto dello *ius commune* debba molto all'opera dei commentatori che, spinti dalle esigenze pratiche della nuova organizzazione sociale, dal rapido ripopolamento dei centri urbani, svilupparono un'ampia casistica di condotte riconducibili, anche mediatamente, alla dottrina dell'*aemulatio*. Tutte le elaborazioni dei commentatori intorno al concetto di uso abusivo del diritto si giustificano anche in ragione di un solido legame tra morale, intesa come l'insegnamento cristiano, e diritto. Come già evidenziato da Riccobono, l'etica cristiana esercitò un'influenza determinante nella codificazione giustiniana del VI

¹⁶¹ H. P. HAFERKAMP, *Schikaneverbot*, in Aa.Vv., *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, pag. 1035. “Unabhängig vom konkreten Rechtsinhalt stellt sich jedoch übergreifend die Frage, ob der Berechtigte im Rahmen der Ausübung und Durchsetzung seiner Rechtsposition generell auf den hierdurch Betroffenen gewisse Rücksichten zu nehmen hat”.

¹⁶² *Ivi*, pagg. 1035-1036.

¹⁶³ V. *supra*, pagg. 28 e ss.

secolo e, di conseguenza, in tutta la scienza giuridica successiva. Secondo il giurista siciliano, le applicazioni concrete di questo principio possono dirsi molteplici. Sebbene non tutte riconducibili al divieto specifico degli atti emulativi, esse troverebbero comunque un comune fondamento in un principio superiore di giustizia sociale. Tale principio, prosegue Riccobono, richiederebbe una valutazione degli effetti vantaggiosi o dannosi per gli altri; un approccio fraterno caratterizzato da cooperazione e moderazione nei rapporti umani, nonché l'imposizione di limiti non solo nell'esercizio dei diritti, ma addirittura nella loro stessa essenza giuridica¹⁶⁴. Questo solido legame tra diritto e morale, tuttavia, comincia a indebolirsi progressivamente a partire dal XVII secolo, con l'affermarsi delle nuove dottrine giusnaturalistiche. Le diverse correnti del razionalismo giuridico europeo, riconducibili all'insegnamento di Grozio e alla tradizione hobbesiana, trovano una sintesi originale nel pensiero del tedesco Samuel von Pufendorf¹⁶⁵. Come anche ricostruito da Adriano Cavanna, il giusnaturalista tedesco elabora una forma particolare di razionalismo giuridico. La ragione, nella prospettiva del giurista della Sassonia, non si limiterebbe a riconoscere la validità delle leggi naturali come manifestazione della volontà divina, ma implicherebbe anche che il diritto positivo debba adeguarsi a tali principi razionali, in tal modo perfezionandoli. Tuttavia, come rileva Cavanna, questa struttura teorica si arricchisce di ulteriori influenze: da un lato, considerazioni utilitaristiche sull'umana socievolezza necessaria per l'autoconservazione; dall'altro, un marcato volontarismo di derivazione hobbesiana, che incide profondamente

¹⁶⁴ RICCOBONO, *op. cit.*, pagg. 28 e 30. "Il quadro disegnato con rilievo delle limitazioni più perspicue allo esercizio del diritto è sufficiente al nostro fine. Da esso risulta provato, in primo luogo, che il divieto di atti emulativi pende e dipende ora da un principio più generale, attuato largamente nella Codificazione del VI secolo, la quale impone restrizioni di vario ordine nell'esercizio dei diritti e soprattutto prescrive moderazione e misura, in maniera di evitare che ne derivi comunque, danno ad altri. È provato altresì che il divieto non è sorto dalla confusione delle idee: di diritto, morale e religione, portata dal medio evo: dacché esso è perfettamente inquadrato nel sistema del diritto giustiniano, dove ha rilievo anche maggiore".

¹⁶⁵ CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa, op. cit.*, Vol. I, pag. 338. "Le due distinte correnti del giusnaturalismo europeo risalenti a Grozio e Hobbs trovano il loro punto di incrocio, di rielaborazione, di sviluppo nel pensiero del tedesco Samuel von Pufendorf [...], pensiero che costituisce uno tra i momenti dottrinali di importanza decisiva nel processo di sistemazione concettuale, di esposizione illustrativa e di diffusione a largo raggio delle teoriche sul diritto naturale".

sull'intera impalcatura del sistema giuridico¹⁶⁶. Una concezione volontaristica del diritto positivo come sistema razionale di comandi produce significative implicazioni ideologiche e dottrinali: la distinzione tra condotte lecite ed illecite non dipende più dalla loro intrinseca moralità¹⁶⁷. Dipende tutto, ed unicamente, dalla presenza di un precetto assistito da una sanzione che espressamente vieti determinate azioni. Nella sua concezione dell'ordinamento, la legge consiste in un comando, una “*autoritaria manifestazione di volontà che impone una serie di doveri e che si qualifica come imperativo giuridico accompagnato da una sanzione*”¹⁶⁸. Gli ambiti di libertà che coincidono con il silenzio della legge divengono quello che gli illuministi successivamente chiameranno diritti soggettivi¹⁶⁹. Nell'opera *De officio hominis et civis* è proprio il professore di diritto naturale dell'Università di Heidelberg il primo a delineare con chiarezza una separazione concettuale tra diritto e morale¹⁷⁰:

primum igitur discrimen, quo istae disciplinae inuicem separantur, resultat ex diverso fonte, unde traque deriuat; de quo iamiam aliquid tetigimus. Ex quo consequitur; si aliqua sint, quae diuinis literis agere aut omittere iubeamur, quorum necessitatem tamen ratio sibi relicta perspicere nequit, illa extra ius naturale esse, et ad theologiam moralem propria spectare¹⁷¹.

¹⁶⁶ *Ivi*, pag. 339.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ *Ivi*, pag. 340.

¹⁷⁰ *Ivi*, pagg. 339-340. “[...] consiste nel collocare su due piani distinti e separati la legalità e la moralità, il diritto e la teologia morale, l'ambito giuridico (contrassegnato da norme coattive) e quello del “foro interno”, in cui è arbitra la libera coscienza dell'individuo. Si noti che la separazione della morale religiosa è istituita anche per il diritto naturale che, secondo Pufendorf, regola non i rapporti dell'uomo con Dio, ma l'esistenza terrena nello stato di natura e riguarda “tutti gli uomini non in quanto cristiani, ma in quanto uomini””.

¹⁷¹ S. PUFENDORF, *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem*, Felicem Bielkium, Ienae, 1721, Praefatio § VIII e pag. 9. “Fines omnium rerum, ut alibi probatum dedimus. Sunt gloria Dei hominumque felicitas. Omnibus quoque rebus fines singulares additi sunt, ita tamen comparati, ut prioribus promouendis inseruiant minifce. Sed neque hi fines frustra esse possunt; hinc explendi ab illis, qui huic rei apti sunt. Ex horum autem genere esse quoque homines, intellectus, quo fines congoscere, et voluntas, qua optima quaeque eligere possunt, testes sunt omni exceptione maiores”. Così anche ID, in *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*, Londini Scanorum, 1672, pagg. 8-9. “Sed cum natura hominum tam ad bonum vergat quam ad malum, ac quod hodie frequentissime geritur, in peius vi quadam fere rapi videatur, efficaciori quoque ratione homines ad fines explendos adducendi sunt. Aut ergo vi quadam naturali adversatur. Intellectio enim ex voluntate suo modo nullam in coactione haberent usum. Alter itaque modus, nempe vis moralis seu obligatio,

Prima di lui, la tradizione giusnaturalista aveva cercato prevalentemente di individuare i criteri affinché una condotta potesse considerarsi giusta e virtuosa, mantenendo un'impostazione unitaria tra dimensione giuridica e morale, senza però asserire esplicitamente la loro differenziazione¹⁷². Diversamente, Pufendorf introdusse una distinzione fondamentale tra *äußere Handlung* (azione esterna) e *innere Handlung* (azione interna). La prima categoria viene fatta ricadere sotto la competenza della giustizia e della giurisdizione terrena, il c.d. *forum humanum*, mentre la seconda viene ricondotta alla giustizia divina, il c.d. *forum divinum*¹⁷³. Con questo passaggio, Pufendorf segna profondamente il pensiero giuridico emancipando il diritto naturale dalla teologia morale¹⁷⁴. Il diritto naturale doveva occuparsi esclusivamente di regolare e disciplinare le azioni esterne. Secondo tale prospettiva, l'esercizio di una posizione soggettiva formalmente in modo conforme al precetto ma motivato da intenti moralmente riprovevoli non avrebbe potuto essere sottoposto al sindacato del *forum humanum*: dal punto di vista dell'ordinamento terreno l'atto doveva considerarsi lecito¹⁷⁵. O quantomeno, una lettura parziale del pensiero di Pufendorf può condurre a tale conclusione. Invero, come ben osservato da Hans-Peter Haferkamp, il giusnaturalista tedesco non sviluppò fino in fondo le applicazioni di questa separazione in relazione alla questione dell'abuso del diritto inteso come divieto di porre in essere comportamenti con intento emulativo. In altri

adhibenda erit. Qui enim intendit finem, et media necessaria curare debet. In lege ergo ferenda adsunt legislator Deus, subditi homines, voluntas illius et praescriptum tandemque obligatio. Nihil itaque deest quam promulgatio, quam verbis factam esse asserere merito dubitamus. Factis ergo, rebus nempe ipsis, illisque vestigiis quae finem cuiusque rei indicant, manifestavit legem suam benignissimus Deus”.

¹⁷² HAFERKAMP, *Die heutige Rechtmißbrauchslehre, op. cit.*, pagg. 28-29. “Gleichzeit war es Pufendorf, der als ersten zu einer Trennung von Recht und Moral gelangte. Die bis zu diesem Zeitpunkt gültige naturrechtliche Fragestellung hatte ganz allgemein nach Kriterien rechten Handelns, also nach einer Einheit von Recht und Moral, wenn auch ohne diese Unterscheidung überhaupt als zentral herauszuarbeiten, gesucht. [...] Damit war es Pufendorf, der erstmal das Naturrecht von der Moraltheologie trennte. Nach ihm beschränkte sich die Aufgabe des Naturrechts größtenteils auf die Gestaltung der “äußeren Handlung” des Menschen. Eine Handlung, die in ihrer äußeren Anschauung den Rechtsregeln entsprach und lediglich auf einer verwerflichen Gesinnung fußte, war für Pufendorf nach “irdischer” Anschauung auch naturrechtlich nicht verfolgbar, also rechtlich erlaubt”.

¹⁷³ *Ivi*, pag. 29.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

termini, non giunse, alla conclusione logica, date le premesse, che l'esercizio moralmente scorretto di un diritto non possa essere sottoposto a sanzione giuridica¹⁷⁶. “*Die von der äußeren Handlungsordnung gewährte Freiheit blieb vielmehr eine sittliche Kategorie. Das Recht sei “die Freiheit zum Handeln nach dem rechten Gebrauch der Vernunft”*”¹⁷⁷: “*jus est potential moralis activia, personae competens ad aliquid ab altero neccessario habendum*””¹⁷⁸. Nella ricostruzione sistematica dell'ordinamento giuridico proposta da Pufendorf, non tutte le forme di “*Freiheitsausübung*” – ossia l'esercizio delle libertà individuali – possono considerarsi tutelate dal precetto normativo, ma soltanto quelle che la “*Vernunft*”, ossia la ragione, riconosce come legittime¹⁷⁹. Soltanto le questioni morali che trascendono la ragione umana, come la fede nella religione cristiana, devono essere considerate giuridicamente irrilevanti. Le “*Moralfonderungen*”, ossia le pretese morali, suscettibili di essere apprezzate dalla ragione umana continuano a poter essere sottoposte al sindacato giurisdizionale e alla eventuale sanzione giuridica¹⁸⁰. “*Eine Handlung mußte also nicht nur vernunftgelenkt, sonder auch “vernünftig” sein, um rechtlichem Einfluß entzogen zu sein*”¹⁸¹. Anche il pensiero di Christian Thomasius, giurista e professore alle università di Lipsia e Halle, tradisce una chiara matrice pufendorfiana¹⁸². È proprio ad Halle che Thomasius diede alle stampe la sua opera più significativa, i *Fundamenta iuris naturae et gentium* pubblicato nel 1706, testo in cui elabora una versione del giusnaturalismo ancor più avanzata rispetto agli schemi teorici di Pufendorf¹⁸³. Come ben osservato da Cavanna, la posizione di Thomasius come vero e proprio pioniere del liberalismo e dell'Illuminismo in Germania

¹⁷⁶ Ivi, pag. 30. “Die angesichts dieser Trennung für die Frage des Rechtsmißbrauchs naheliegende Folgerung, daß eine moralische Rechtsausübung nicht erzwungen werden kann, zog Pufendorf aber nicht”. A tal riguardo, Haferkamp riprende quanto affermato da K. H. FEZER, in *Teilhabe und Verantwortung. Die personale Funktionsweise des subjektiven Privatrechts*, München, 1986, pagg. 188 e ss.

¹⁷⁷ HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre*, op. cit., pag. 30.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ *Ibidem*. “Lediglich die außerhalb menschlicher Vernunft stehenden moralischen Fonderungen, er nannte als Beispiel del Glauben an die Unsterblichkeit, esenen nicht einklagbar. Diejenigen Moralforderungen, die der menschlichen Vernunft zugänglich waren, blieben rechtlich sanktionierbar”.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, op. cit., Vol. I, pagg. 340-341.

¹⁸³ Ivi, pag. 341.

emerge con chiarezza dalla sua adozione di criteri utilitaristici e da un marcato orientamento pragmatico e riformista¹⁸⁴. Egli portò a compimento il processo di laicizzazione del diritto e di affermazione della libertà di coscienza e della tolleranza religiosa, avviato da Pufendorf. Nella sua riflessione, Thomasius distingue tre categorie fondamentali dell'agire umano: l'*honestum*, il *decorum* e lo *iustum*¹⁸⁵. Ogni individuo è chiamato a conformare la propria esistenza a questi tre principi. L'*honestum* riguarda la dimensione strettamente morale del comportamento, comprendendo quelle norme di saggezza e virtù che garantiscono la pace interiore e il perfezionamento spirituale dell'uomo¹⁸⁶. Il *decorum* abbraccia invece gli atteggiamenti che favoriscono relazioni di solidarietà e mutua comprensione, come la carità, la pietà e la generosità. Lo *iustum*, infine, delimita la sfera giuridica, comprendendo tutte le azioni necessarie al mantenimento della pace sociale¹⁸⁷.

Le regole dello *iustum*, materia di interesse dell'ordinamento e della giurisprudenza, si fondano sul principio del Vangelo secondo cui "*quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris*", nessuno deve fare ad altri ciò che non vorrebbe fosse fatto a sé stesso¹⁸⁸. Questa tripartizione evidenzia con chiarezza lo sforzo di Thomasius di conciliare etica e diritto, anticipando i principi fondanti del liberalismo e dell'Illuminismo europeo. I precetti dello *iustum*, garantendo la pacifica convivenza sociale, mirano a prevenire i mali estremi del conflitto e della guerra tra gli uomini¹⁸⁹. Tuttavia, il giurista non si spinse

¹⁸⁴ *Ivi*, pag. 341.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ *Ivi*, pag. 342.

¹⁸⁷ C. THOMASIIUS, *Fundamenta juris naturae et gentium exsensu communi deducta*, Auditorii Thomasiani, Halle-Lipsia, 1705, Liber I, Cap. VI, pag. 128. "§ XXXIX. Sed postulat tamen methodi ratio, ut haec tria intime unita sapiens iterum mentem separet; id est, ut principia honesti, decori, iusti distincte proponat, ne animum discendi cupidum eorum confusione turbet. § XL. Primum itaque principium honesti hoc esto: Quod vis, ut alii sibi faciant, tute tibi facies. § XLI. Decor: Quod vis ut alii tibi faciant, tu ipsis facies. § XLII. Iusti: Quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris. § XLIII. Ergo quoad regulas honesti: incipies a seria poenitentia. Est vero poenitentia seria agnitio propriae stultitiae. Modus agnoscendi variat. § XLIV. Si itaque hilaris animi es, ridebis; si tristis, plorabis; si ferus, indignaberis. § XLV. Tum diriges actiones tuas, ut optatum finem consequatur, quem frustra putasti te consecuturum esse cupiditatibus tuis".

¹⁸⁸ CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, op. cit., Vol. I, pag. 341.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

mai fino al punto di riconoscere un'azione processuale a tutela della vittima di condotte emulative: “*non ens actionis forensis contra aedificationem ex aemulatione*”¹⁹⁰.

Anche altri esponenti del diritto naturale illuministico conservarono l'impostazione pufendorfiana del legame morale con rilevanza giuridica. Gottlieb Hufeland nella sua opera più importante, *Lehrsätze des Naturrechts*, pubblicata a Jena nel 1790, assunse come fondamento una massima suprema della moralità, che imponeva in modo categorico comportamenti concreti finalizzati¹⁹¹ a raggiungere la perfezione sia individuale sia dell'intera umanità¹⁹².

Se da un lato si proclama con forza la libertà individuale, dall'altro ogni pretesa soggettiva deve confrontarsi con un duplice limite: la compatibilità sociale dell'azione e il bene collettivo. Nel pensiero di Hufeland, il riconoscimento della libertà personale non costituisce il fine ultimo dell'ordinamento giuridico¹⁹³. Ogni norma che attribuisce diritti o facoltà reca in sé, anche implicitamente, i vincoli posti dall'esigenza di armonia sociale. Un esercizio illimitato della libertà, infatti, non dovrebbe mai tradursi in una lesione altrui: nessun individuo può essere sacrificato sull'altare dell'arbitrio

¹⁹⁰ HAFERKAMP, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, op. cit., pag. 1045 in nota. L'autore riporta il testo di una dissertazione di Thomasius risalente al 1703.

¹⁹¹ ID, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre*, op. cit., pagg. 30-31. “Auch die Naturrechtler der Aufklärung blieben dem moralisch gebundenen Rechtsbegriff Pufendorfs treu. Gottlieb Hufeland ging in diesem Sinne von einer “allgemeinsten Vorschrift der Sittlichkeit” aus. Diese schreibe “wirkliche Handlungen” vor, mit dem Inhalt: “Vervollkommene alle Menschen oder befördere die Vollkommenheit aller Menschen””.

¹⁹² G. HUFELAND, *Lehrsätze des Naturrechts und damit verbundenen Wissenschaften*, Christ. Heinr. Cuno's Erben, Jena, 1790, pag. 39. “§ 71. Es kann also kein höherer Zweck in Ansehung des Menschen gedacht werden, als seine Vollkommenheit; und da Gesetze auf einen Zweck bezogen werden müssen, dieser Zweck aber seiner Ableitung nach [...] aus alle Menschen (die einzigen vernünftigen Wesen, auf welche die Handlungen der Menschen Einfluss haben können) auszudehen ist; so kann der Zweck der sittlichen Gesetze kein anderer seyn, als Vollkommenheit aller Menschen. § 72. Demnach ist die allgemeinste Vorschrift der Sittlichkeit, welche wirkliche Handlungen vorschreibt, (das höchste materiale Gesetz der Sittlichkeit) folgende: Vervollkomme alle Menschen, oder: Befördere die Vollkommenheit aller Menschen”.

¹⁹³ HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre*, op. cit., pag. 31.

individuale¹⁹⁴. Constatato che i giusnaturalisti tedeschi non abbiano mai respinto aprioristicamente la teoria dell'abuso del diritto, è indubbio che il merito di aver sviluppato una sistematica teoria generale in materia di divieto degli atti emulativi, nel contesto giuridico germanico, spetti alla scienza romanistica¹⁹⁵. Nei territori frammentati ed irrequieti della Germania, il

¹⁹⁴ *Ivi*, pag. 31. "Die Gewährung sittlicher Freiheit wurde also immer an der größtmöglichen Freiheit aller gemessen und war niemals Selbstzweck. Jedes Recht kannte also die Schranke der Gemeinverträglichkeit. Kein Individuum sollte unter der rücksichtslosen Freiheitsausübung eines anderen leiden müssen. Schlossen sich somit rechtliche Freiheit und Rücksichtnahme nicht aus, so trug das Recht gleichzeitig das Verbot seines Mißbrauchs in sich. Durch die insofern weiterhin bestehende Bindung zwischen dem formalen Recht und der ethischen Bindung seiner Ausübung, blieb im Naturrecht der Aufklärung die Verknüpfung von Recht und Moral weiterhin spürbar".

¹⁹⁵ *Ivi*, pagg. 32-34. Trattando delle teorie dei giusnaturalisti tedeschi e delle loro successive evoluzioni, non possiamo non ricordare come pensiero di Immanuel Kant rappresenti il punto di incontro tra rappresenta un'importante intersezione tra la filosofia giusnaturalistica e le teorie giuridiche del XIX secolo. Come ben osservato da Haferkamp, nella sua opera del 1797 *Metaphysik der Sitten* - la *Metafisica dei costumi* - Kant definisce il diritto alla libertà come "einzigen, ursprünglichen, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehenden Recht", e il diritto privato come il sistema e l'insieme delle posizioni giuridiche di libertà. Il filosofo di Königsberg definisce il diritto in generale in questi termini: "Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des Einen mit der Willkür des Anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann", ossia l'insieme delle condizioni grazie alle quali l'arbitrio dell'uno può accordarsi con accordarsi con l'arbitrio dell'altro in base ad una legge universale della libertà. Come per Pufendorf, per Kant risulta centrale il rapporto tra diritto e moralità. Tale aspetto del suo pensiero finisce per culminare nel celebre imperativo categorico: "Handle nur nach derjenigen Maxime durch die du zugleich wollen kannst, daß sie allgemeines Gesetz werde". Poiché il filosofo in parola considera il sistema giuridico come la condizione esteriore della libertà e la morale come atteggiamento interiore, non era compito del diritto stabilire ed imporre standard morali. Rispetto al problema del Rechtsmissbrauch si potrebbe ritenere che il pensiero kantiano rileghi le condotte maligne ma formalmente conformi al diritto unicamente all' "inneren Gericht", al tribunale interno, alla coscienza di ogni individuo e non ad un sindacato giurisdizionale. Tuttavia, prosegue Haferkamp, H. WELZEL, nella sua opera *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs. Ein Beitrag zur Ideengeschichte des 17. Und 18. Jahrhunderts*, Berlin, 1958, pagg. 165 e ss., avrebbe dimostrato che il concetto kantiano di diritto racchiude in sé un obbligo morale. La "allgemeine Gesetz der Freiheit" del pensiero di Kant, la legge universale della libertà, contiene già in sé, in nuce, analogamente alla posizione di Pufendorf, una connotazione etica poiché viene intesa come libertà morale. Questo perché l'ambito di libertà di ogni singolo consociato può essere limitato in nome dell'ambito di libertà altrui. L'esercizio di ogni libertà deve responsabilmente conformarsi alla ragione; in altri termini, la libertà non coincide e non è sinonimo di mero arbitrio. Per quanto riguarda la questione dell'abuso del diritto, è importante osservare come in tutta questa ricostruzione manchi l'idea di un diritto individuale che potremmo definire assoluto. Dal punto di vista teorico, non è quindi esclusa la possibilità di limitare l'esercizio di una posizione soggettiva, ancorché formalmente conforme al precetto normativo, sulla base di considerazioni etiche.

diritto romano non fu solo oggetto di una recezione “*indiretta*” — favorita dalla massiccia presenza di studenti tedeschi nelle università italiane — ma anche di un’adozione “*diretta*” a seguito dell’istituzione, nel 1495, del *Reichskammergericht*, il Tribunale camerale imperiale¹⁹⁶. Questo nuovo organo giurisdizionale era tenuto, in assenza di precise indicazioni legislative contrarie, ad applicare i precetti del *Corpus iuris*¹⁹⁷. La cultura giuridica tedesca, attraverso questo secolare processo di assimilazione dello *ius commune*, giunse a un esito analogo a quello riscontrato negli altri Paesi europei influenzati dalla tradizione romanistica: la nascita di una peculiare scienza giuridica, caratterizzata da tratti distintivi frutto di una rielaborazione propria del patrimonio dottrinale e pratico recepito¹⁹⁸. Sotto anche l’influsso delle tendenze giuridiche dei territori francesi, si assiste allo sviluppo di un nuovo indirizzo dottrinale e giurisprudenziale conosciuto come *Usus modernus Pandectarum*¹⁹⁹. Come elegantemente riassunto da Antonio Padoa-Schioppa: “*l’analisi testuale di ascendenza culta, l’intento sistematico e*

¹⁹⁶ M. CAVINA, E. TAVILLA, in Aa.Vv., *Tempi del diritto. Età medievale, moderna, contemporanea*, Giappichelli Editore, Torino, 2022, pag. 118. Per un approfondimento circa la nascita, la composizione e dell’attività del *Reichskammergericht* si veda CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, op. cit., Vol. I, pagg. 460-464. Particolarmente interessante per quanto riguarda il contesto germanico appare la raccolta compilativa di diritto regionale detta *Sachsenspiegel* iniziata alcuni secoli prima nell’area geografica della Sassonia che aveva avuto l’effetto di limitare la diffusione del diritto comune italiano in quei territori. “Nella vasta area sassone, in particolare, ove si era conservato, esteso e potenziato quel diritto regionale già precocemente raccolto nella compilazione detta *Sachsenspiegel* e dove i tribunali degli scabini (in particolare quelli di Halle, Magdeburgo e Lipsia) erano riusciti a sviluppare una giurisprudenza notevolmente autorevole, si formò addirittura un diritto comune sassone che si rivelò capace di espandersi e di impedire l’avanzata in Sassonia dello *ius commune* romano. Ma ciò si dovette anche ai giuristi delle facoltà giuridiche di Erfurt, Jena, Halle e soprattutto Lipsia, che seppero porre efficacemente la tecnica romanistica al servizio del diritto sassone”. Per un approfondimento sulla raccolta di diritto regionale sassone denominata *Sachsenspiegel* si veda anche A. ERLER, E. KAUFMANN, R. SCHMIDT-WIEGARD, alla voce di F. EBEL, *Sachsenspiegel*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. IV, Erich Schmidt Verlag, pagg. 1227-1237.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, op. cit., Vol. I, pag. 464.

¹⁹⁹ CAVINA, *Tempi del diritto*, op. cit., pag. 118. Come spiegano i due autori, l’espressione che va ad indicare la nuova corrente giuridica tedesca è tratta dal titolo dell’opera *Usus modernus Pandectarum*, pubblicata nel 1690, del celebre giurista Samuel Stryk (1640-1710) nella quale emerge nitidamente l’obiettivo di enucleare dalle fonti di diritto romano precetti giuridici chiari e coerenti al fine di rispondere alle istanze che emergono dalla realtà pratica.

*l'attenzione per la giurisprudenza locale si intrecciano*²⁰⁰. Emancipandosi progressivamente dal *mos italicus*, questa nuova corrente giuridica tedesca assunse il compito di ridefinire attraverso nuove categorie e strumenti concettuali l'impianto dogmatico necessario a sistematizzare la prassi giuridica formatasi dopo la recezione dello *ius commune*. L'obiettivo fondamentale consisteva nell'adattare ciò che era stato recepito dal *Corpus iuris* alle concrete necessità ed istanze della realtà sociale tedesca²⁰¹. Invero, tra i secoli XVII e XVIII, questa nuova elaborazione dottrinale si caratterizzò per il suo marcato orientamento pratico, finalizzato a creare strumenti applicativi e categorie funzionali per un diritto in evoluzione, nato dall'interazione tra lo *ius commune* e gli iura propria locali. Tale nuova tendenza, inevitabilmente, assunse connotati spiccatamente pratici, mantenendo un costante collegamento con l'effettività della tutela processuale e la concreta operatività del diritto²⁰². Ed è proprio nel contesto dell'*usus modernus pandectarum* che è possibile rinvenire una ricostruzione organica della teoria generale dell'*aemulatio*²⁰³. Per vero, un importante precursore della teoria generale del divieto di atti emulativi è possibile rinvenirlo nel concetto del *Neidbau* — costruzione per invidia/rancore — tipico del diritto comune tedesco. Quest'ultima figura è anche considerata da alcuni germanisti come l'archetipo dello *Schikanenverbot*²⁰⁴. Già

²⁰⁰ A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, il Mulino, Bologna, 2007, pag. 280.

²⁰¹ CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, op. cit., Vol. I, pagg. 464-465.

²⁰² Ivi, pag. 465.

²⁰³ HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmissbrauchslehre*, op. cit., pag. 35.

²⁰⁴ Ivi, pag. 35. Sul punto, si veda quanto affermato da G. BESELER, in *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, II Auflage, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin, 1866, § 93, pag. 355. Nella parte dell'opera dedicata alle limitazioni nell'esercizio del diritto di proprietà l'autore compie un riferimento al concetto del *Neidbau*. "Untersagung des Neidbaus. Niemand darf einen Bau unternehmen, der erweislich nicht den eigenen Nutzen, sondern die Beschädigung oder Kränkung eines anderen zum Zweck hat". Similmente anche O. VON GIERKE in *Deutsches Privatrecht. Erster Band. Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1895, pag. 319. "Der Berechtigte kann ferner sein Recht auf beliebige Weise ausüben. Verpflichtet ihn auch das Sittengesetz zu rechtem Gebrauch, so gewährt doch das Rechtsgesetz mit der Freiheit des Gebrauchs zu Gleich die Freiheit des Missbrauches. Doch nach Deutscher Anschauung die Rechtsordnung dem Missbrauch der Recht dann nicht mit verschränkten Armen zusehen, wenn derselbe entweder durch ein Uebermass von selbstsüchtiger Ausnützung einer Befugnis das Gemeinwohl gefährdet oder durch nutzlose Schädigung Anderer dem Zweck des Rechtes Hohn spricht".

nello *Sachsenspiegel*²⁰⁵ si proibiva di edificare strutture insalubri o pericolose — come forni, latrine e porcilaie — in prossimità dei confini altrui. Questa antica raccolta di precetti e consuetudini locali sassoni, a tutela delle già precarie condizioni igienico-sanitarie di quel periodo, stabiliva norme precise in materia edilizia: tali costruzioni dovevano sorgere a distanza di sicurezza dalle proprietà vicine, garantendo così la tutela della salute collettiva e prevenendo anche la realizzazione di tali strutture a puro scopo emulativo²⁰⁶. Tuttavia, il concetto di *Neidbau*²⁰⁷, tipico del diritto germanico tradizionale, non può essere perfettamente equiparato alla teoria dell'*aemulatio*, che vietava l'esercizio di un diritto unicamente per arrecare danno ad altri. Il primo aveva un significato ancora più ampio rispetto al nostro divieto di atti emulativi. In effetti, come stabilito dalla *Ulmer Bauordnung* del 1376, il regolamento urbanistico della città di Ulma (nell'odierno Baden-Württemberg), il *Neidbau* si configurava ogni qualvolta il proprietario realizzava una costruzione che gli garantiva “*einen schlechten Nutzen, der Nachbar aber degegen an Luft und Licht einen großen Schaden*

²⁰⁵ EBEL, *op. cit.*, pag. 1228. “Das Sachsenspiegel ist das erste bedeutende deutschsprachige Prosawerk des Mittelalter, zugleich, Neben dem Mühlhäuser Reichsrechtsbuch, das älteste deutsche Rechtsbuch. Verfasser der Sachsenspiegel ist Eike von Repgow. In jüngster Zeit ist über die Person Eikes eine intensive kontroverse Debatte entstanden. Neben den Selbstzeugnissen in der zweiten Vorrede in Reimpaaren gibt es sechs Urkunden aus den Jahren 1209-1233, die vor allem den Stand Eikes als Edelfreier oder Ministerialer problematisch sein lassen; teilweise wird die Meinung vertreten, er sei in den Stand der Ministerialität übergewechselt. [...] Ort und Zeit der Abfassung lassen sich annähernd genau bestimmen; die einzelnen Indikatoren (Mundart der ältesten erschließbaren Fassungen, namentlich nach dem Wortbestand, historische Festlegung des Wirkungskreises Eikes) stimmen insoweit überein, als der elbstfälische Bereich (Westanhaltinisch bis nach Quedlinburg) Raum des Diktats ist. Vom eigentlichen Ostfälischen ist der Sprachstand deutlich abgegrenzt. Heute besteht Übereinstimmung darin, daß zunächst eine lateinische Urfassung angefertigt wurde”.

²⁰⁶ K. A. ECKHARDT, *Sachsenspiegel I Landrecht*, Scientia Verlag Aalen, Göttingen, 1973, II 51, §§ 1-3, pag. 173. All'interno della raccolta normativa possiamo infatti trovare positivizzata la seguente disposizione: “XLVI, II 51 § 1. Oven unde ganc unde swinkoven de müten vanne tune stan. II 51 § 2. Manlic scal oc beschutzen sinen hof unde sinen oven unde sine müren dat de sparken nichr en varen in enes anderen mannes ho feme to Schaden. II 51 § 3. Ganghe scal men oc bewerken bet an de erden de jeghen enes anderen mannes hove stat”.

²⁰⁷ ERLER, KAUFMANN, SCHMIDT-WIEGARD, alla voce *Neidbau*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. III, Erich Schmidt Verlag, pagg. 943-944. “Unter Neidbau versteht man in einigen partikularen Rechtsquellen einen Bau, der in gehässiger Weise zum Nachteil und Verdruß des Nachbarn aufgeführt wird: Item Neydpau, die ainem Schaden prächten, sollen verpoten sein (Art. 27 Münchener Bauordnung von 1489, bei W. Th. Kraut, § 98 Nr. 27)”.

hat oder was dergleichen unnötige Gebäude mehr wären”, ossia un vantaggio irrisorio, a fronte di un grave pregiudizio arrecato al vicino in termini di luce e alla salubrità dell’aria, o quando si trattava di edifici oggettivamente inutili e superflui²⁰⁸. Similmente al passo tratto dal *Sachsenspiegel*²⁰⁹, neppure in questo caso è necessaria la dimostrazione dell’intento doloso del costruttore. Queste antiche norme statutarie dedicate alla materia urbanistica, invero, mirano a prevenire i conflitti di vicinato attraverso un sistema di tutela anticipata, vietando qualsiasi costruzione potenzialmente pericolosa o insalubre che potrebbe trasformarsi in uno strumento di pregiudizio verso il vicino. In altri termini, al fine di tutelare la pace sociale e l’armonia nei rapporti di vicinato, il regolamento edile di Ulma introduceva una limitazione al diritto dominicale — anticipando quello che oggi definiremmo principio di precauzione — ponendo un divieto di realizzare determinate strutture ritenute potenzialmente generatrici di contesa o di litigio tra vicini. Il concetto di *Neidbau* trova riscontro in molte disposizioni statutarie tedesche²¹⁰. Particolarmente rilevante è la disposizione contenuta nell’articolo 27 del *Münchner Stadtrecht* del 1489, che vietava le cosiddette *Neydpau*, ossia le costruzioni edificate con chiaro intento molesto o malizioso. La norma conferiva inoltre ai funzionari cittadini preposti al controllo della disciplina urbanistica la facoltà di accertare la natura vessatoria di tali opere e di dirimere i conflitti tenendo in considerazione delle specificità di ogni caso concreto²¹¹. All’art. 27 dello statuto cittadino, veniva infatti disposto che: “*Item neydpau, die ainem schaden prächten, sollen verpoten sein, und sollen die pauleut dieselben neydpau abzuerkennen und darynne nach gelegenheit der sachen allwegen zu entschaiden macht haben*”²¹².

²⁰⁸ HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre*, op. cit., pag. 35. “Beim partikularrechtlichen Neidbau handelte es sich um ein Schikaneverbot, also um das Verbot einer Rechtsausübung, die einzig den Sinn hatte, einem anderen Schaden zuzufügen”. Il testo del manoscritto del regolamento urbanistico della città di Ulma del 1376 è stato riportato fedelmente da C. MOLLWO in *Das rote Buch der Stadt Ulm*, Druck und Verlag von W. Kohlhammer, Stuttgart, 1905, pagg. 18 e ss.

²⁰⁹ V. *supra*, pag. 60, n. 206.

²¹⁰ HAFERKAMP, *Historisch-kritischer Kommentar*, op. cit., pag. 1038 in nota.

²¹¹ Il testo del *Münchner Stadtrecht* del 1489 è stato integralmente riportato da F. AUER in *Das Stadtrecht von München nach bisher ungedruckten Handschriften mit Rücksicht auf die noch geltenden Rechtssätze und Rechtsinstitute*, Verlag der Litterarisch-Artistischen Anstalt, München, 1840, pagg. 200 e ss.

²¹² *Ivi*, pag. 210.

La diffusione del concetto di *costruzione per invidia* nella disciplina urbanistica tedesca è ben documentata da due ulteriori significative disposizioni normative. La prima compare nel *Bauordnung der Stadt Lübeck* del 1681, dove la costruzione malevola viene definita come: “für einen Neidbau aber wird gehalten, wenn einer seinen vorhabenden Bau offenbarlich zu seines Nachbarn Schaden ohne dringende Not vornimmt”²¹³. Una formulazione analoga appare nel secondo regolamento edilizio di Ulma del 1683, che nel titolo XVII — *von Bauen so dene Nachbarn* (sulle costruzioni confinanti) — precisa: “wann einer auß solchen seinem bau einen schlechten nutzen, sein Nachbar aber dagegen an lufft und liecht einen grossen Schaden hat oder was dergleichen unnothige Gebau mehr waren”²¹⁴. Forse è proprio quest’ultimo frammento normativo a rappresentare l’esempio più emblematico. Ben tre secoli dopo l’adozione del primo regolamento cittadino in materia edilizia, la città di Ulma rinnova la sua normativa urbanistica mantenendo però invariato il riferimento al *Neidbau* e il divieto di realizzazione di tali tipologie di costruzioni. Le prime, pionieristiche e non del tutto sistematiche ricerche volte a identificare, all’interno del vasto e articolato *corpus* del diritto romano, un principio giuridico che potesse essere considerato in qualche modo assimilabile all’*aedificatio ad aemulationem* possono essere rinvenute all’interno delle opere giuridiche di Benedikt Carpzov e David Mevius²¹⁵. Nella sua esegesi del 1664 alla normativa statutaria della città di Lubecca, è proprio quest’ultimo ad operare un esplicito riferimento al diritto romano quale fondamento della proibizione degli atti emulativi nei rapporti di vicinato²¹⁶. Commentando l’art. XIII, tit. XII dello statuto cittadino, che recita: “es mögen auch keine neue Gänge/Wohnung oder Wohnkeller/Fenster/Thüren/Ställe/davormahls keine gewesen/angerichtet werden: Wie dann auch keine Schorsteine oder Feuerstädt/da hievor keine gestanden/ohne der Nachbarn Willen und Vergünstigung”²¹⁷, Mevius ne

²¹³ HAFERKAMP, *Die heutige Rechtmißbrauchslehre*, op. cit., pag. 35 in nota.

²¹⁴ *Ulmer Bauordnung* del 1683 dal volume *Eines ehrsamten Raths der Statt Ulm von neuem reformirte und verbässerte Bauordnung*, Gedruckt zu Ulm durch Christian Baltha, 1683, Titul XVII, pag. 30.

²¹⁵ HAFERKAMP, *Die heutige Rechtmißbrauchslehre*, op. cit., pagg. 35-36.

²¹⁶ D. MEVIUS, *Commentarium in Ius Lubecense*, Joachim Wild, 1664, Titulus XII, Articulus XIII, pagg. 743 e ss.

²¹⁷ *Ivi*, pag. 743.

dimostra la validità attraverso un puntuale riscontro testuale con i passi del Digesto e del diritto comune relativi al divieto di atti emulativi, evidenziandone così, nonostante alcune differenze contenute nella disciplina statutaria, una sostanziale continuità con la tradizione romanistica.

§§ 8-9. Fenestra, Fenster. Jure communi extenditur libertas aedificandi, quod unus quisque pro lubitu parietem suum aperire, inque eo fenestras jure suo etiam invito vicino facere possit, unde in alienas aedes, hortum, solum vel arcam prospectus patet. Et si paries vel mille annos sine fenestris steterit nisi vel servitutem hanc vicino quis debeat fenestras non faciendi, vel ad aemulationem saltem, quae tamen non praesumitur, eas faciat²¹⁸.

Il riferimento di Mevius all'*aedificatio ad aemulationem* segna comunque una netta distinzione rispetto al concetto germanico del *Neidbau*. Il giurista pomerano, infatti, sposta la questione non tanto sul piano delle caratteristiche oggettive delle costruzioni, quanto piuttosto sull'elemento soggettivo, e l'esempio delle finestre ne è la dimostrazione. La questione dirimente torna ad essere quella dell'intento malevolo che spinge il proprietario. Un intento malevolo che, come precisato da Mevius, non può mai essere presunto, ma dovrà sempre essere oggetto di prova. Sul piano dottrinale e pratico, si torna così all'annoso problema della difficoltà di provare l'elemento soggettivo. In ogni caso, è doveroso osservare che questi autori, nonostante il loro indubbio contributo alla concettualizzazione dell'*aemulatio* nel diritto tedesco, non erano ancora pervenuti a una teorizzazione pienamente autonoma e svincolata dall'ambito specifico della regolamentazione edilizia e delle relazioni di vicinato²¹⁹. La loro riflessione, per quanto acuta e precisa, rimane circoscritta a tale settore speciale dell'ordinamento, senza giungere a una sistematizzazione di carattere generale, capace di valere universalmente e di applicarsi in modo trasversale a tutte le possibili fattispecie e rapporti giuridici. Fu invece proprio Samuel Stryk, il più celebre dei giuristi dell'*usus modernus*, ad elaborare una teoria generale dell'*aemulatio*²²⁰. Nella prefazione della sua breve considerazione sull'argomento intitolata "*De jure*

²¹⁸ *Ivi*, pag. 744.

²¹⁹ HAFERKAMP, *Die heutige Rechtmißbrauchslehre*, op. cit., pag. 36. "Eine vom Nachbarnrecht unabhängige Lehre der Schikane war ihnen jedoch noch fremd".

²²⁰ *Ibidem*. "Eine solche allgemeine Theorie der aemulatio entwickelte Samuel Stryk, der wohl bekannteste Vertreter des usus modernus. Diese erfaßte alle Handlungen des Rechtsinhabers, die ohne eigenes Interesse oder nur mit geringem Eigeninteresse den Zweck hatten, andere zu schädigen".

aemulationis” datata 10 luglio 1678, il giurista riflette sul concetto di emulazione e sulla sua natura ambivalente: se da un lato essa deve considerarsi una forza propulsiva della società, in grado di generare competizione e progresso, dall’altro la stessa degenera sovente in invidia diretta a danneggiare il prossimo senza perseguire il bene comune²²¹.

Dopo aver distinto tra “*aemulatio putativa licita*” ed “*aemulatio vera illicita*”, il giurista brandeburghese tenta di formulare un principio generale sugli atti emulativi, applicabile a tutte le norme dell’ordinamento e ai rapporti giuridici: “*Omnia ad aemulationem fieri intelleguntur, quae cum iniuria alterius et animo nocendi, non utilitatis vel necessitatis propria gratia fiunt, non ut prosint mihi, sed ut alteri principaliter noceant*”²²².

Sebbene Andrea Alciato, nel *De praesumptionibus*, avesse elaborato sul piano processuale una presunzione atta a superare le difficoltà della *probatio*

²²¹ La dissertazione *De jure aemulationis* di S. STRYK è contenuta nella raccolta *Dissertationum Juridicarum Francofurtensium de Selectis Utriusque Juris materiis*, Vol. III, Firenze, Giuseppe Celli, 1838, pagg. 774 e ss. “Aemulationem tibi, lector benevole, propono, an consideratione digna, judicio tuo relinquo. Vivimus sane in societate, aemulationis, matre, quae tam foecunda, ut tot aemulationis objecta producat, quot rerum gerendarum fovet occasiones. Cum vero aemulatio nascatur quidem ex conjunctione, et alatur sequalitate, ut plurimum tamen exardescat invidia, (cujus finis est odium et injuria proximi, non autem proprium ipsius commodum,) ex consilio domini Praesidis hoc thema in me suscepi, ut hujus malignae aemulationis (non qua ethici eam considerare amant, sed qua praecipue in jure nantantur) naturam uno in loco, quod hactenus vidisse non contigit, demonstrarem. Sed utinam ex voto haec omnia conscripta fuissent, prout hujus materiae dignitas merebatur. Lubens enim fateor, multa dici copiosius, plura concisius, omnia tersius, et debuisse et putisse. Ast me excusatum spero, si juvenis adhuc in materia hae gravissima rem acu non tetigero. Secutus eapropter sum ipsa dd. vestigia, et conceptis illorum verbis plerumque usus sum, ne sensum immutasse videar, quod cum laudato ubique auctore fecerim, ne plagii me incusabis, nec variatis styli, ne ingratae dictionis. Hoc addo, temporis brevitatem accuratiorem discussionem vix permisisse. Ante paucas enim septimanas demum inclinabam in hoc institutum; quod paulo post etiam sequebatur genitoris mei mandatum. Unde, nisi ordinarium studiorum cursum, quo adhuc detinebar, interrumpere voluissem, hoc tantum, quicquid est, elaboratum ae non ex paucis dd. voluminibus congestum sistere potui exercitium. Ad haec animus solummodo fuit, ut per illustribus ac generosissimis dominis baronibus de Schoenaich, dominis meis gratiosissimis, publico specimine, studiorum, per quadriennium hic loci cultorum, rationem redderem, non autem, ut terminos disputationis academicae excedens, limitum conscriberem tractatum. Quare postquam haec cogniveris. aequum a te judicium expecto, sin minus, scias, facilius esse carpere, quam aemulari”.

²²² HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre*, op. cit., pag. 36.

diabolica in materia di elemento soggettivo²²³, non giunse tuttavia a formulare un generale divieto degli atti emulativi nell'ambito del diritto sostanziale. Alla base della dottrina strykiana si pone un'interpretazione delle norme giuridiche profondamente permeata dai principi della morale cristiana. Secondo questa prospettiva, ogni ordinamento giuridico deve necessariamente radicarsi in fondamenta etiche, tra le quali spicca in particolare il principio dell'amore verso il prossimo che deve guidare, come una stella polare, ogni agire umano²²⁴. Principio di carità cristiana che, analogamente, sarebbe stato ripreso da Jean-Baptiste Sourdat quasi due secoli dopo nel suo *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats* pubblicato a Parigi nel 1852²²⁵.

Stryk afferma che l'amore per il prossimo, inteso non come mera astensione dal male ma come dovere di promuoverne il bene, comporta l'inaffidabilità di ogni atto emulativo. Qualsiasi esercizio di una posizione soggettiva, seppur formalmente legittimo, può divenire illegittimo se mosso da un sentimento malevolo; dimostrazione, questa, di come l'etica cristiana influenzi ancora la valutazione degli illeciti²²⁶.

“Quia ergo ex natura amoris proximi utilitatem et salutem proximi omnibus modis promovere tenemur, cum quilibet illum diligere debeat, sicut seipsum, excludenda hic erunt omnia, quae huic adversantur. Adversatur autem, si ea faciamus, ut principaliter noceamus proximo, nullo habito respectu utilitatis vel necessitatis nostrae, vocaturque uno nomine aemulatio. Quam malitiam, ut ex jure nostro demonstremus, cum praesens sibi vindict

²²³ V. *supra*, pagg. 50-51.

²²⁴ STRYK, *op. cit.*, pagg. 794-795. “Ut methodo coeptae insistamus, hoc est: generale aliquod cujusvis juris fundamentum ex principiis moralibus substernamus, breviter hic addendum, quod sicuti in priori capite amorem nostri pro fundamento agnoscebamus, ita in hoc capite idem dicendum de amore proximi, qui est propositum promovendi bona proximi. Proximi vero tamquam objecti virtutis hujus hic potissimum ratio habenda, quem esse dicimus omnem, qui ejusdem juris, vel certe finis ejusdem nobiscum particeps est, vel esse potest. Demonstratio ejus pendet tum ex generali natura hominis moralis. Tota enim natura rationalis periclitatura esset, nisi unumquemque suo juri ac fini relinqueremus: tum in specie ex amore Dei, quia natura sua producit amorem erga homines, quatenus aliquo dicimur amare Deum in hominibus, et homines in Deo. Quae unica ratio est illius phraseos: dilecti in Domino. Ex quo sequitur, omnes acque amore hoc proximi comprehendere. Omnes enim jure aliquo communi et fine nobiscum fruentur: ipsosque etiam inimicos excludi non posse. Si enim Deum supra omnia diligamus, nullae inimicitiae apud nos adeo valebunt, quem propter Deum inimicos vestros diligamus”.

²²⁵ V. *infra*, pag. 135 e ss.

²²⁶ *Ivi*, pag. 795.

caput, paucis hic subijcimus; quia quae in priori capite asseraimus, limitanda hic veniunt, quod fere omnia, quae ibi licita, illicita fiant, si fiant ad aemulationem”²²⁷.

Già all’epoca, tuttavia, emergeva la principale difficoltà pratica nell’applicare tali divieti, poiché l’applicazione richiedeva la prova simultanea di due elementi: da un lato, l’*animus nocendi*, la volontà soggettiva di arrecare danno, e dall’altro, l’assenza di un interesse giuridicamente rilevante che potesse giustificare la condotta. La semplice possibilità che un atto potesse sottendere un vantaggio personale, anche solo ipotetico, rendeva estremamente complesso dimostrare la sussistenza di un abuso della posizione soggettiva²²⁸. Questi requisiti stringenti finirono per limitare fortemente la portata effettiva della teoria, che rimase confinata a un ruolo prevalentemente teorico senza mai affermarsi in modo significativo nella giurisprudenza²²⁹. Purtuttavia, la questione del divieto di atti emulativi, il c.d. *Schikaneverbot*, continuò ad occupare un ruolo centrale nel dibattito giuridico germanico, divenendo argomento di discussione anche durante i lavori preparatori del BGB²³⁰.

²²⁷ *Ivi*, pag. 795.

²²⁸ HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre*, op. cit., pag. 36.

²²⁹ *Ivi*, pag. 36.

²³⁰ *Ibidem*. “Wie “eng” und damit uneffektiv diese Schranke immer geblieben ist, zeigt die Tatsache, daß sie zu keiner Zeit größere praktische Bedeutung Erlangen konnte. Dennoch blieb das Verbot der Schikane bis in die Diskussionen bei der Entstehung des BGB der Dreh und Angelpunkt der Rechtsmißbrauchsdiskussion”.

2.2. Dalla positivizzazione di un divieto generale di abuso del diritto nell'ALR alle posizioni dei pandettisti.

Se nella maggior parte delle raccolte e compilazioni tedesche, fatta eccezione per taluni regolamenti edilizi (*supra*), non era ancora presente alcuna formulazione del concetto di abuso del diritto, nell'*Allgemeines Landrecht* prussiano, entrato in vigore nel 1794, è possibile invece rinvenire alcune disposizioni dedicate all'esercizio dei diritti e ai loro limiti²³¹. L'ARL si apriva con un principio che potremmo definire "giusnaturalistico" rispetto all'esercizio delle posizioni soggettive riconosciute dall'ordinamento, riflettendo una concezione quasi assolutistica delle stesse²³². Invero, come ben osservato da Phillip Eichenhofer, il § 94, informato al principio del *qui iure suo utitur neminem laedit*, sanciva nella parte introduttiva della raccolta che "*wer aber sein Recht nach den Gesetzen ausübt, ist zum Ersatz eines bey dieser Gelegenheit entstehenden Schades nicht verbunden*", ossia chi esercita il proprio diritto secondo la legge non è tenuto a risarcire il danno che ne deriva²³³. Similmente lo stesso principio venne recepito dai compilatori prussiani anche nella disciplina generale dell'illecito aquiliano, come dimostra la formulazione del § 36 della Parte I Titolo VI, secondo il quale: "*wer sich seines Rechts innerhalb der gehörigen Schranken bedient, darf den Schaden, welcher einem anderen daraus entstanden ist, nicht ersetzen*", a ribadire ancora una volta l'assenza di responsabilità per gli eventuali danni derivanti dal legittimo esercizio dei diritti²³⁴. Venivano comunque introdotte alcune importanti eccezioni al principio²³⁵. Al paragrafo immediatamente successivo a quello appena richiamato, il § 37, veniva specificato che: "*er muß aber denselben vergüten, wenn aus den Umständen klar erhellet, daß er unter solchen möglichen Arten der Ausübung seines Rechts diejenige, welche dem anderen nachtheilig wird, in der Absicht, denselben zu beschädigen,*

²³¹ EICHENHOFER, *op. cit.*, pag. 100.

²³² HAFERKAMP, *Die heutige Rechtmißbrauchslehre, op. cit.*, pag. 37.

²³³ EICHENHOFER, *op. cit.*, pag. 100. Sul punto, si veda anche M. H. RAMDOHR, *Rechtmißbrauch*, in *Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts*, Vol. 46, Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1902, pagg. 577 e ss.

²³⁴ *Ivi*, pag. 100.

²³⁵ RAMDOHR, *op. cit.*, pag. 579.

gewählt habe”²³⁶. Il titolare del diritto avrebbe dovuto risarcire il danno derivante dall’esercizio della sua posizione giuridica qualora, tra le modalità disponibili, avesse scelto – per puro spirito emulativo – quella più pregiudizievole per il soggetto danneggiato. Si tratta di una configurazione particolare dell’abuso del diritto, in cui l’elemento soggettivo (l’*animus nocendi*) e quello oggettivo (l’esistenza di modalità di esercizio alternative meno dannose) divengono entrambi, combinandosi, presupposti della fattispecie normativa. In sostanza, sussisteva un obbligo giuridico di optare per la modalità di esercizio meno lesiva per gli altri, pena l’insorgenza dell’obbligo al risarcimento del danno. Disposizione peraltro priva di efficacia applicativa concreta, poiché al titolare convenuto per il risarcimento del danno sarebbe bastato dimostrare, come prova liberatoria, l’esistenza di una modalità di esercizio ancora più dannosa del proprio diritto per rimanere esente da responsabilità. Più rilevanti, proprio perché potenzialmente idonei a fondare un principio generale dell’abuso del diritto²³⁷, appaiono i §§ 27 e 28. Il primo, riferendosi espressamente al più importante dei diritti reali - la proprietà - disponeva che: “*Niemand darf sein Eigentum zur Kränkung oder Beschädigung Anderer mißbrauchen*”; nessuno avrebbe potuto abusare della propria proprietà per offendere o danneggiare altri²³⁸. Il secondo definiva con maggior dettaglio cosa si dovesse intendere per abuso del diritto di proprietà: “*Mißbrauch heißt ein solcher Gebrauch des Eigentums, welcher vermöge seiner Natur nur die Kränkung eines Andern zur Absicht haben kann*”²³⁹. Come osservato da Max Hermann Ramdohr nel suo contributo intitolato *Rechtmißbrauch*, pubblicato nel 1902 nella raccolta *Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts*, la circostanza che le due disposizioni riguardassero specificamente l’esercizio del diritto di proprietà non implica che non stabilissero, in via generale, un divieto di abuso del diritto²⁴⁰. La loro portata, seppur *prima facie* formalmente limitata ai diritti reali, conteneva in realtà un principio più ampio, volto a vietare qualsiasi esercizio eccessivo e malevolo

²³⁶ EICHENHOFER, *op. cit.*, pagg. 100-101.

²³⁷ RAMDOHR, *op. cit.*, pag. 579.

²³⁸ *Ivi*, pag. 580.

²³⁹ *Ivi*, pag. 579.

²⁴⁰ *Ivi*, pag. 580.

di un diritto soggettivo²⁴¹. A sostegno di tale argomentazione l'autore sottolinea come la peculiare formulazione di questo principio giuridico sia strettamente connessa alla struttura sistematica del *Landrecht* e al suo caratteristico stile espressivo. In particolare, nell'interpretazione dei §§ 27 e 28, occorre tenere presente che, secondo la terminologia adottata dal codice, il concetto di proprietà non si limita ai beni materiali, ma può estendersi anche alle posizioni soggettive. Invero, il § 1 Parte I, Titolo VIII definisce l'“*Eigenthümer*”, il proprietario, come: “*welcher befugt ist, über die Substanz einer Sache oder eines Rechts, mit Ausschließung anderer, aus eigener Macht zu verfügen*”. Nel senso proprio del diritto prussiano, proprietario è colui che ha la facoltà di disporre, in modo esclusivo e in forza della propria autorità, della sostanza di una cosa o di un diritto, sia direttamente che tramite un terzo. In sostanza, il proprietario è anche il creditore in quanto titolare di un diritto di credito. Alla luce di tale definizione, Ramdohr osserva che non sarebbe stato difficile interpretare il concetto di “*proprietà*” ed “*uso della proprietà*” come “*diritto*” ed “*esercizio del diritto*”. Da questa interpretazione estensiva emergeva che le norme non si limitavano a vietare l'abuso dei poteri dominicali, ma stabilivano un generale principio di divieto dell'abuso del diritto²⁴². Se, come osservato da Karl Huber nella sua opera monografica del 1910, *Über den Rechtsmißbrauch*, il concetto di

²⁴¹ *Ivi*, pag. 580.

²⁴² *Ibidem*. “Endlich muß es auffallen, daß in den §§ 27, 28 Thl. I Tit. 8 lediglich von einem Mißbrauche des Eigenthums die Rede ist. Immerhin hat man im Hinblick auf jene Bestimmungen ausnahmslos anerkannt, daß es im preußischen Rechte ein Verbot des Rechtsmißbrauchs in allgemeinsten Fassung und Geltung gibt. Insbesondere dürfte keine richterliche Entscheidung sich finden lassen, nach welcher die Anwendung des Verbots nur auf bestimmte Rechtsmaterien, etwa lediglich auf das Eigenthum oder doch auf das Sachenrecht (die dinglichen Rechte) zu beschränken wäre. Die Eigenthümlichkeit der Formulierung dieses Rechtsgedankens hängt mit der Eintheilung des Landrechts einerseits und mit seiner ganzen Ausdrucksweise andererseits zusammen. Vor allem muß bei der Auslegung der §§ 27, 28 Thl. I Tit. 8 beachtet werden, daß es nach der Terminologie jenes Gesetzes auch ein Eigenthum an Rechten geben soll. “Eigenthümer” im Sinne des preußischen Landrechts “ist derjenige welcher befugt ist über die Substanz einer Sache oder eines Rechts, mit Ausschließung anderer, aus eigener Macht durch sich selbst oder einen Dritten zu verfügen” (§ 1 Thl. I Tit. 8). Wendet man dies auf die §§ 27, 28 Thl. I Tit. 8 an, so würde man dort die Worte “Eigenthum” und “Gebrauch des Eigenthums” rundweg durch die Bezeichnungen “Recht” und “Gebrauch des Rechtes” zu ersetzen haben, woraus sich dann ohne Weiteres die Bedeutung jener Normen als eines “allgemeinen” Chicaneverbots ergibt”.

abuso del diritto faticò ad affermarsi nella giurisprudenza prussiana²⁴³ — soprattutto per le difficoltà probatorie relative ai suoi presupposti —, maggior fortuna ebbe lo strumento processuale di diritto romano dell'*exceptio doli generalis*²⁴⁴. Non mancarono tuttavia alcune decisioni, seppur marginali, in cui i magistrati prussiani, forti delle innovative disposizioni dell'ALR e pur non senza le dovute cautele, iniziarono a sondare i limiti del diritto di proprietà. L'evoluzione giurisprudenziale intorno ai limiti del diritto di proprietà si affermò in modo graduale. Inizialmente la giurisprudenza continuò ad affermare l'assolutezza del diritto reale. In una sentenza del 18 settembre 1848, il *Preußisches Obertribunal*, il più alto organo giurisdizionale prussiano, applicando rigorosamente il § 28 sopra citato, negò il diritto al risarcimento del danno al proprietario di un terreno contaminato dallo sversamento di scarti tossici provenienti da un vicino opificio²⁴⁵. Nell'applicazione rigorosa del dettato normativo, il supremo Collegio prussiano aveva stabilito che la contaminazione verificatasi sul fondo confinante all'area industriale non era riconducibile a un comportamento doloso, bensì rappresentava il risultato inevitabile di un'esternalità negativa connessa allo svolgimento di un'attività imprenditoriale pienamente legittima sotto il profilo giuridico²⁴⁶. La fattispecie era stata ricondotta alla materia delle immissioni e del livello di tollerabilità di queste ultime. La mancata prova della sussistenza dell'elemento soggettivo, l'intenzione di nuocere, non permetteva di integrare il precetto di cui al § 28, con la conseguenza che al proprietario del fondo danneggiato non poteva essere riconosciuto alcun risarcimento. In mancanza di colpa o di una intenzione malevola, il danno sarebbe dovuto rimanere nella sfera giuridica del danneggiato. Tuttavia, a soli quattro anni di distanza, l'*Obertribunal* — in uno straordinario *revirement*

²⁴³ K. HUBER, *Über den Rechtsmißbrauch*, Berna, 1910, pagg. 18 e ss.

²⁴⁴ EICHENHOFER, *op. cit.*, pagg. 101-102. "Ganz anders war dies im Hinblick auf die exception doli generalis, die gerade zu Beginn des 19. Jahrhunderts eine große Rolle als richterliches Billigkeitskorrektiv spielte". Sul punto si veda anche WENDT, *op. cit.*, pagg. 2 e ss. ed HAFERKAMP, *Die exceptio doli generalis in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914*, in *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896-1914)*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2000, pagg. 1-4.

²⁴⁵ HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre*, *op. cit.*, pag. 38.

²⁴⁶ *Ibidem*.

giurisprudenziale — abbandonò radicalmente la precedente ermeneutica fondata su un'interpretazione letterale della norma. Spinti dalla necessità di tutelare i soggetti che, inevitabilmente, subivano le esternalità dei nuovi processi della produzione industriale²⁴⁷, con la decisione del 7 giugno 1852, i magistrati prussiani espressero un principio di diritto secondo il quale: il proprietario di un impianto industriale è tenuto al risarcimento del danno subito dal proprietario del fondo vicino a causa del suo esercizio, anche qualora l'impianto sia costruito e gestito in conformità della concessione di polizia rilasciata e non possa essere provata una colpa soggettiva del proprietario²⁴⁸.

Esigenze puramente equitative portarono al riconoscimento di una forma di responsabilità oggettiva per attività pericolosa, introdotta attraverso un'elaborazione pretoria. L'imprenditore che traeva profitto — o più in generale vantaggio economico — da un impianto industriale inquinante era tenuto a farsi carico dei danni da questo prodotto, indipendentemente da ogni accertamento circa il carattere colposo della condotta. La circostanza che l'attività industriale fosse stata autorizzata dalla pubblica amministrazione non avrebbe comportato nulla sul piano dell'accertamento della responsabilità. Al di là delle tradizionali logiche della responsabilità civile fondata unicamente sul criterio di imputazione della colpa, il titolare era tenuto a risarcire i danni causati dall'attività industriale ai proprietari confinanti, purché sussistesse un nesso causale tra l'attività e il pregiudizio arrecato. Il costo del possibile danno derivante dall'attività imprenditoriale

²⁴⁷ *Ivi*, pag. 39. “Die Überwindung des Gesetzeswortlautes in diesem Bereich des Nachbarrechts folgte den zwingenden Bedürfnissen der aufklommenden Industrialisierung. Die Regelung des ARL ließ in diesem Bereich eine Anpassung des Gesetzeswortlautes an die geänderten Verhältnisse nicht zu”.

²⁴⁸ La massima della decisione del 7 giugno 1852 è contenuta nella raccolta di T. STRIETHORST, *Rechts-Grundsätze der neuesten Entscheidungen des Königlichen Obertribunals*, Erster Band, Zweite Ausgabe, Verlag von C. Grobe, Berlin, 1855, pag. 8. “Der Eigentümer einer gewerblichen Anlage ist zur Entschädigung des durch deren Betrieb beschädigten benachbarten Grundbesitzers verpflichtet, wenngleich die Anstalt der erteilten polizeilichen Erlaubnis gemäß angelegt ist und betrieben wird, und wenn auch dem Eigenthümer ein subjektives Verschulden nicht nachgewiesen werden kann”.

veniva in questo modo fatto ricadere interamente sull'imprenditore e non più sulla collettività²⁴⁹.

La decisione in esame fu altresì citata da Heinrich Dernburg nel suo *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts* del 1875, nella sezione dedicata ai rapporti di vicinato²⁵⁰. Coerentemente con la concezione assolutistica del diritto di proprietà, il pandettista di Magonza afferma che il titolare di un fondo non incontra alcun limite nell'esercizio del proprio diritto, né sarebbe tenuto a tener conto degli interessi dei vicini²⁵¹. Allo stesso modo, è autorizzato ad erigere muri divisorii sul confine senza il consenso del vicino. L'unico limite sarebbe rappresentato dal perimetro stesso della proprietà:

²⁴⁹ *Ivi*, pag. 8 in nota. Secondo i magistrati prussiani, il proprietario di uno stabilimento industriale non è assolutamente autorizzato, in virtù del suo diritto di proprietà, a diffondere sui fondi vicini i vapori prodotti dall'esercizio di tale impianto, né può sottrarsi al risarcimento del danno così causato semplicemente affermando di aver esercitato un diritto derivante dalla proprietà. Parimenti, il fatto che lo stabilimento industriale sia stato costruito e sia operativo con regolare autorizzazione di polizia, di per sé solo, non costituisce esimente dalla responsabilità risarcitoria. Il titolare può essere ritenuto responsabile, a seconda delle circostanze, dei danni causati dal vapore o dal fumo generati dall'uso dell'impianto e diffusi su altre proprietà, senza che sia necessario dimostrare una specifica colpa nella costruzione o nella gestione dello stabilimento industriale. "Der Eigenthümer einer Fabrikations-Anstalt ist vermöge seines Eigenthumsrechts nicht unbedingt befugt, die durch den Betrieb einer solchen Anstalt entwickelten Dämpfe auf benachbarte Grundstücke zu verbreiten und kann den Ersatz eines hierdurch veranlaßten Schadens nicht schon durch die Behauptung abwenden, daß er sich nur eines aus dem Eigenthum folgenden Rechts bedient habe. Eben so wenig schützt der Umstand, daß die Fabrikations-Anstalt mit polizeilicher Erlaubniß angelegt und betrieben worden ist, für sich allein schon gegen die Vertretung eines entstandenen Schadens. Der Inhaber einer Fabrikations-Anstalt kann nach Umständen für den Schaden verantwortlich gemacht werden, welchen der durch den Gebrauch der Anlage entstehende und sich über andere Grundstücke verbreitende Dampf oder Rauch verursacht, ohne daß es zur Begründung der Vertretungs-Verbindlichkeit des Nachweises einer besonderen Verschuldung bei der Anlage und bei der Fabrikations-Anstalt bedarf".

²⁵⁰ HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre*, op. cit., pag. 38 in nota.

²⁵¹ H. DERNBURG, *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts*, Erster Band, Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, Halle, 1875, § 220, pagg. 462-463. "Bei seinem Schalten innerhalb der Raumsphäre seines Grundstücks ist der Eigenthümer nicht gehalten, die Interessen seiner Grundstücksnachbarn zu berücksichtigen. Daher ist er an sich berechtigt, auf seinem Grund und Boden so nah an die Gränze heran und so hoch zu bauen, als er es für gut findet, wenn er auch hierdurch seinen Nachbarn Licht und Aussicht verbaut; es ist ihm nicht verboten, durch Anlegung eines Brunnens innerhalb seines Gebiets dem Brunnen des Nachbargrundstücks das Wasser zu entziehen. Ebenso ist er ohne Zustimmung der Nachbarn zur Errichtung von Scheidewänden an der Gränze berechtigt, andererseits der Regel nach auch bei städtischen Grundstücken und Gärten zur Anlegung solcher Umhiegungen nicht verpflichtet".

an der Grundstücksgränze hingegen findet die Verfügungsmacht des Eigenthümers ihre Schranke, so daß er auf Grund seines Eigenthumsrechts nicht dazu befugt ist, mit seinen Anlagen die Gränze zu überschreiten oder jenseits derselben Handlungen vorzunehmen. Es dürfen z.B. Erker, Altane, Wetterdächer, Dachtraufen nicht über die Gränze ragen, noch Gränzmauern über dieselbe sich neigen, noch Fenster und Läden sich in den fremden Luftraum hinein öffnen, noch endlich Bäume mit ihren Wurzeln und Zweigen in den Nachbarraum herüberwachsen²⁵².

In ogni caso, Dernburg — pur nell'aderenza alla costruzione dogmatica — evidenzia come nella pratica possano sorgere situazioni conflittuali qualora il proprietario, pur senza alcun oltrepassamento materiale del proprio confine, realizzi attività le cui immissioni (veicolate attraverso l'atmosfera o i corsi d'acqua) arrechino pregiudizio ai fondi vicini. L'applicazione assoluta, senza alcun correttivo, del principio dell'irresponsabilità nell'esercizio del diritto di proprietà avrebbe potuto condurre al paradossale risultato di autorizzare un proprietario a pregiudicare sistematicamente i fondi confinanti, minando così alla base la pacifica convivenza tra proprietari²⁵³.

Dernburg ricorda che, per prevenire abusi, il diritto romano avevano stabilito che le immissioni dannose diffuse tramite aria o acqua non potessero essere considerate lecite qualora avessero ecceduto la normale tollerabilità del luogo, riconoscendo al vicino il diritto di opporsi mediante l'*actio negatoria*. Tali principi, sebbene non formulati con uguale ampiezza nelle legislazioni prussiane, erano stati tuttavia accolti per la prima volta nella pronuncia del 7 giugno 1852 dell'*Obertribunal*. In particolare, egli sottolinea come, in virtù di questa decisione, un industriale potesse essere chiamato a rispondere dei danni arrecati da emissioni di vapori, fumi o calore sui fondi vicini,

²⁵² *Ivi*, pagg. 463-464.

²⁵³ *Ivi*, pag. 465. "Besondere Schwierigkeiten bieten diejenigen Fälle, in welchen der Nachbar zwar seine Gränze nicht unmittelbar überschreitet, wohl aber innerhalb derselben Handlungen vornimmt, welche auf die Zustände der Nachbargrundstücke durch die Vermittelung der Luft oder auch des Wassers einwirken. Wollte man hier an dem Grundsatz absolut festhalten, daß derjenige, welcher sich nur seines Rechtes bedient, für die hieraus entstehenden Folgen nicht verantwortlich werde, so stände es in der Hand eines einzelnen Grundeigenthümers, die Grundstücke seiner Nachbarn ringsum zu entwerthen, und es wäre die Eröffnung eines socialen Kriegs zwischen den Grundbesitzern nahegelegt. Um dies zu vermeiden, nahmen die Römer an, daß schädliche, durch die Luft oder das Wasser vermittelte Immissionen nicht zulässig seien, wenn sie das gewöhnliche ortsübliche Maß überschritten, so daß sich der Nachbar gegen sie durch die Negatorienklage schützen könne".

indipendentemente dall'accertamento di negligenza nella progettazione o conduzione dello stabilimento. In materia di impianti inquinanti, il pandettista rileva infine come — recependo l'orientamento giurisprudenziale e in ossequio alle esigenze della produzione industriale — il legislatore prussiano fosse intervenuto con la *Gewerbeordnung*, la legge industriale, del 29 maggio 1869, la quale al § 26 escludeva per i proprietari danneggiati l'esperibilità dell'azione inibitoria contro l'attività industriale, limitandoli alla sola azione risarcitoria²⁵⁴. L'esigenza di riconoscere ai magistrati un potere correttivo in senso equitativo emerse con particolare evidenza in relazione all'istituto dell'*exceptio doli generalis*²⁵⁵. Sebbene esclusa dalla raccolta dell'ALR in ragione del sentimento anti-giurisprudenziale del committente Federico II²⁵⁶, i giudici prussiani — con la sentenza del 15 gennaio 1866 — operarono un'interpretazione *contra legem*, riconoscendo comunque la validità dell'eccezione nell'ordinamento, alla stregua di principio generale. “*Die exceptio doli generalis, von der es heißt: “omnibus negotiis bona fides inest”, hat auch im Preußischen Rechte Geltung*”²⁵⁷.

Nell'esaminare una controversia contrattuale, l'*Obertribunal* — investito della questione in sede di gravame dopo i due gradi di giudizio — stabilì la validità della clausola che attribuiva al venditore il diritto di esigere

²⁵⁴ Ivi, pagg. 465-466. “Diese Grundsätze des römischen Rechts sind zwar in solcher Allgemeinheit in den preußischen Gesetzen nicht ausgesprochen, jedoch hat sie der Plenarbeschluß des Obertribunals vom 7. Juni 1852 im Wesentlichen aufgenommen. Gemäß desselben kann namentlich der Inhaber einer Fabrik für den Schaden verantwortlich gemacht werden, welchen der durch den Gebrauch der Anlage entstehende und über andere Grundstücke sich verbreitende Dampf oder Rauch oder die entströmende erhitzte Luft verursacht, ohne daß es des Nachweises einer Verschuldung bei der Anlage oder bei dem Betriebe der Fabrik bedarf. An und für sich hätte der durch schädliche Immissionen verletzte Nachbar auf Einstellung des schadenbringenden Betriebs zu klagen. Jedoch bestimmt die deutsche Gewerbeordnung vom 29. Mai 1869 §. 26 im Interesse der Industrie, übereinstimmend mit der bisherigen Praxis der preußischen Gerichte, daß die Klage zur Abwehr benachteiligender Einwirkungen gegenüber einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlage niemals auf Einstellung des Gewerbebetriebs, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen, welche die benachteiligende Einwirkung ausschließen oder, wo solche Einrichtungen unthunlich oder mit einem gehörigen Betriebe des Gewerbes unvereinbar seien, auf Schadloshaltung gerichtet werden könne”.

²⁵⁵ HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre*, op. cit., pag. 40.

²⁵⁶ *Ibidem*.

²⁵⁷ STRIETHORST, *Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlichen Ober-Tribunals gelangt sind*, Erster Band, Verlag von J. Guttentag, Berlin, 1867, pag. 325 e ss.

immediatamente il prezzo residuo in caso di mancato pagamento degli interessi semestrali. Tuttavia, precisò che tale diritto non sarebbe stato esercitabile qualora il verificarsi della condizione fosse stato dolosamente provocato dal creditore attraverso condotte illecite²⁵⁸. Facendo propria l'osservazione dottrinale del giurista Franz Förster contenuta nell'opera *Theorie und Praxis des heutigen gemeine preußischen Privatrechts* pubblicata nel 1865, l'anno precedente alla decisione, il supremo Tribunale prussiano riconobbe la mancanza all'interno dell'ordinamento di norme poste a prevenire condotte dolose, maliziose o fraudolente²⁵⁹.

A rimedio di tale lacuna normativa, l'*Obertribunal* riteneva doversi riconoscere la validità dello strumento romanistico dell'*exceptio doli*. Istituito, quest'ultimo, che, attribuendo al giudice un'ampia discrezionalità nella valutazione del caso concreto nella qualificazione dei fatti di causa, si dimostrava idoneo a superare la ricostruzione puramente formalistica della fattispecie concreta e a sanzionare ogni esercizio doloso o abusivo di situazioni giuridiche soggettive. Viene poi riportato il parere autorevole di Förster, il quale sostiene che l'*exceptio doli generalis*, pur non essendo esplicitamente codificata, dovesse essere considerato valido anche nel diritto

²⁵⁸ *Ivi*, pag. 325. “Die in einem Kaufvertrage enthaltene Abrede, daß bei nicht pünktlicher halbjährlicher Zinszahlung der Verkäufer das Recht haben solle, Zahlung des rückständigen Kaufgeldes sofort ohne Kündigung zu verlangen, stellt eine Suspensivbedingung dar; der Gläubiger kann jedoch von diesem Rechte keinen Gebrauch machen, wenn der Eintritt der Bedingung durch unerlaubte Mittel herbeigeführt ist”.

²⁵⁹ F. FÖRSTER, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts*, Druck und Verlag von Georg Reimel, Berlin, 1865, pag. 154. “Ob im preußischen Rechte die s.g. exceptio doli generalis, von der es heißt: omnibus negotiis bonae fidei inest, als ein besonderes Rechtsmittel anerkannt sei, kann bezweifelt werden, weil dem ALR eine bestimmte Einredentheorie nicht eigen ist. Ihr Eigenthümliches besteht darin, daß sie nicht bloß auf die absichtliche Veranlassung eines Irrthums oder auf Verfälschung der Wahrheit, sondern auf jedes arglistige und gewissenlose Ausbeuten der Rechte gegen einen Andern gestützt ist; und während sie in dieser Weise vielen besonderen Einreden zu Grunde liegt, als ihre Eigenschaft erscheint, gilt sie im gemeinen Rechte aushilfsweise, wo es an solchen besonderen Einreden fehlt. Wenn sie aber auch im preußischen Rechte nicht mit entschiedenen Worten hingestellt ist, so muß dennoch ihre Anwendbarkeit behauptet werden, einfach aus dem Grunde, weil bei der Unmöglichkeit, durch das Gesez jedes arglistige Verhalten zu treffen, sie nicht entbehrt werden kann”.

prussiano. La sua necessità era giustificata dall'impossibilità per il legislatore di prevedere e sanzionare ogni possibile comportamento fraudolento²⁶⁰.

Dal punto di vista dottrinale, il dibattito sulla libertà nell'esercizio delle posizioni soggettive e della eventuale repressione dell'abuso si presenta estremamente eterogeneo nel contesto giuridico germanico di quegli anni. Questo anche perché, come evidenzia la storiografia, per tutto il XIX secolo la scuola storia e la scienza pandettistica contribuirono alla fioritura all'interno della teoria giuridica del concetto di "*diritto soggettivo*"; concetto che diverrà centrale in tutto il sistema del diritto privato²⁶¹. La discussione dottrinale che caratterizzò questa fase ruotò attorno a un acceso dibattito concettuale sull'essenza stessa dell'istituto, polarizzandosi tra le diverse impostazioni offerte dalla "*Willenstheorie*", la teoria della volontà, dalla "*Interessentheorie*", la teoria dell'interesse, e dalla "*Kombinationstheorie*", la teoria mista²⁶². Nei primi contributi dottrinali sull'argomento, all'inizio del secolo, possiamo ricordare Christian Friedrich Glück, profondo conoscitore del diritto romano e comune. Dopo la formazione ad Halle e la nomina a professore a Erlangen, il suo pensiero avrebbe esercitato una significativa influenza sulla Scuola storica. Nell'ottavo volume dell'opera *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld* pubblicata nel 1807 il giurista sassone dedica alcune righe per definire il contenuto del diritto reale di proprietà e delle possibili limitazioni allo stesso:

Denn der Eigenthümer darf seine Sache auch verbrauchen (*abuti*), d.i. er darf sie so behandeln, daß sie dadurch gänzlich verdorben oder doch verschlimmert wird, wenn nur

²⁶⁰ STRIETHORST, *Archiv für Rechtsfälle*, op. cit., pagg. 326-327. "Es kommt nur auf den von dem Verklagten rechtzeitig gestellten Einwand an, den er als exceptio doli bezeichnet. Mit Recht bemerkt Förster in seiner "*Theorie und Praxis des Preußischen Privatrechts*" S. 154, daß die exceptio doli generalis, von der es heißt: "*omnibus negotiis bona fides inest*", wenn auch nicht ausdrücklich anerkannt, doch auch im Preußischen Rechte Geltung haben müsse, weil bei der Unmöglichkeit, durch das Gesetz jedes arglistige Verhalten zu treffen, sie nicht entbehrt werden könne. Auch hat das Ober-Tribunal dieselbe sowohl in verschiedenen Wechselfprozessen als sonst anerkannt, jedoch diese Frage dahingestellt gelassen".

²⁶¹ HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre*, op. cit., pag. 41. "Das 19. Jahrhundert kann als Zeit der "Blüte des subjektiven Rechts" bezeichnet werden. Durch die historische Rechtsschule und die Pandektenwissenschaft wurde das subjective Recht zum "zentralen Begriff des Privatrechts".

²⁶² *Ibidem*. "Zentral für diese Entwicklung war der diesem Jahrhundert entbrannte Streit um die begriffliche Erfassung dieser Rechtsfigur, sich ausdrückend in den Schlagworten: "Willenstheorie", "Interessentheorie" und "Kombinationstheorie".

nicht der Staat oder das Recht eines Andern darunter leidet. Uebrigens gehören die Nutzungsrechte nicht zu den wesentlichen Bestandtheilen des Eigenthums, sondern *ad naturalia dominii*, welche zwar in der Regel mit dem Eigenthume verbunden sind und auch im Zweifel vermuthet werden, aber doch auch davon abgesondert seyn können. Der Inbegriff der nach Abzug der Nutzungsrechte vom Eigenthume übrig bleibenden Befugnisse bestimmt nun den Begriff der Proprietätsrechte²⁶³.

Il proprietario può utilizzare la *res* fino a consumarla completamente (e qui Glück utilizza il termine *abuti* nel suo significato latino originale) o financo a distruggerla, riconoscendo quindi sul piano teorico le ampie facoltà di godimento al titolare. Gli è altresì concesso di erigere nel suo terreno qualunque manufatto, anche quelli che possano arrecare pregiudizio al vicino, sempreché, secondo i dettami del diritto romano²⁶⁴, non operi con animo emulativo e con il solo intento di nuocere al prossimo:

Der Eigentümer kann neue Fenster in seiner Wand anlegen, sein Grundstück einzäunen und umzäunen, welches jedoch in Friedenszeiten nicht bis zu einer militärischen Befestigung ausgedehnt werden darf. Ferner kann er alles unternehmen, was zur Kultur, Reparatur und Reinigung seines Grundstücks erforderlich ist, wenn gleich dem Nachbar daraus einiger Nachteil erwächst. Es muss nur nicht bloß in der arglistigen Absicht geschehen, den Andern zu necken und zu ärgern²⁶⁵.

Non è chiaro se Glück interpreti tale divieto come principio generale suscettibile informare l'intero ordinamento giuridico e quindi anche le altre posizioni soggettive: purtroppo, la questione non viene approfondita nel

²⁶³ C. F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar*, Johan Jakob Palm, Erlangen, 1807, pagg. 41-42. Sulla figura di Glück vogliamo ricordare quanto scritto da C. FADDA e P. E. BENSA nella parte introduttiva della prima traduzione italiana dell'opera di B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, Vol. I, Unione tipografico-editrice, Torino, 1902, pag. 30. "[...] Per quanto del resto possa andarsi oltre in tale tendenza, nell'applicazione pratica si dovrà sempre, per evitare una irrimediabile confusione, ritenere, che il diritto romano deve applicarsi come è nel Corpus juris, finché non si dimostri che i suoi principi sono inapplicabili, o per mancanza dei rapporti ai quali si riferiscono, sia perché si fondino sopra un principio romano sparito, sia perché contraddicano ad un principio fondamentale dell'attuale ordine giuridico, o che essi vennero aboliti da una fonte giuridica contraria. Quanto alla forma dell'esposizione scientifica, il metodo esegetico restò il dominante fino al XVII secolo. D'allora in poi si usò esporre bensì il diritto romano nell'ordine dei titoli delle pandette, ma in modo da trarre della teoria contenuta in ogni titolo come una libera esposizione (così detto ordine legale). L'opera più estesa di questa specie, che può riguardarsi ad un tempo come la chiusa della trattazione scientifica del diritto romano prima della scuola storica, è quella di Glück".

²⁶⁴ *Ivi*, pag. 43 in nota.

²⁶⁵ *Ivi*, pag. 43.

prosieguo dell'opera e il fondamento romanistico del divieto viene rinvenuto nel Digesto in un passo dedicato alla disciplina edile privata, materia che mal si presta a poter fondare un precetto di carattere generale. In ogni caso, ciò che risulta interessante ai fini del nostro lavoro è come l'autore, in un'opera che risale alla prima decade del XIX secolo, attingendo alle fonti romane senza interrogarsi su possibili interpolazioni del testo, ponga un limite all'esercizio del diritto di proprietà — il più importante tra i diritti reali — nella forma del divieto di esercizio con finalità meramente emulative. Anche Anton Friedrich Justus Thibaut nel suo *System des Pandektenrechts* del 1834 dedica al tema alcune riflessioni nella parte dedicata ai diritti soggettivi e alle obbligazioni. Il giurista, che sarebbe divenuto il grande avversario sul piano dottrinale di von Savigny, dopo una prima introduzione generale sull'argomento²⁶⁶, giunge celermente ad affrontare la questione dirimente: la libertà nell'esercizio dei diritti:

Aus dem Begriff eines Rechts, als einer durch die Gesetze begründeten Möglichkeit des Zwanges folgt, daß Alles erlaubt ist, was bei Ausübung des Rechts geschieht, selbst wenn es einem Andern schädlich seyn sollte. Werden jedoch erlaubte Handlungen vorgenommen, um die Gesetze dadurch arglistig zu umgehen, oder bloß in der arglistigen Absicht, einen Andern zu necken: so sind sie den verbotenen Handlungen gleich zu achten²⁶⁷.

Secondo Thibaut, dalla concettualizzazione del diritto soggettivo come potere giuridicamente tutelato discenderebbe che tutto ciò che si compia nel suo esercizio dovrebbe essere considerato lecito, anche se ne dovesse derivare pregiudizio a terzi. L'ordinamento individua gli interessi prevalenti e decide di tutelarli a discapito di altri. Tuttavia, il giurista precisa come tale esercizio perda la sua legittimità ogniqualvolta venga posto in essere con intento doloso di elusione della norma ovvero con la mera finalità di arrecare molestia ingiustificata ad altri soggetti. In tali casi queste condotte dovrebbero essere

²⁶⁶ A. F. J. THIBAUT, *System des Pandektenrechts*, Erster Band, Achte verbesserte Ausgabe, Druck und Verlag von Friedrich Mauke, Jena, 1834, pag. 48. "Einleitung. Der Gegenstand der Gesetze sind Rechte und Verbindlichkeiten. Bei beiden muß man das Recht und die Verbindlichkeit selbst, oder die Möglichkeit und Nothwendigkeit; ferner das Subject derselben, oder die Person, der etwas möglich oder nothwendig ist; sodann das Object, oder dasjenige, was möglich oder nothwendig ist; und endlich den Grund derselben, oder dasjenige, was ihnen ihre Existenz gibt und erhält, unterscheiden".

²⁶⁷ *Ivi*, pagg. 48-49.

assimilate a quelle espressamente vietate dall'ordinamento. A differenza della posizione di Glück, che parlava solo della realizzazione di costruzioni sul proprio terreno, il giurista dell'Università di Heidelberg sostiene la vigenza di un generale divieto di condotte emulative; in altri termini, si dimostra fervente sostenitore della teoria dell'*aemulatio*. L'aspetto più rilevante della posizione di Thibaut risiede nelle basi dogmatiche individuate dall'autore per corroborare la posizione sul divieto di atti emulativi. Dalle note a margine dell'opera emerge infatti una costellazione di fonti normative e dottrinali – da quelle romanistiche a quelle più vicine all'età moderna – che, seppur eterogenee nel contenuto, convergono nel riconoscere tale limitazione nell'esercizio del diritto²⁶⁸. Il punto di partenza è il Digesto, dove il diritto romano viene celebrato come modello insuperato di sintesi tra precetto giuridico e morale. Il richiamo si estende poi agli interpreti dello *ius commune* e agli esponenti dell'*usus modernus pandectarum*. Tra questi spicca Benedikt Carpzov, la cui trattazione sull'argomento — come già evidenziato — si limita alle fattispecie dei rapporti di vicinato, ma rappresenta l'anello di congiunzione con la più ambiziosa sistemazione teorica di Samuel Stryk. Quest'ultimo, invero, ispirandosi al principio di *caritas* cristiana, aveva proposto nel *De jure aemulationis* una teoria generale dell'*aemulatio*²⁶⁹. Richiamate anche le opinioni contrarie di Thomasius e di Georgius Schulz, giurista prussiano, che nel 1712 aveva pubblicato a Königsberg un'intera dissertazione in lingua latina intitolata *De actione contra aedificantem ex aemulatione*²⁷⁰. Su una posizione completamente opposta si colloca, invece,

²⁶⁸ *Ivi*, pag. 49 in nota. Nel testo è stata riportata per intero la nota in cui Thibaut, sviluppando la sua argomentazione sul divieto di atti emulativi, rinvia alle fonti dottrinali. “So war die ältere Lehre, gut begründet durch die moralische Richtung des Römischen Rechts und eben so gut durch L. §. 12. L. 2. §. 9. de aqua et aquae pluv. (39. 3.), Nov. 63., aber minder gut durch L. 38. de R. V. (6. 1.) L. 3. pr. de oper. publ. (50. 10.). Carpzov Decis. n. 104. Gail L. 2. Obs. 69. Pufendorf T. 4. Obs. 263. Stryk de iure aemulationis. c. 1. n. 13. Hert de servitute naturaliter constituta. Sect. 2. §. 11. A. M. ist C. Thomasius non-ens actionis forensis contra aedificantem ex aemulatione (Diss. T. 2. n. 61.). G. Schulz de actione contra aedificantem ex aemulatione”.

²⁶⁹ V. *supra*, pag. 68.

²⁷⁰ Facciamo riferimento in particolare all'opera di G. SCHULZ, *Disputatio Juridica de actione contra aedificantem ex aemulatione*, Regiomonti (Königsberg), Typis Reusnerianis, 1712. Come emerge nel proemio dell'opera, il fondamento più autorevole dell'argomentazione di Schulz rimane quanto espresso da Christian Thomasius nella dissertazione “*Non Ens Actionis Forensis contra Edificantem ex*

il grande avversario dottrinale di Thibaut, Carl Friedrich von Savigny²⁷¹. Il fondatore della Scuola storica del diritto pone le basi della sua riflessione sul concetto del diritto soggettivo ispirandosi inizialmente alla prospettiva kantiana²⁷²: “damit ging Savigny, wie Kant, von einem subjektivierten Rechtsbegriff aus, der an ein sittlich verstandenes Freiheitsverständnis gebunden war”²⁷³. Tuttavia, il suo pensiero si differenziava sia dalle antiche teorie del diritto naturale sia dall’idea di una piena sovrapposizione tra ordinamento giuridico e principi morali²⁷⁴. La funzione dell’ordinamento per Savigny è “esterna”, garantistica: assicurare quella libertà “all’interno della quale l’esistenza e l’operato di ogni individuo possano trovare uno spazio sicuro e libero”²⁷⁵. Questo profilo si manifesta con chiarezza nella sua

Emulatione” pubblicata ad Halle nel 1703. Purtuttavia, Schulz ammette che la posizione del giurista di Halle, sebbene la più autorevole, non fosse in quegli anni condivisa dalla maggioranza della dottrina e della scienza giuridica. “[...] Doctorum opinioni tribuendam esse, nisi quatenus illa rationem habeat junctam. Inter illos, qui hanc sententiam foveant, jure meritoque numerandus est celeberrimus Dn. Thomasius, qui in seria & accurata veritatis investigatione eam opinionem amplectitur, non quae pluribus approbata est auctoritatibus, sed quae cum recta ratione congruit. Multa hujus rei exempla ex scriptis Viri illustris in medium afferre possemus, nisi hoc nostro instituto esset alienum. Unicum tamen hac vice adducere placet. Nimirum nota est Dissertatio Viri Excellentissimi, cui titulus: “Non Ens Actionis Forensis contra Edificantem ex Emulatione”, Anno 1703”.

²⁷¹ Sul punto, si veda anche P. GROSSI, *L’Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

²⁷² HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre*, op. cit., pag. 43.

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ P. CARONI, *La cifra codificatoria nell’opera di Savigny*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. IX, Giuffrè editore, Milano, 1980, pagg. 97-98. “Ad essa si accompagna l’emancipazione dal giusnaturalistico mondo dei valori, e quindi la costruzione del diritto in “selbständiges Daseyn” e della scienza giuridica in scienza ora autonoma (ma formale) del diritto positivo. Al diritto si riconosce quindi solo una funzione esterna, garantistica: quella di tracciare una linea invisibile “innerhalb welcher das Daseyn und die Wirksamkeit jedes Einzelnen einen sichern, freien Raum gewinne”. Esso definisce così il campo, all’interno del quale la volontà dell’individuo “unabhängig von jedem fremden Willen zu herrschen hat”. Ciò facendo il diritto fissa quelle modalità che permettono ai soggetti giuridici di organizzarsi liberamente la propria vita, e così ne rendono possibile il perfezionamento della morale: se è vero, che la “sichere und selbständige Entwicklung der Persönlichkeit” è lo scopo supremo del diritto. Capeggia, in questa prospettiva, l’autonomia privata: una forza, da taluni chiamata diritto soggettivo, primariamente rivolta alla costruzione di rapporti patrimoniali, e quindi preordinata alla “künstliche Erweiterung unserer eigenen persönlichen Kräfte””. Si veda anche SOLIMANO, *Un secolo giuridico. Legislazione, cultura e scienza del diritto civile in Italia e in Europa (1814-1916)*, in *Tempi del diritto*, op. cit., pagg. 303 e ss.

²⁷⁵ *Ivi*, pag. 97. Il riferimento è quello ad un passaggio contenuto nell’opera di C. F. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Erster Band, Bei Veit und Comp., Berlin, 1840, pagg. 331-332.

nozione di diritto soggettivo, caratterizzata da un'evidente centralità della volontà individuale: *“Per l'odierno diritto romano dobbiamo cercare il fondamento nell'individuazione delle fonti del diritto che gli appartengono. Affinché ciò possa avvenire con successo, è necessaria un'indagine più generale sulla natura delle fonti del diritto in generale. Se consideriamo lo stato giuridico, così come ci circonda e ci penetra da ogni parte nella vita reale, in esso ci appare innanzitutto il potere spettante al singolo individuo, un dominio in cui la sua volontà impera, e impera con il nostro consenso. Questo potere noi lo chiamiamo il diritto di questa persona, equivalente a facoltà: alcuni lo chiamano il diritto in senso soggettivo”*²⁷⁶.

Come anche emerge dalle definizioni di diritto reale di proprietà e dal concetto di obbligazione, le posizioni soggettive sono intese come il *“potere della volontà”*²⁷⁷. La proprietà è intesa come il dominio illimitato ed esclusivo di una persona su di una cosa mentre l'obbligazione è il dominio, ossia il potere, su un singolo atto di un'altra persona. Il debitore è concepito come soggetto interamente sottoposto alla volontà del debitore²⁷⁸. La separazione tra diritto e morale è quasi completa²⁷⁹. Tuttavia, come anche ricordato da Haferkamp, richiamando il lavoro di Joachim Rücker²⁸⁰, il potere della

²⁷⁶ SAVIGNY, *op. cit.*, pagg. 6-7. “Für das heutige Römische Recht haben wir die Grundlage zu suchen in der Feststellung der ihm angehörende Rechtsquellen. Damit dieses mit Erfolg geschehen könne, ist eine allgemeinere Untersuchung über die Natur der Rechtsquellen überhaupt nöthig. Betrachten wir den Rechtszustand, so wie er un sim wirklichen Leben von allen Seiten umgibt und durchdringt, so erscheint uns darin zunächst die der einzelnen Person zustehende Macht, ein Gebiet worin ihr Wille herrscht, und mit unserer Einstimmung herrscht. Diese Macht nennen wir in Recht dieser Person, gleichbedeutend mit Befugnis: Manche nennen es das Recht im subjektiven Sinn”.

²⁷⁷ HAFERKAMP, *Die heutige Rechtmißbrauchslehre, op. cit.*, pag. 44.

²⁷⁸ *Ibidem*. Si fa riferimento alle definizioni di proprietà e di obbligazione rese da Savigny in *System, op. cit.*, pag. 367.

²⁷⁹ *Ibidem*. “Schon die Definition Savignys deutete damit eine Perfektionierung der Trennung zwischen Recht und Moral an, die Sittlichkeit des Freiheitsbegriffs tauchte nicht mehr auf”.

²⁸⁰ J. RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, 2. Auflage, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Mein, 2022, pagg. 364-365. “Objektiv-idealistische Züge prägen auch Savignys Vorstellungen von Recht und Moral bzw. Sittlichkeit. Obgleich Savigny das Privatrecht, und nur dieses, äußerlich und grundsätzlich moralfrei als “unsichtbare Grenze” bestimmt, will und kann er es doch und ohne immanenten Widerspruch einer Gesamtkonzeption einbinden, in der das Recht die Sittlichkeit ermöglicht und ihr damit “dient”. Nach seiner bekannten Prägung dient es der Sittlichkeit, “indem es die freie Entfaltung ihrer, jedem

volontà secondo Savigny non deve intendersi in senso assoluto e il concetto della libertà individuale non coincide con il mero arbitrio²⁸¹. Sul punto, appaiono significative le parole dello stesso Savigny nell'opera introduttiva *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, pubblicata a Berlino nel 1815, dove è possibile notare come il legame tra diritto soggettivo e limiti etici non venne mai meno del tutto²⁸².

*“Secondo la dottrina degli altri, non esiste un'esistenza umana che possa considerarsi completamente singola e separata: piuttosto, ciò che può essere considerato singolo è, da un altro punto di vista, membro di un tutto più elevato. Così, ogni singolo uomo va necessariamente pensato simultaneamente come membro di una famiglia, di un popolo, di uno Stato; ogni epoca di un popolo come la continuazione e lo sviluppo di tutti i tempi passati; e un'opinione diversa da questa è proprio per questo unilaterale e, se pretende di affermarsi come unica, falsa e dannosa. Se però le cose stanno così, allora ogni epoca non produce il suo mondo per sé stessa e arbitrariamente, bensì lo fa in una comunità inscindibile con l'intero passato”*²⁸³.

einzelnen Willen inwohnenden, Kraft sichert” also nicht durch unbedingten Vollzug des Sittlichen. Ohne Klauseln: Das Recht dient der freien Entfaltung der sittlichen Kraft. Recht ist also von Sittlichkeit different, ihr aber im gemeinsamen Ziel verbunden. Diese Sätze bieten zunächst einige Parallelen zu Kant. So stehen Sittlichkeit und Recht in einem Verhältnis wie “Aufgabe” oder Ziel und selbständige “Bedingung” der Verwirklichung der Aufgabe. Freilich war dies eine sehr verbreitete Vorstellung. Parallel wirkt auch die Tatsache der Trennung beider Bereiche, die Kennzeichnung des Rechtlichen als “selbständig” und insofern “eigentümliches Element” beim Vollzug der allgemeinen Aufgabe. Beide leiten auch das Recht nicht mehr direct aus einem bestimmten sittlichen Prinzip ab, wie es noch viele Zeitgenossen und besonders die vorkantische Tradition versuchten”.

²⁸¹ HAFERKAMP, *Die heutige Rechtmißbrauchslehre*, op. cit., pag. 44.

²⁸² *Ivi*, pagg. 44-45. “Auch bei Savigny ging der Kontakt des Individualrechts zu ethischen Schrankenbestimmungen nicht endgültig verloren”.

²⁸³ SAVIGNY, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, Erster Band, Nicolaischen Buchhandlung, Berlin, 1815, pag. 3. “Nach der Lehre der Andern gibt es kein vollkommen einzelnes und abgesondertes menschliches Dasein: vielmehr, was als einzeln angesehen werden kann, ist, von einer anderen Seite betrachtet, Glied eines höheren Ganzen. So ist jeder einzelne Mensch nothwendig zugleich zu denken als Glied einer Familie, eines Volkes, eines Staates: jedes Zeitalter eines Volkes als die Fortsetzung und Entwicklung aller vergangenen Zeiten; und eine andere als diese Ansicht ist eben deshalb einseitig, und, wenn sie sich allein geltend machen will, falsch und verderblich. Ist aber dieses, so bringt nicht jedes Zeitalter für sich und willkürlich seine Welt hervor, sondern es thut dieses in unauflöslicher Gemeinschaft mit der ganzen Vergangenheit”.

L'esistenza umana non può mai essere considerata completamente autonoma o isolata poiché ogni individuo è parte costitutiva di realtà più ampie. La natura degli esseri umani non è quella delle monadi. Così, ogni uomo dev'essere necessariamente concepito come membro di una famiglia, di un popolo, di uno Stato. Ogni epoca rappresenta la continuazione e, al contempo, l'evoluzione organica di tutte le epoche precedenti.

“Non si tratta affatto di una scelta tra il bene e il male, per cui riconoscere qualcosa di dato sarebbe buono, mentre respingerlo sarebbe cattivo, ma pur sempre possibile. Al contrario, questo respingere ciò che è dato è, in senso rigoroso, del tutto impossibile; esso ci domina in modo inevitabile, e noi possiamo solo illuderci al riguardo, non modificarlo. Chi si illude in tal modo e crede di esercitare il proprio arbitrio particolare laddove è possibile solo quella superiore libertà comune, rinuncia da sé alle sue pretese più nobili: è uno schiavo che si crede un re, quando potrebbe essere un uomo libero”²⁸⁴.

Come ben espresso nel pensiero di Savigny, non si tratta di una scelta tra il “bene” o il “male”. In realtà, il rifiuto del dato è impossibile, poiché esso ci condiziona inevitabilmente, e l'unica opzione è l'autoinganno, non il cambiamento. Chi si dovesse illudere di agire per libero arbitrio, quando invece esiste solo una libertà collettiva superiore, rinunciarebbe anche alle proprie aspirazioni più nobili. Sull'argomento anche il pensiero di Georg Friedrich Puchta non si discosta molto rispetto a quello del suo maestro Savigny²⁸⁵. Nel § 20 dell'opera *Pandekten*, Puchta dedica alcune righe al rapporto tra *Sittlichkeit und Religion* e l'ordinamento. Pur rimarcando la distinzione tra valutazione giuridica e giudizio morale, ricordando come un'azione possa essere immorale ma non per questo considerata illecita, Puchta è comunque consapevole che il diritto non debba favorire e tutelare le condotte emulative. Un ordinamento giuridico che trattasse gli atti immorali come se fossero

²⁸⁴ Ivi, pag. 4. “Es ist nicht etwa die Rede von einer Wahl zwischen Gutem und Schlechtem, so daß das Anerkennen eines Gegebenen gut, das Verwerfen desselben schlecht, aber gleichwohl möglich, wäre. Vielmehr ist dieses Verwerfen des Gegebenen der Strenge nach ganz unmöglich, es beherrscht uns unvermeidlich, und wir können uns nur darüber täuschen, nicht es ändern. Wer sich so täuscht, und seine besondere Willkür auszuüben meint, wo nur jene höhere gemeinsame Freiheit möglich ist, gibt seine edelsten Ansprüche selbst auf: ein Knecht, der sich einen König wähnt, da er ein freier Mann sein könnte”.

²⁸⁵ HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre*, op. cit., pagg. 45-46.

sempre illeciti, perderebbe la sua autonomia, senza neppure giovare alla moralità e alla religione, poiché con la sua coercizione esterna minerebbe la libertà di coscienza. Tuttavia, il diritto, senza compromettere la propria esistenza, non può prestarsi a favorire tendenze ostili alla moralità e alla religione cristiana; né deve abbassarsi a divenire promotore di immoralità.²⁸⁶. Per tale ragione, prosegue il giurista bavarese, una condotta che costituisca un attentato ai principi della morale, seppur formalmente conforme al dettato normativo, non dev'essere giuridicamente approvata né protetta²⁸⁷. Anche la cosiddetta *Billigkeit des Einzelfalles*, l'equità del caso concreto, deve sempre essere tenuta in grande considerazione dal sistema giuridico²⁸⁸. Invero, sostiene Puchta, il compito del diritto è quello di promuovere “*das menschliche Wohl*”, il bene umano, e tale obiettivo deve informare l'ordinamento nel suo complesso. Tuttavia, non è il bene del singolo individuo, bensì il bene della specie umana a rappresentare il compito primario del diritto. Si presenta dunque l'esigenza di conformare il diritto in modo che la affermazione e la rigida applicazione del principio di uguaglianza in senso formale non degeneri in concreta disuguaglianza²⁸⁹. L'esempio

²⁸⁶ G. F. PUCHTA, *Pandekten*, Dritte verbesserte Auflage, Verlag von Johann Ambrosius Barth, Leipzig, 1845, pag. 29, § 20. “Die rechtliche Beurtheilung der Verhältnisse ist selbstständig gegenüber der sittlichen und religiösen; eine Handlung kann unsittlich und irreligiös seyn, ohne darum auch widerrechtlich zu seyn. Ein Recht, welches unsittliche Handlungen schlechthin wie rechtswidrige behandelte, würde seine Selbstständigkeit verlieren, sogar ohne der Sittlichkeit und Religion zu nützen, indem es durch seinen äußeren Zwang die Freiheit der Gesinnung untergrübe. Dagegen kann das Recht, ohne sein eigenes Daseyn zu gefährden, auch keiner feindlichen Richtung gegen Sittlichkeit und Christenthum zu Hülfe kommen; es darf sich nicht zum Beförderer der Unsittlichkeit herabwürdigen lassen. Eine Handlung daher, welche ein Attentat gegen die Sittlichkeit enthält, soll auch rechtlich nicht gebilligt und geschützt werden”.

²⁸⁷ *Ivi*, pag. 29.

²⁸⁸ HAFERKAMP, *Die heutige Rechtmißbrauchslehre*, *op. cit.*, pag. 46.

²⁸⁹ PUCHTA, *op. cit.*, pag. 30, § 21. “Das Recht hat die Aufgabe, das menschliche Wohl zu befördern, dies ist daher auch ein Princip des Rechts. Aber das Recht dient der menschlichen Wohlfahrt auf dem ihm angewiesenen Wege, welcher in der Hervorhebung der Gleichheit gegenüber den individuellen Unterschieden in den Menschen und ihren Verhältnissen besteht. Es ist nicht das Wohl des Individuums, sondern das Wohl der Gattung, welches die nächste Aufgabe des Rechts ist. Diese Herrschaft der gleichmäßig durchgreifenden Regel über die individuellen Bedürfnisse ist der Grundcharakter des Rechts, die ratio iuris, darum kann es nicht fehlen, daß es in den einzelnen Fällen mit den Ansprüchen des von der Geltendmachung der individuellen Unterschiede abhängigen Wohls in Collision kommt. Es ist nun eine Aufgabe, das Recht so auszubilden, daß die abstracte Gleichheit nicht in eine wirkliche Ungleichheit, das formelle Recht nicht in ein materielles Unrecht umschlage”.

concreto è prospettato direttamente dall'autore in una nota della stessa pagina²⁹⁰. Il trattamento astrattamente uguale, ad esempio, del povero e del ricco può appunto convertirsi in disuguaglianza, poiché al primo — per la sua condizione individuale — riesce più difficile che al secondo adempiere alle prescrizioni del diritto o anche solamente a difendersi. Nonostante non si faccia mai riferimento ad un generale principio di *Schikaneverbot*²⁹¹, risulta

²⁹⁰ Ivi, pag. 30 in nota. “Dies drückt der Spruch aus: summum ius summa iniuria. Die abstract gleiche Behandlung z.B. des Armen und Reichen kann eben dadurch zu einer Ungleichheit werden, daß es jenem nach seiner Individualität schwieriger seyn kann, als diesem, die Vorschriften des Rechts (z.B. für das Ansuchen um gerichtlichen Schutz) zu erfüllen”.

²⁹¹ HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre*, op. cit., pagg. 47-48. Puchta non riconosce la sussistenza nell'ordinamento di un generale principio di *Schikaneverbot* e questo nemmeno per l'ambito di applicazione originario del divieto: il diritto di proprietà. Definita dal giurista come la “somma di tutti i diritti reali”, Puchta sostiene una concezione particolarmente ampia del diritto di proprietà. Purtuttavia, veniva riconosciuta, in casi particolari, la possibilità di limitare il contenuto del diritto di proprietà. Tuttavia, tali limitazioni, rinvenibili in particolari materie dell'ordinamento, dovevano essere legalmente tipizzate. Il riferimento è ai divieti di disposizione previsti da norme speciali, ai particolari vincoli all'esercizio della proprietà giustificati dai rapporti di vicinato e dai pesi imposti dalle servitù sulla *res*. Pur riconoscendo l'obsolescenza di alcune di queste regole di derivazione romana, Puchta escludeva la possibilità di estendere di tali limitazioni ad ulteriori fattispecie sulla base di mere considerazioni di equità soggettiva. “Hinweise auf ein allgemeines Schikaneverbot finden sich bei Puchta, auch für sein ursprüngliches Anwendungsgebiet, das Eigentum, nicht. Dieses stellte für ihn die “Tötotalität aller dinglichen Rechte” dar. Es enthalte “an sich die ausschließliche Befugnis zu jeder Anwendung der Sache, zu jeder Verfügung über sie”. Dennoch sei “eine Beschränkung (und zwar des Eigentums selbst, nicht bloß des Eigentümers) möglich, sie besteht in der Herausnahme von Befugnissen, die an sich ihm Eigentum liegen”. Die nun folgende Aufzählung der Begrenzungen betraf ausschließlich gesetzliche Einzelfallschranken, gesetzliche Verfügungsverbote und vor allen Dingen nachbarrechtliche Einzelfallschranken, wie z. B. unterschiedlichste Arten von Servituten. Puchta bemerkte, daß viele dieser Bestimmungen, da auf römischen fußend, antiquiert sein. Dennoch dürften diese Vorschriften nicht nach subjektiver Billigkeit ausgedehnt werden”. Sul punto, si veda anche PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, Zweiter Band, Achte Auflage, Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1875, pagg. 160-166, § 231. Il pandettista sostiene che ogni proprietario fondiario, nell'esercizio delle facoltà connesse al proprio diritto, dovrebbe essere condotto a un equo riguardo verso i confinanti, posto che, come un'eccessiva rigidità nell'esercizio delle proprie prerogative dominicali, genererebbe uno stato di perpetua conflittualità giuridica. In tale situazione, sebbene nessun vicino oltrepasserebbe formalmente i limiti del proprio diritto, ciascuno finirebbe per limitare reciprocamente l'utilizzo dei beni, senza alcun vantaggio sostanziale. L'esigenza di garantire questa reciproca tolleranza tra proprietari risulta, in determinati aspetti, così importante per l'interesse pubblico da aver dato origine a specifiche norme giuridiche. Queste avrebbero trasformato in obbligo giuridico i dettami della ragione e dell'equità, rendendoli così indipendenti dalla comprensione individuale e dalla buona volontà dei singoli. Per dirla in altri termini, un'*aequitas rudis* che diviene *aequitas constituta*. “Überhaupt aber muß ein Grundeigentümer

particolarmente interessante la posizione assunta da Puchta rispetto allo strumento processuale di origine romana dell'eccezione di dolo; istituto che, come abbiamo già affermato precedentemente, può essere considerato speculare al concetto di abuso del diritto²⁹². Il giurista bavarese afferma che le eccezioni si fondano in parte su norme processuali (come, ad esempio, l'eccezione di incompetenza del giudice), ed in parte sul diritto sostanziale. A questa categoria appartiene anche l'eccezione volta a far valere il cosiddetto diritto di ritenzione, cioè l'*exceptio doli* che il convenuto può sollevare per far valere delle contro-pretese connesse alla situazione giuridica principale dedotta in giudizio dall'attore²⁹³.

bei der Ausübung der Befugnisse, die in seinem Recht liegen, sich zu einer billigen Rücksicht auf die, deren Eigenthum mit dem seinigen zusammenstößt, veranlaßt finden durch die Erwägung, daß ein allzustrenges Bestehen auf seinen Eigenthumsbefugnissen einen fortwährenden rechtlichen Kriegszustand hervorrufen würde, bei dem vielleicht keiner der Nachbarn die Linie seines Rechts überschreitet, jeder aber den andern und sich selbst in der Benutzung seines Guts ohne endlichen Vortheil beschränkt. Das Bedürfniß einer solchen gegenseitigen Nachsicht ist in manchen Punkten so dringend selbst für das öffentliche Interesse, daß darüber Rechtsvorschriften entstanden sind, die das, was Vernunft und Billigkeit fordert, als rechtliche Nothwendigkeit festsetzen, und so von der Einsicht und dem guten Willen des Individuums unabhängig machen”.

²⁹² PUCHTA, *Pandekten, op. cit.*, pag. 134, § 93. “Exceptio ist sonach das dem klägerischen Anspruch entgegenstehende Recht des Beklagten, welches jenen, auch wenn er ipso iure besteht (und also nicht zu negiren ist), ganz oder theilweise unwirksam macht”.

²⁹³ *Ivi*, pagg. 135-136, § 94. “[...] Die Einreden sind in der Regel mit dem Beklagtenverhältniß so verbunden, daß sie jedem zustehen, der in dieses durch eine Succession oder durch Uebernahme der fremden Verbindlichkeit eintritt: exceptiones rei cohaerentes, eine seltene Ausnahme sind die exceptiones personae cohaerentes). Umgekehrt kann eine Exceptio in Beziehung auf den Kläger in personam seyn), die Regel ist aber auch hier, daß sie jedem, der den zurückzuweisenden Anspruch erhebt, entgegensteht, daß sie also in rem ist). Jede Exceptio schließt die Klage aus), aber sie kann dies entweder für immer thun, also sie aufheben, exceptio perpetua et peremptoria, oder nur für jetzt, also sie aufschieben, exceptio temporalis et dilatoria). Der Grund dieser letzteren kann in einer mangelhaften oder in einer vorzeitigen Anstellung der Klage liegen; die Zeit die hier der Einrede gesetzt ist, kann eine absolute (z. B. exceptio pacti ne intra certum tempus petatur) oder eine relative seyn, z. B. exceptio ordinis, exceptio quod praeiudicium non fiat”. E ancora, “Die Einreden gründen sich theils auf processualische Vorschriften (z.B. Einrede der Incompetenz des Richters, mangelnder processualischer Cautionen), theils auf das materielle Recht. Unter diesen letzteren bilden eine zahlreiche Classe die, denen der Ausdruck gegeben werden kann, der Kläger handle dolose oder gegen die *bona fides*, seinen Anspruch zu erheben: *exceptio si in ea re nihil dolo malo actoris fiat*, oder *exceptio doli* im weiteren Sinn, die also sehr viele Einreden, ja die meisten ausser den Processeinreden, in sich begreift. Dahin gehört auch das s.g. Retentionsrecht, d.h.

In questo modo, Puchta riconosce in maniera esplicita e inequivocabile la funzione correttiva e bilanciatrice di tale istituto all'interno dell'ordinamento giuridico sostanziale, sottolineandone al contempo la concreta rilevanza pratica nell'ambito delle controversie²⁹⁴. Emerge così la possibilità di limitare e temperare l'esercizio dei diritti soggettivi — tradizionalmente considerati come assoluti e incondizionati — attraverso il richiamo al principio cardine della *bona fides*; concetto che, in questo contesto, può essere facilmente accostato al principio dell'*aequitas*: il principio di uguaglianza del caso concreto²⁹⁵. Una posizione nettamente contraria a qualunque limitazione morale dell'esercizio dei diritti soggettivi è quella sostenuta con vigore da Carl Georg von Wächter. Nel settimo capitolo *Allgemeine Natur der Privatrechtsverhältnisse* della sua opera *Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts* pubblicata Stoccarda nel 1842, il pandettista affronta la questione assai dirimente nella dottrina germanica del *Subjektives Recht und seine Ausübung*, il concetto di diritto soggettivo ed il relativo esercizio. La definizione del primo non si differenzia molto da quella fornita da Savigny: “*ein Privatrecht im s.g. subjectiven Sinne ist die Befugniß, in den durch das objective Privatrecht geregelten Beziehungen zu handeln*

die *exceptio doli*, welche der Beklagte wegen Gegenansprüchen hat, wenn diese mit dem Anspruch des Klägers connex sind”.

²⁹⁴ HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre*, op. cit., pag. 48.

²⁹⁵ Un altro esempio di teorizzazione dell'inammissibilità dell'esercizio malizioso di una posizione soggettiva è possibile individuarlo in E. BÖCKING, *Pandekten des römischen Privatrechts aus dem Standpunkte unseres heutigen Rechtssystems*, Erster Band, Adolf Marcus, Bonn, 1843, pagg. 483-484, § 128. Come dal concetto di diritto privato risulta da un lato la sua limitazione da parte del diritto pubblico e della sfera giuridica di altri privati, così dall'altro ne consegue che colui che esercita il proprio diritto non commette alcuna violazione giuridica, anche qualora tale esercizio rechi pregiudizio ad altri; allo stesso modo gli oneri connessi al diritto gravano sul titolare. Per contro, è già insito nel concetto stesso del diritto - in quanto facoltà riconosciuta dallo Stato e nell'ambito statale per la manifestazione della volontà dell'uomo razionalmente autonomo nei rapporti con altri individui ugualmente liberi - che il suo esercizio dettato da pura malvagità o da altra intenzione irragionevole non trovi alcuna tutela giuridica “So wie durch den Begriff des Privatrechts einerseits dessen Beschränkung durch das ius publicum und das Rechtsgebiet anderer Privatpersonen so ist andererseits damit gegeben, daß der sein Recht Ausübende keine Rechtsverletzung verübt, sollte auch die Ausübung auf Andere nachtheilig wirken; wie denn auch die mit dem Rechte verbundenen Lasten den Berechtigten treffen. Dagegen liegt schon im Begriffe des Rechts als der vom und im Staate anerkannten Befugniß zur Aeüßerung des Willens des vernünftig für sich thätigen Menschen im Verhältniß zu den anderen als eben solchen, daß dessen Ausübung aus bloßer Bosheit oder sonst unvernünftiger Absicht keinen Rechtsschuh finde; [...]”.

und von Dritten Handlungen zu fordern”; un diritto privato nel cosiddetto senso soggettivo è la facoltà di agire nei rapporti disciplinati dal diritto privato oggettivo e di esigere da terzi determinate azioni²⁹⁶. Nondimeno, a riprova dell’esistenza di una discussione dottrinale sul punto, von Wächter si affretta a specificare che l’esercizio di un diritto è generalmente indipendente dai motivi e dalle ragioni interne che guidano il titolare:

Der Berechtigte kann sein Recht nicht über die demselben gesteckten Grenzen ausdehnen; innerhalb derselben aber kann er es in seinem vollen Umfange ausüben, mag dieß auch dem Verpflichteten noch so hart fallen, und der Letztere kann wegen eines Nachtheils, den die Ausübung des Rechts ihm zufügte, sich nicht beschweren, eben weil der Berechtigte, so weit er vom Recht innerhalb der gesetzlichen Grenzen Gebrauch macht, in seinem Recht ist²⁹⁷.

Il titolare del diritto non può esercitare il proprio diritto oltre il perimetro tracciato dal precetto normativo²⁹⁸; in ogni caso, entro tali limiti può esercitarlo nella sua piena estensione, per quanto pregiudizievole ciò possa risultare per l’eventuale soggetto obbligato. Quest’ultimo non potrà dolersi di alcun pregiudizio che gli sia stato arrecato dall’esercizio del diritto, proprio perché il titolare — nella misura in cui faccia uso del diritto entro i confini legali — agisce nel pieno delle sue prerogative. Von Wächter sviluppa la sua argomentazione partendo proprio dall’analogia tra legge morale e legge giuridica: entrambe concepite come leggi di volontà. Secondo il giurista, la volontà generale — intesa come norma che scaturisce dal consenso condiviso all’interno della comunità giuridica — stabilisce i parametri di

²⁹⁶ C. G. VON WÄCHTER, *Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts*, Zweiter Band. Allgemeine Lehren, Verlag der J. B. Mehler'schen Buchhandlung, Stuttgart, 1842, pag. 193. “Wie der allgemeine Wille im Staate die Rechtsnorm bestimmt und ihm das objective Recht unterworfen ist: so wird durch das subjective Recht, das in Folge der Rechtsnorm erworben wird, dem individuellen Willen einer Person eine gewisse Macht, die sie in einem bestimmten Kreise geltend machen kann, eingeräumt und Dasjenige unterworfen, was ihr vermöge ihres Rechts möglich wird”.

²⁹⁷ *Ivi*, pag. 195.

²⁹⁸ *Ivi*, pagg. 196-197. In questo passaggio von Wächter si riferisce in particolare agli atti e alle condotte espressamente qualificate come inammissibili dall’ordinamento e agli atti contrari alla morale pubblica e al buon costume. “Ein jedes Privatrecht muß, da es ein Ausfluß des Privatrechtsgesetzes ist, mit diesem übereinstimmen, wenn es bestehen soll. Es kann daher kein Privatrecht geben auf Dasjenige, was das Rechtsgesetz für unzulässig erklärt, also namentlich nicht, auf verbotene Handlungen oder auf solche, die gegen die allgemeine Sitte anstoßen, oder in Beziehung auf ein Object, das nicht Gegenstand von Privatrechten ist. Auch versteht es sich von selbst, daß es auf physisch Unmögliches ein Recht nicht gehen kann”.

comportamento per la volontà individuale nelle relazioni intersoggettive. Tuttavia, se la norma etica valorizza l'intenzione in sé considerata, la norma giuridica si limiterebbe a richiedere una volontà conforme all'ordinamento esclusivamente in relazione agli effetti esterni dell'agire, prescindendo completamente dalle motivazioni interiori del soggetto. Non c'è spazio per un sindacato del foro interno del soggetto. Ciò che è rilevante per l'ordinamento giuridico è unicamente la conformità oggettiva della condotta al contenuto del precetto²⁹⁹.

In linea di principio, l'esercizio del diritto è indipendente dalle motivazioni soggettive del titolare, poiché nel diritto privato le ragioni soggettive interne dell'agire non assumono rilevanza giuridica. Persino quando alla base di un esercizio rigoroso e spregiudicato del diritto vi fossero la *Schadenfreude*, la gioia per una sfortuna altrui, o un intento ostile, ciò non costituirebbe di per

²⁹⁹ *Ivi*, pag. 4. Von Wächter spiega che, al pari di ogni legge morale intesa in senso lato, anche la norma giuridica costituisce una legge della volontà. La volontà generale – ossia la legge che, in un rapporto libero e pacifico, poggia su una convinzione condivisa e sul consenso, diretto o mediato, dei membri della comunità giuridica – stabilisce come la volontà individuale debba conformarsi nelle relazioni esterne tra gli individui. Tuttavia, mentre la legge etica attribuisce valore intrinseco all'intenzione in quanto tale, quella giuridica richiede la conformità della volontà solo in relazione al suo effetto sull'azione esteriore, rilevante per il rapporto giuridico. Essa si limita dunque a esigere la volontà di agire in conformità alla norma, prescindendo dalle motivazioni interiori dell'agente. “Wie jedes moralische Gesez im weiteren Sinne, so ist auch das Rechtsgesez ein Willensgesez. Der allgemeine Wille – das Gesez, welches bei einem freien Rechts- und Friedensverhältnisse auf gemeinsamer Ueberzeugung und mittelbarer oder unmittelbarer Zustimmung der Glieder des Rechtsvereines beruht (§. 5) – bestimmt die Art und Weise, wie der einzelne Wille in den äußeren Beziehungen der Menschen zu einander sich verhalten soll. Während aber das ethische Gesez auf die Gesinnung an und für sich besonderen Werth legt, verlangt das Rechtsgesez den rechtlichen Willen blos wegen seiner Beziehung und seines Einflusses auf das äußere, für das Rechtsverhältniß wichtige, Handeln, fordert daher blos den Willen, äußerlich dem Geseze gemäß zu handeln, und steht von den Motiven und der Gesinnung des Handelnden ab”. L'autore osserva come il diritto, per assolvere pienamente alla sua funzione, debba necessariamente pretendere un riconoscimento universale nonché un'autorità esteriore vincolante. Sottolinea infatti che la norma giuridica, per sua natura, deve presentare un contenuto oggettivamente riconoscibile e applicabile con certezza nei casi concreti, la cui osservanza possa essere garantita — ove necessario — attraverso l'esercizio della forza coercitiva da parte dell'ordinamento. “Dabei nimmt es aber allgemeine Anerkennung und äußere Gültigkeit und Herrschaft in Anspruch, weil es sonst seiner Aufgabe nicht genügen könnte. Deßhalb muß der Inhalt des Rechtsgesezes eine objectiv mit Sicherheit allgemein erkennbare, in der concreten Anwendung mit Bestimmtheit beurtheilbare, Regel bilden, deren Ansehen im Nothfalle durch äußeren Zwang aufrecht zu erhalten ist”.

sé un ostacolo all'esercizio legittimo del diritto, purché lo stesso rimanga entro i limiti stabiliti dalla legge³⁰⁰. Ed è in questo passaggio che il giurista coglie il vero punto dirimente della questione. Si dovesse sostenere il contrario, prosegue von Wächter, si finirebbe per trasformare la *Freundlichkeit*, la gentilezza, e l'*Humanität*, il sentimento di umanità, in obblighi giuridici la cui valutazione circa l'adempimento di tali doveri ricadrebbe inevitabilmente nell'incertezza di un giudizio arbitrario che costringerebbe il titolare del diritto a render conto delle proprie motivazioni. Motivazioni interne che, per loro natura, devono rimanere estranei all'ambito giuridico. Solo eccezionalmente, sostiene von Wächter, l'ordinamento può vietare l'esercizio di posizioni soggettive quando è dimostrabile che il titolare fosse mosso unicamente dall'intenzione di nuocere al prossimo, ma si tratta di eccezioni, come quella che dovrebbe regolare i rapporti di vicinato, che non si prestano ad essere generalizzate³⁰¹. Non dissimile rispetto a von Wächter si dimostra il pensiero di Bernhard Windscheid, forse il più celebre esponente della Scuola della Pandette. Il compito dell'ordinamento, sostiene il giurista renano nel volume *Lehrbuch des Pandektenrecht* pubblicato nel 1862, è, al pari dell'ordine morale, la regolamentazione della volontà umana. Tuttavia, mentre l'ordine morale prescrive “*ciò che deve essere voluto*”, l'ordinamento giuridico stabilisce “*ciò che può essere voluto*”³⁰²: “*orbene*,

³⁰⁰ Ivi, pag. 194. “Die Ausübung des Rechts ist von den Motiven, welche den Berechtigten dabei leiten, in der Regel unabhängig, da überhaupt die Beweggründe des Handelnden auf dem Gebiete des Privatrechts in der Regel nicht beachtet werden [...]. Sollte daher auch Schadenfreude oder Unfreundlichkeit der Grund eines strengen und rücksichtslosen Gebrauches eines Rechts seyn: so kann doch deßhalb der Ausübung des Rechts innerhalb seiner gesetzlichen Schranken kein Hinderniß in den Weg gelegt werden”.

³⁰¹ Ivi, pag. 194-195. “Freundlichkeit und Humanität auf eine Weise zur Rechtspflicht machen, bei welcher die Beurtheilbarkeit der Erfüllung der Pflicht unsicherem Meinen anheimfällt, der Berechtigte zur Rechenschaft über seine, dem Rechte an sich fremde, Motive gezwungen und sein wohlbegründetes Recht von etwas ganz außer demselben Liegenden abhängig gemacht würde. Nur ausnahmsweise lassen in einigen Fällen die Gesetze dann die Ausübung eines Rechts nicht zu, wenn den Berechtigten erweislich bloß die Absicht leitete, dem Gegner zu schaden, Ausnahmen aber, die durch besondere Gründe sich erklären und schon deßhalb nicht verallgemeinert werden können”.

³⁰² B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrecht*, Erster Band, Verlagshandlung von Julius Buddeus, Düsseldorf, 1862, pag. 81, § 37. “Die Aufgabe der Rechtsordnung ist, wie die der sittlichen Ordnung, Regelung des menschlichen Wollens. Aber während die sittliche Ordnung vorschreibt, was gewollt werden müsse, gibt die Rechtsordnung Vorschriften darüber, was gewollt werden dürfe.

quando l'ordinamento giuridico, in un caso concreto, dichiara che un determinato contenuto della volontà possa essere fatto valere rispetto a ogni altra volontà, e che tutte le altre volontà debbano sottomettersi a esso, esso crea un diritto (cosiddetto diritto in senso soggettivo, ovvero pretesa giuridica)"³⁰³. Un diritto soggettivo è quindi il *potere-volere* conferito dall'ordinamento giuridico, un potere o signoria da esso attribuito³⁰⁴. Secondo questa elaborazione dottrinale, la "*potestà volitiva*" riconosciuta al singolo soggetto non sarebbe più suscettibile di limitazioni intrinseche³⁰⁵. Con questa concettualizzazione, Windscheid perfezionò nella sua forma più astratta e rigorosa la teoria della volontà. In tale prospettiva, l'autonomia della volontà individuale può essere circoscritta esclusivamente da tipizzati vincoli normativi. Nella costruzione windscheidiana, il fondamento dell'attribuzione giuridica non risiede in una libertà innata e preesistente nel soggetto, bensì nell'ordinamento giuridico stesso, il quale di volta in volta conferisce e definisce le singole posizioni soggettive in relazione alle singole fattispecie³⁰⁶. Per quanto riguarda la questione dell'abuso del diritto, in parziale deroga a quanto sostenuto nella teoria generale del diritto soggettivo, Windscheid prevede un unico limite generale all'esercizio delle posizioni soggettive: il divieto di atti emulativi. Un limite che il pandettista di Düsseldorf mutua indirettamente dalle fonti romanistiche. "*Die Ausübung eines Recht ist deswegen nicht widerrechtlich, weil ein anderer dadurch Schaden hat; nur das ist unerlaubt, ein Recht lediglich zu dem Ende auszuüben, um dadurch einem Anderen zu schaden*", l'esercizio di un diritto non è perciò illecito solo perché un altro subisce un danno a causa di esso; è

Indem nun die Rechtsordnung in einem concreten Falle von einem gewissen Willensinhalt ausspricht, daß derselbe allen anderen Willen gegenüber zur Geltung gebracht werden dürfe, und daß alle anderen Willen sich demselben zu unterwerfen haben, schafft sie ein Recht, s.g. Recht im subjectiven Sinne, Berechtigung. Ein Recht ist also ein von der Rechtsordnung verliehenes Wollen-Dürfen, eine von der Rechtsordnung verliehene Macht oder Herrschaft".

³⁰³ *Ivi*, pag. 81.

³⁰⁴ *Ibidem*.

³⁰⁵ HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre*, op. cit., pag. 50.

³⁰⁶ *Ibidem*.

vietato solo esercitare un diritto unicamente allo scopo di arrecare danno a un altro³⁰⁷.

L'esercizio di un diritto non è illecito per il semplice fatto che cagiona danno ad altri; è vietato soltanto esercitare un diritto al solo scopo di arrecare pregiudizio ad altri. Non sfugge come tale impostazione anticipi di fatto il principio poi positivizzato nel § 226 BGB, che vieta tutt'ora l'esercizio del diritto finalizzato esclusivamente a nuocere. Con una nota a margine il pandettista prontamente provvede a specificare il divieto: chi esercita il diritto non deve avere *nessun altro interesse* legittimo nel farlo, se non quello di causare un danno. Tuttavia, l'onere di provare questa assenza di qualsiasi altro interesse ricade sulla parte che subisce il danno, e si tratta di una prova estremamente difficile da fornire. Proprio per questa difficoltà pratica, l'utilità concreta di questa norma è limitata³⁰⁸.

Si integra il divieto quando lo scopo è unicamente quello di arrecare danno ad altri. Si presume, dunque, che il titolare, nell'esercizio del suo diritto, agisca per la tutela o per il raggiungimento di un interesse legittimo; spetterà invece al soggetto danneggiato dimostrare che tale esercizio sia stato mosso esclusivamente da intento emulativo, ossia con *animus nocendi*. Questa può essere considerata l'unica apertura che Windscheid compie rispetto alla possibilità di configurare l'abuso del diritto nell'ordinamento³⁰⁹. L'eccezione di dolo generale non viene nemmeno menzionata nel capitolo dell'opera intitolato *Ausübung der Rechte*, l'esercizio dei diritti. Nel paragrafo dedicato

³⁰⁷ WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrecht*, Erster Band, Siebente durchgesehene und vermehrte Auflage, Bütten & Coening, Frankfurt am Main, 1891, pag. 342, § 121.

³⁰⁸ *Ivi*, pag. 342 in nota. "Lediglich zu dem Ende, um einem Andern zu schaden. Es wird also vorausgesetzt, daß der Berechtigte an der Ausübung seines Rechts kein irgend welches anderes Interesse habe. Es ist natürlich nicht an ihm, ein solches Interesse darzuthun; der Gegner muß ihm die Abwesenheit desselben nachweisen, und dieser Beweis ist sehr schwer zu führen. Deßwegen ist die ganze Bestimmung nicht sehr praktisch; man geht aber auf der anderen Seite zu weit, wenn man auch mit dieser Maßgabe ihre Allgemeingültigkeit bestreitet".

³⁰⁹ *Ibidem*. D'altronde è lo stesso pandettista richiamare la validità all'interno dell'ordinamento giuridico dell'altro principio romanistico secondo il quale: *qui iure suo utitur, neminem laedit*. "Man pflegt zu sagen: qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam. Der Grundsatz ist anerkannt in 1. 55. 151. 155 § 1 D. de R. I. 50. 17. Anwendungen in 1. 9 D. de S. P. U. 8. 2, 1. 24 § 12 1. 26 D. de damno inf. 39. 2, 1. 1 § 11. 21 1. 21 D. de aqua et aquae 39. 3".

alle eccezioni, l'*exceptio doli* viene trattata *incidenter tantum* e giudicato come un istituto oramai divenuto inapplicabile: “è senza alcuna importanza per il diritto attuale la divisione delle *exceptiones* in eccezioni fondate sul diritto civile e fondate sul diritto pretorio [...], inoltre i concetti della *exceptio utilis* e della *exceptio in factum*, *exceptio specificata* diffusamente, non designata da un nome breve [...]. Inoltre, non è pratico il concetto della c.d. *exceptio doli generalis* o *praesentis* (“*si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii fiat*”). Questa *exceptio doli* per i Romani non era che un mezzo di abilitare il giudice a tener conto di ogni eccezione anche senza che ne fosse fatta speciale menzione nella formula, poiché: “*dolo facit, quicumque id quod quaquam exceptione elidi potest petit*”³¹⁰. Il pensiero giuridico di Windscheid si fonda su un rigoroso primato della legge, che esclude qualsiasi margine interpretativo volto a modificare o adattare il dettato normativo. Questa visione, spesso definita *formalistica*, riduce il ruolo del giudice a quello di mero esecutore della volontà legislativa, negandogli quel potere discrezionale necessario a conciliare il diritto con l'evoluzione sociale³¹¹. Una simile rigidità solleva inevitabili interrogativi sull'efficacia del sistema: senza possibilità di correzioni giurisdizionali, il rischio è quello di una cristallizzazione dell'ordinamento in principi astratti, distanti dalle concrete e mutabili esigenze della società. Windscheid rifiuta ogni forma di giurisdizione equitativa, insistendo sull'obbligo per il giudice di attenersi alla pura logica e argomentazione giuridica, immune da qualsivoglia influenza esterna³¹². Sebbene riconoscesse nell'equità un ideale che doveva informare l'ordinamento, la Stella polare del firmamento del diritto, riteneva che solo il legislatore potesse tradurla in norme vincolanti, mentre al giudice spettava un'applicazione fedele del diritto positivo.

³¹⁰ ID, *Diritto delle Pandette*, Prima traduzione italiana degli avvocati C. FADDA e P. E. BENSA, Vol. I, Unione tipografico-editrice, Torino, 1902, pagg. 198-199 in nota.

³¹¹ HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre*, op. cit., pag. 53.

³¹² *Ibidem*.

2.3. Il *Rechtsmissbrauch* nel BGB. Dal progetto della prima commissione di codificazione all'applicazione giurisprudenziale.

Le esperienze contrastanti della tradizione giuridica tedesca con il divieto di atti emulativi e l'*exceptio doli generalis* si riflessero in intense discussioni durante i lavori preparatori del BGB³¹³. L'idea di un'unificazione legislativa del diritto germanico era stata inizialmente avanzata dalla corrente dei germanisti. Nel 1848, la *Frankfurter Nationalversammlung*, con l'obiettivo di sancire finalmente l'unificazione giuridica del popolo tedesco, propose la redazione di un codice civile, penale, commerciale e processuale³¹⁴. Già prima della costituzione della Confederazione Tedesca del Nord, il Partito Nazionale- Liberale aveva incluso nel suo programma l'obiettivo di estendere la competenza legislativa in materia di diritto civile prima alla Confederazione e, in seguito alla proclamazione dell'Impero, al Reich tedesco. Tuttavia, l'art. 4 comma 14 della Costituzione del Reich del 1871 limitava tale competenza al diritto delle obbligazioni, al diritto penale, al diritto commerciale e cambiario, nonché alla disciplina processuale civile – ambiti che, del resto, erano già stati regolati da discipline o progetti di legge comuni a tutta la Germania prima del 1867. Solo dopo l'unificazione imperiale, grazie all'iniziativa dei deputati nazional-liberali, il *Reichstag* approvò l'estensione delle competenze del *Reich* includendo l'intero diritto civile e l'organizzazione del sistema giudiziario³¹⁵. Tra gli Stati membri della federazione, fu la Prussia a sostenere con maggiore determinazione l'iniziativa del *Reichstag* fin dal 1871. Otto von Bismarck, bisognoso del

³¹³ EICHENHOFER, *op. cit.*, pag. 103.

³¹⁴ SOLIMANO, *op. cit.*, pagg. 319-320.

³¹⁵ W. SCHUBERT, *Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB, Einführung, Biographien, Materialien*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1978, pag. 27. “Vor der Gründung des Norddeutschen Bundes gehörte es zum Programm der Nationalliberalen Partei, dem Norddeutschen Bund und, nach der Reichsgründung, dem Deutschen Reich die Gesetzgebungskompetenz für das gesamte Zivilrecht zu übertragen. Die Verfassung des Reichs von 1871 wies in Art. 4 Ziff. 13 dem Reich lediglich die Zuständigkeit für das Obligationenrecht, Strafrecht, Handels- und Wechselrecht sowie das gerichtliche Verfahren zu – Bereiche, die bereits vor 1867 Gegenstand gesamtdeutscher Gesetze oder Entwürfe gewesen waren. Nach der Reichsgründung beschloss der Reichstag auf Initiative der Nationalliberalen (Anträge von Miquel/Lasker) die Ausdehnung der Reichskompetenz auf das gesamte bürgerliche Recht und die Gerichtsverfassung”.

sostegno dei nazional-liberali, abbracciò la loro causa per l'unificazione legislativa, considerando peraltro che un processo di centralizzazione giuridica rientrava perfettamente nei suoi piani politici. La situazione della Prussia, dopo l'acquisizione dell'Hannover e dell'Assia-Kassel, presentava una frammentazione giuridica particolarmente complessa, divisa com'era tra tre diversi sistemi: l'*Allgemeines Landrecht* (ALR), il *gemeines Recht*, (il diritto comune) e il diritto francese. Il crescente sviluppo industriale e l'aumento della mobilità della popolazione rendevano ormai indispensabile un'unificazione del diritto civile, al punto che sarebbero stati pronti i prussiani, in caso di necessità, a redigere e implementare un codice autonomo. Ciononostante, l'obiettivo prioritario della Prussia rimaneva l'adozione di un codice civile unitario per l'intera Germania, e per questo non risparmiò alcuno sforzo per persuadere gli altri Stati germanici ad accettare una revisione costituzionale³¹⁶. Il percorso di codificazione non sarà certo rapido e senza

³¹⁶ Ivi, pagg. 27-28. "Von den Bundesstaaten stellte sich Preußen seit 1871 voll und ganz hinter die Initiative des Reichstags. Bismarck, der auf die Unterstützung der Nationalliberalen angewiesen war, machte sich deren Forderung nach Rechtseinheit zu eigen, zumal eine gewisse Zentralisierung in seinem Interesse lag. Zudem war Preußen seit dem Erwerb von Hannover und Hessen-Kassel in drei große Rechtsgebiete gespalten: in das des ALR, des des gemeinen Rechts und das des französischen Rechts. Bei der zunehmenden Industrialisierung und Mobilität der Bevölkerung hielt man eine Vereinheitlichung des Zivilrechts für notwendig und war entschlossen, notfalls eine eigene Kodifikation auszuarbeiten und in Kraft zu setzen. Doch strebte Preußen primär ein Bürgerliches Gesetzbuch für Gesamtdeutschland an und ließ nichts unversucht, die anderen großen Bundesstaaten für eine Verfassungsänderung zu gewinnen". Durante la seduta della commissione del Bundesrat per gli affari costituzionali del 9 dicembre 1871, l'appoggio alla proposta giunse solamente da tre istituzioni: la Prussia, la città di Lubecca e il rappresentante del Baden Türkheim, quest'ultimo, peraltro, privo di mandato ufficiale. Contro questa iniziativa si erano invece già schierati per accordo preliminare i tre grandi regni. La resistenza più decisa emerse dalla Baviera e dal Württemberg, dove tanto i parlamenti regionali quanto le corone si opposero fermamente alla riforma costituzionale. Interessante notare come, nonostante la posizione ufficiale, il cancelliere bavarese von Lutz e il ministro della giustizia Fäustle avessero fatto trapelare a Berlino un'aperura personale verso l'emendamento, valutata come l'unica via per istituire in Baviera il matrimonio civile obbligatorio, altrimenti politicamente inattuabile. "Im Ausschuß des Bundesrates für Verfassung und Justizwesen befürworteten den Antrag in der Sitzung vom 9. 12. 1871 nur Preußen und Lübeck, sowie der badische Gesandte Türkheim, der jedoch ohne Istruktion war, während die drei Königreiche vorher vereinbart hatten, den Antrag abzulehnen. Schärfste Gegner waren waren Bayern und Württemberg, wo sowohl die Stände als auch die Könige einer Verfassungsänderung nicht zustimmten. Allerdings ließen der bayerische Ministerpräsident v. Lutz und der Justizminister Fäustle in Berlin durchblicken, daß

ostacoli³¹⁷. I lavori partiranno ufficialmente il 17 settembre del 1874 mentre il testo definitivo vedrà la luce solo nel 1896³¹⁸. Tornando sulla questione dell'abuso del diritto, la prima commissione di codificazione si esprimerà contraria rispetto alla possibilità di introdurre una norma che contemplasse un divieto generale di *Schikane*³¹⁹. Il tema della *aemulatio* era emerso con riferimento alla discussione intorno al § 197 del progetto preliminare risalente all'anno 1881. Quest'ultimo, rubricato come "*Ausübung des Rechte*", l'esercizio dei diritti, disponeva che:

Sofern nicht eine gesetzliche Vorschrift, oder ein den Vorzug genießendes Recht eines Anderen der Rechtsausübung Schranken zieht, dürfen Rechte nach Maßgabe ihres Inhalts in vollem Umfange auch dann ausgeübt werde, wenn die Ausübung Dritten Schaden bringt³²⁰.

sie persönlich eine Verfassungsänderung begrüßen wurde, d auf diese Weise Bayern die sonst nicht durchsetzbare obligatorische Zivilehe erhalten könne”.

³¹⁷ SOLIMANO, *op. cit.*, pag. 320.

³¹⁸ SCHUBERT, *op. cit.*, pagg. 40-41. La commissione si insediò ufficialmente il 17 settembre 1874. Nel corso delle sette sessioni preparatorie che seguirono, vennero definiti i lineamenti fondamentali per l'organizzazione della struttura del futuro BGB. Su indicazione di Karl Georg von Kübel, vennero inoltre stabiliti specifici principi metodologici per il lavoro dei redattori. Per quanto riguarda la selezione dei redattori, la commissione adottò le raccomandazioni avanzate da Heinrich Eduard Pape. Quest'ultimo, in una circostanziata comunicazione inviata il 2 ottobre 1874 all'Ufficio del Cancelliere Imperiale, motivò la propria scelta sostenendo che, per garantire il successo dell'opera legislativa entro un ragionevole lasso di tempo e per soddisfare le attese della società, era indispensabile selezionare redattori che possedessero una solida esperienza pratica. Egli riteneva fondamentale che i candidati avessero una profonda conoscenza sia del diritto civile sostanziale vigente nei vari Stati e territori della Confederazione, sia del contesto politico, economico e sociale che aveva plasmato tale ordinamento giuridico e che necessitava di essere adeguatamente considerato nel processo di codificazione e riforma. “Die Kommission konstituirte sich am 17.9.1874 und legte in den Sieben folgenden vorbereitenden Sitzungen die Grundzüge der Einteilung des künftigen Gesetzbuchs fest. Für die Redaktoren stellte sie auf Kübels Vorschlag hin bestimmte Arbeitsgrundsätze auf. In der Auswahl der Redaktoren schloß sich die Kommission den Vorschlägen Papes an, der seine Entscheidung in einem ausführlichen Schreiben vom 2.10.1874 an das Reichskanzleramt rechtfertigte: “Sollte das der Kommission anvertraute Werk in nicht allzu ferner Zeit gelingen und den berechtigten Anforderungen genügen, so sei bei der Wahl der Redaktoren nothwendig Bedacht darauf zu nehmen, daß dieselben möglichst vollkommen durch die Praxis vertraut geworden sein, einestheils mit dem in den einzelnen Staaten und Staatsgebieten zur Zeit geltenden materiellen Zivilrecht und anderntheils mit den staatlichen, wirthschaftlichen und socialen Verhältnissen, welche auf jenes Recht einen Einfluß geübt haben und bei der Kodifikation der Reform desselben die sorgfältigste Berücksichtigung verdienen”.

³¹⁹ HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre*, *op. cit.*, pagg. 86-87, nonché EICHENHOFER, *op. cit.*, pagg. 103-104.

³²⁰ *Ivi*, pag. 86.

Salvo che una disposizione legale o un diritto prioritario di altri pongano limiti all'esercizio del diritto, i diritti possono essere esercitati nella loro pienezza, anche se ciò arreca danno a terzi. Albert Gerhard, responsabile per la redazione della parte generale, affrontò approfonditamente la questione degli atti emulativi e giunse alla conclusione di respingere la proposta. Il rifiuto di Gerhard non si fonda unicamente su di una concezione formalistica ed assolutistica dell'ordinamento giuridico e del concetto di diritto soggettivo: tutt'altro. Il giurista sosteneva che, secondo il principio generale desumibile dalla stessa nozione di diritto soggettivo, il titolare è libero di esercitare la propria posizione soggettiva nella sua pienezza, senza che sussista l'obbligo di valutare se tale esercizio rechi pregiudizio a terzi, se sia opportuno o meno, o se le finalità perseguite siano meritevoli di approvazione sotto il profilo etico-sociale³²¹. Tuttavia, osserva Gerhard in seno alla commissione, questa regola — pur riflettendo l'essenza del diritto come espressione di autonomia privata — non è priva di eccezioni. Ragioni di carattere economico, esigenze etiche o imperativi di equità, che impongono un bilanciamento tra interessi contrapposti, possono giustificare interventi legislativi limitativi. Si rimandava dunque alla disciplina speciale l'eventuale introduzione, in particolari materie, di strumenti correttivi in senso equitativo. Sebbene appaia giustificato contrastare, in astratto, gli abusi di posizioni giuridiche a fini vessatori, Gerhard evidenzia i rischi connessi all'adozione di una clausola generale che sanzioni l'abuso del diritto. I diritti, infatti, trovano il loro fondamento nella tutela di interessi sostanziali e nella realizzazione di scopi socialmente rilevanti; pertanto, l'ordinamento deve intervenire solo laddove un diritto sia intrinsecamente incompatibile con il perseguimento del bene collettivo³²². L'esercizio di un potere giuridicamente riconosciuto

³²¹ *Ivi*, pag. 87.

³²² *Ivi*, pagg. 87-88 in nota. “Es ist nicht rätlich, einem Streite über die Beschaffenheit des Interesses, welches der Berechtigte an der Ausübung der Rechte hat, und dessen Vorhandensein er durch die Tatsache des Ausübens bekundet, die Türe zu öffnen. Was damit erreicht werden sollte, würde sich nur in einer verhältnismäßig kleinen Zahl von Fällen wirklich erreichen lassen. Die Absich, zu schaden, mag in der Handlungsweise des Berechtigten hervortreten; der Gegner wird, auch unter der Herrschaft freier Beweiswürdigung, nur selten darzutun vermögen, daß der Berechtigte nach der Gestaltung der tatsächlichen Verhältnisse an der Ausübung keinerlei sonstiges Interesse irgend Welcher Art habe. Mißliche Prozesse werden veranlaßt und durch Entscheidungen erledigt, die ihrem materiellen

presuppone, di per sé, la sussistenza di un interesse giuridicamente rilevante, che si presume sussista in ragione del semplice riconoscimento normativo³²³. In tale prospettiva, Gerhard sconsiglia di introdurre meccanismi che richiedono un'indagine sulle motivazioni soggettive del titolare, poiché ciò aprirebbe la strada a contestazioni pretestuose e difficilmente verificabili. Anche in un sistema di libero convincimento del giudice, infatti, la prova di un intento esclusivamente dannoso – ossia l'assenza totale di qualsiasi interesse, anche indiretto o non patrimoniale, nell'esercizio del diritto – rimarrebbe un'ipotesi eccezionale e di complessa dimostrazione, data l'astrattezza degli elementi psicologici e della difficoltà di renderli materialmente oggetto di prova³²⁴. L'esigenza di garantire la certezza del diritto sembra prevalere sull'esigenza di equità nascente dalla singola fattispecie concreta. *“Per quanto giustificato possa sembrare opporsi all'abuso del diritto finalizzato a molestare (Chikane)”,* afferma Gerhard, *“altrettanto problematico sarebbe, d'altro canto, emanare una disposizione che miri a ciò e abbia portata generale. I diritti esistono per permettere la soddisfazione di bisogni reali e il conseguimento di fini meritevoli di tutela. L'ordinamento giuridico ha quindi il compito di sanzionare solo quei diritti che sono di per sé idonei a servire al bene della comunità umana. Ma colui che fa valere un diritto che gli spetta, fa valere un contenuto della volontà riconosciuto dal punto di vista dell'interesse. Ci si deve accontentare di questo”*³²⁵.

Galt nach nicht selten von zweifelhaften Werthe sind. Hierzu kommt, daß das, war zur Abwehr des Mißbrauchs verordnet wird, zur Bestreitung rechtmäßiger Ausübung, zur Rechtskränkung mißbraucht werden kann”.

³²³ *Ivi*, pag. 88 in nota.

³²⁴ *Ibidem*.

³²⁵ H. H. JAKOBS, SCHUBERT, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches. Allgemeiner Teil*, Teilband I, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1985, pagg. 413 e ss. “So gerechtfertigt es scheinen mag, Mißbrauch des Rechts zur Chikane entgegenzutreten, so bedenklich wäre es andererseits, eine hierauf abzielende Vorschrift von allgemeiner Tragweite zu geben. Die Rechte sind dazu da, die Befriedigung wirklicher Bedürfnisse und die Erreichung förderungswerther Zwecke zu ermöglichen. Der Rechtsordnung fällt deshalb die Aufgabe zu, nur solche Rechte zu sanktionieren, welche an sich geeignet sind, dem Whole der menschlichen Gemeinschaft zu dienen. Wer aber ihm zustehendes Recht geltend macht, macht einem nach der Seite des Interesses anerkannten Willensinhalt geltend. Damit muß man sich begnügen”.

Il dibattito nella prima commissione intorno alla possibilità di introdurre un generale divieto di atti emulativi si sarebbe riproposto anche con riferimento alla parte del progetto preliminare dedicata ai diritti reali e, in particolare, nella configurazione legislativa del diritto di proprietà³²⁶. Responsabile di questa parte dedicata ai *Sachenrecht* era Reinhold Johow il quale affrontò la questione con riferimento ai rapporti di vicinato. Sempre la prima commissione decise di non inserire alcuna disposizione che vietasse l'esercizio malizioso del diritto di proprietà. Nella sua argomentazione, Johow assunse una posizione critica verso l'adozione all'interno del *Bürgerliches Gesetzbuch* di un divieto generalizzato degli atti emulativi³²⁷. La sua obiezione principale si fondava sul rischio che una tale previsione potesse legittimare contestazioni strumentali da parte di soggetti che, pur non essendo titolari di alcun diritto, subissero pregiudizi materiali dall'esercizio legittimo di facoltà altrui. Il responsabile del progetto della parte sul *Sachenrecht* sosteneva l'attribuzione in via esclusiva al legislatore e alla legislazione speciale — e non a clausole generiche o principi indeterminati — il compito di delineare i limiti all'esercizio delle situazioni giuridiche soggettive³²⁸. Questa impostazione trovava coerente applicazione anche nell'ambito dei rapporti di vicinato, dove Johow escludeva la possibilità di introdurre sanzioni generali contro condotte emulative³²⁹. La sua analisi metteva in guardia contro il pericolo che simili discipline potessero generare un incremento di controversie giudiziarie basate su argomentazioni giuridiche pretestuose e defatigatorie³³⁰. In particolare, veniva evidenziato come disposizioni di diritto sostanziale volte a contrastare gli abusi potessero, paradossalmente, trasformarsi in mezzi per ostacolare l'esercizio legittimo dei diritti, prospettando un potenziale esercizio abusivo del diritto d'azione con scopo unicamente defatigatorio³³¹. Il lavoro della prima commissione sarebbe stato comunque fortemente criticato dalla scienza giuridica più attenta alle istanze sociali³³². Tra le posizioni più critiche nei confronti del

³²⁶ EICHENHOFER, *op. cit.*, pagg. 103-104.

³²⁷ HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre, op. cit.*, pagg. 88-89.

³²⁸ *Ivi*, pag. 89.

³²⁹ *Ibidem*.

³³⁰ *Ibidem*.

³³¹ *Ibidem*.

³³² SOLIMANO, *op. cit.*, pagg. 320-321.

primo progetto, spiccano quelle di Otto von Gierke e dell'austriaco Anton Menger, i quali sottolineavano come un codice eccessivamente formalistico e borghese non avrebbe prodotto altro risultato se non quello di favorire la competizione e l'egoismo tra i consociati³³³. Invero, con la recente pubblicazione del progetto, sostiene Menger, è stato dato avvio ad uno dei più potenti e rilevanti movimenti intellettuali all'interno della nazione tedesca. Tutti gli ambienti che hanno peso nella società odierna senza dubbio non mancheranno di definire e difendere la loro posizione rispetto alla nuova opera legislativa. In primo luogo, continua il giurista austriaco, come è giusto, i giuristi criticheranno il progetto, e in ciò l'antagonismo tradizionale tra romanisti e germanisti avrà un ruolo principale. Poi anche tutti i ceti e le professioni — l'alta e la bassa nobiltà, l'agricoltura, l'artigianato e il commercio — faranno valere i loro interessi attraverso dichiarazioni dei loro organi e attraverso lavori scientifici. Infine, entrano in considerazione anche gli interessi delle comunità religiose, che sono toccati in misura notevole da singole parti del progetto. Un solo punto di vista rimarrà probabilmente non rappresentato nel grande dibattito, sebbene il gruppo popolare in questione comprenda almeno quattro quinti dell'intera nazione. È proprio il punto di vista, sostiene il giurista di Vienna, delle classi popolari senza proprietà. È vero che il socialismo in Germania vanta numerosi eccellenti scrittori, ma a questi manca la competenza giuridica specialistica, indispensabile per una critica efficace di un'opera legislativa così vasta. Inoltre, la critica del socialismo tedesco, per l'influenza di Lassalle, Marx ed Engels, è diretta quasi esclusivamente sul lato economico delle nostre condizioni, sebbene la questione sociale in realtà sia prevalentemente un problema della dottrina dello Stato e della scienza giuridica³³⁴.

³³³ Sul punto si veda, VON GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrecht*, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1889, e A. MENER, *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, Verlag der H. Lauppschen Buchhandlung, Tübingen, 1890.

³³⁴ MENER, *op. cit.*, pag. 2. "Durch die vor Kurzem erfolgte Veröffentlichung des Entwurfes eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches ist der Ausgangspunkt für eine mächtige geistige Bewegung innerhalb der deutschen Nation gegeben worden. Alle Lebenskreise, welche in der heutigen Gesellschaft Geltung besitzen, werden ohne Zweifel nicht säumen, ihren Standpunkt gegenüber dem neuen Gesetzeswerk festzustellen und zu vertreten. Vor allem werden, wie billig, die Juristen an dem

Anche l'ipotesi di introdurre una disposizione specifica per legittimare l'*exceptio doli generalis* era stata valutata nei lavori preparatori della commissione di codificazione. Tuttavia, a differenza del tema dell'abuso del diritto, la dottrina mostrava una posizione più compatta nel negare l'attualità dell'istituto romanistico dell'eccezione di dolo. Emblematica, al riguardo, è la ferma opposizione espressa da Carl Georg von Römer nel suo saggio del 1875, *Die exceptio doli, insbesondere im Wechselrecht*, che rigettava con fermezza la prospettiva dell'inserimento nel futuro codice civile di una norma volta a riconoscere tale strumento³³⁵. La questione non si era sviluppata unicamente sul piano del dibattito dottrinale e accademico. Già dalla metà del XVIII secolo i tribunali prussiani avevano largamente fatto ricorso all'eccezione di dolo per tentare di risolvere le iniquità derivanti dalla fedele applicazione delle disposizioni dell'ordinamento³³⁶. La questione si era

Entwurf Kritik üben, wobei der überlieferte Gegensatz zwischen Romanisten und Germanisten die Hauptrolle spielen wird. Dann werden auch alle Stände und Berufe - der höhere und der niedere Adel, die Landwirtschaft, das Gewerbe und der Handel - ihre Interessen durch Kundgebungen ihrer Organe und durch wissenschaftliche Arbeiten geltend machen. Endlich kommen auch noch die Interessen der Religionsgenossenschaften in Betracht, die durch einzelne Teile des Entwurfs in erheblichem Maße berührt werden. Nur ein Standpunkt wird in der großen Diskussion wahrscheinlich unvertreten bleiben, obgleich die betreffende Volksgruppe mindestens vier Fünftel der gesamten Nation umfaßt, und dieser Standpunkt ist jener der besitzlosen Volksklassen. Zwar verfügt der Sozialismus in Deutschland über zahlreiche ausgezeichnete Schriftsteller, aber diesen mangelt das juristische Fachwissen, das zur erfolgreichen Kritik eines so umfassenden Gesetzeswerks unentbehrlich ist. Auch ist die Kritik des deutschen Sozialismus infolge des Einflusses von Lassalle, Marx und Engels fast ausschließlich auf die wirtschaftliche Seite unserer Zustände gerichtet, obgleich die soziale Frage in Wirklichkeit vorherrschend ein Problem der Staatslehre und der Rechtswissenschaft ist. Da ich nun zu den wenigen deutschen Juristen gehöre, welche auf dem Gebiete des Rechts das Interesse der besitzlosen Volksklassen vertreten, so habe ich es für meine Pflicht gehalten, dem Ersuchen der Redaktion des Archivs nachzukommen und in dieser wichtigen Nationalangelegenheit die Stimme der Enterbten zu führen".

³³⁵ C. G. VON RÖMER, *Die exceptio doli, insbesondere im Wechselrecht*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, Bd. 20, Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart, 1875, pagg. 48-83.

³³⁶ HAFERKAMP, *Die exceptio doli generalis in der Rechtsprechung*, op. cit., pagg. 2 e ss. Per un approfondimento circa l'applicazione giurisprudenziale dell'*exceptio doli generalis* in Germania nei primi decenni del XX secolo si veda anche ID, *Bemerkungen zur deutschen Privatrechtswissenschaft zwischen 1925 und 1935-dargestellt an der Behandlung der exceptio doli generalis*, in *Forum Historiae Juris, Erse europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte*. Per quanto riguarda il ruolo della buona fede oggettiva e della disposizione di cui al § 242 nell'ambito del diritto processuale civile tedesco, si veda anche K. SCHNEIDER, *Treu und Glauben im Civilprozesse und der Streit über die Prozessleitung. Ein*

riproposta con forza a seguito dell'approvazione nel 1849 della *Allgemeinen Deutschen Wechselordnung*³³⁷, la legge cambiaria, la quale con l'art. 82, nell'ottica di favorire una maggiore diffusione e circolazione di tale titolo di credito, aveva fortemente limitato la possibilità per il debitore cambiario di sollevare eccezioni nei confronti del creditore cambiario³³⁸. In una prima decisione del 9 settembre 1851, l'*Obertribunal* aveva accolto, conformemente alla nuova disciplina cambiaria, l'azione per l'adempimento del credito contenuto nel titolo di credito, nonostante la circostanza che, secondo la tradizione dello *ius commune*, vi sarebbero stati i presupposti per poter accogliere l'eccezione di dolo³³⁹. Invero, nella ricostruzione dei fatti di causa, l'attore, al momento della stipula della cambiale, aveva garantito oralmente che non avrebbe agito per l'adempimento nei confronti del debitore cambiario; in altri termini, un *pactum de non petendo*³⁴⁰. Venendo meno alla sua stessa parola, il creditore aveva invece agito nei confronti della controparte domandando l'adempimento dell'obbligazione contenuta nel titolo cambiario. Il debitore-convenuto aveva quindi eccepito la violazione dei doveri di buona fede e correttezza da parte del creditore e sollevato l'eccezione di dolo. Il supremo Tribunale prussiano aveva rigettato l'eccezione sollevata dal convenuto argomentando l'inefficacia di patti successivi alla stipulazione conclusi in forma orale accessori ad un contratto, invece, concluso in forma solenne³⁴¹. Tuttavia, già un anno dopo, con la

Beitrag zur Beantwortung der Prozessleitungsfrage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1903, pagg. 7-9.

³³⁷ Sul punto, si veda il commentario alla Legge cambiaria realizzato da H. STAUB, *Kommentar zur Allgemeinen deutschen Wechselordnung*, I. I. Heines Verlag, Berlin, 1896, pagg. 185 e ss. "Art. 82: Der Wechselschuldner kann sich nur solcher Einreden bedienen, welche aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen oder ihm unmittelbar gegen den jedes maligen Kläger zustehen". Nel commento all'art. 82 l'autore dedica un intero paragrafo alla problematica questione della possibilità per il debitore cambiario di sollevare l'eccezione di dolo.

³³⁸ *Ivi*, pagg. 2-3.

³³⁹ *Ivi*, pag. 2. "In einer ersten Entscheidung vom 9. September 1851 gab der zuständige Senat der Wechselklage noch statt, obwohl hier der gemeinrechtlichen Tradition zufolge die Anwendung einer exceptio doli generalis nahegelegen hätte. Der Kläger hatte bei Entgegennahme des Wechselversprechens mündlich zugesichert, gegenüber dem Beklagten niemals Regreß zu nehmen". La decisione del supremo Tribunale prussiano è contenuta in STRIETHORST, *Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlichen Ober-Tribunals gelangt sind*, Verlag von J. Guttentag, Berlin, 1852, pagg. 62 e ss.

³⁴⁰ *Ibidem*.

³⁴¹ *Ivi*, pag. 2.

decisione dell'11 novembre 1852, l'*Obertribunal* — in un caso analogo — ribaltò il proprio orientamento giurisprudenziale. Basandosi sul principio giuridico desumibile dai §§ 148 e 150 dell'ALR, accolse l'*exceptio doli* proposta dal convenuto in ragione del comportamento del creditore cambiario contrario ai principi di buona fede e correttezza³⁴². Anche se la disciplina della cambiale assimilava il regime di circolazione dei titoli di credito a quello dei beni mobili non registrati, il creditore non avrebbe comunque dovuto abusare dello strumento. Il supremo Collegio prussiano, con la pronuncia del 13 gennaio 1855, pose fine al contrasto giurisprudenziale, riconoscendo espressamente l'ammissibilità dell'*exceptio doli* ed individuandone le basi giuridiche nei principi generali del diritto che informano l'ordinamento privatistico³⁴³. Argomentazione non dissimile, se ci è permesso osservare, a quella utilizzata dalla Cassazione italiana nella sentenza Renault del 2009 per legittimare l'esistenza nell'ordinamento italiano di un generale divieto di abuso del diritto³⁴⁴. A fronte del riconoscimento da parte della giurisprudenza prussiana dell'eccezione di dolo nel sistema giuridico, Römer intervenne nel dibattito esprimendosi in senso fermamente contrario rispetto alla possibilità di inserire una norma ad essa dedicata nel BGB³⁴⁵.

“Questa concezione corrisponde del resto unicamente al compito del giudice e all’idea della funzione giudiziaria nello Stato moderno, in quanto qui il giudice ha semplicemente il compito di realizzare la legge, il diritto vigente, e di concepire ogni caso da decidere come l’oggetto di una qualche norma presente nel diritto esistente, in altre parole, è semplicemente un servitore della legge. Se si ammettesse l’exceptio doli nel senso qui avversato, quella aequitas cerebrina giungerebbe a dominare nella sfera del diritto e ogni sicurezza del diritto, e quindi dei traffici giuridici, cesserebbe;

³⁴² *Ivi*, pag. 2. La decisione del supremo Tribunale prussiano è contenuta in STRIETHORST, *Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlichen Ober-Tribunals gelangt sind*, Verlag von J. Guttentag, Berlin, 1853, pagg. 314 e ss.

³⁴³ *Ibidem*. L'autore riporta il passaggio più importante dell'arresto: “Einwand des generellen dolus im civilrechtlichen Sinne zulässig und in diesem Verhältnisse nach allgemeinen, durch die Wechselordnung nicht ausgeschlossenen Grundsätzen auch erheblich ist [...]”. La decisione è contenuta in STRIETHORST, *Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlichen Ober-Tribunals gelangt sind*, Verlag von J. Guttentag, Berlin, 1855, pagg. 159 e ss.

³⁴⁴ V. *supra*, pag. 11.

³⁴⁵ RÖMER, *op. cit.*, pagg. 53.

irromperebbe di nuovo quella sciagurata commistione di diritto e moralità che predominava nella giovinezza dei popoli e la cui separazione in ambiti autonomi è un progresso così enorme; infatti, molto spesso un'azione giudiziaria verrebbe respinta in base all'exceptio doli solo perché il suo esercizio apparisse immorale al giudice"³⁴⁶.

Le parole di Römer tradiscono un atteggiamento decisamente positivistico del sistema giuridico. Questa concezione, prosegue l'autore, corrisponde peraltro a quella che sola dovrebbe essere la funzione del giudice nello Stato moderno, nel quale il magistrato deve limitarsi ad attuare la disposizione normativa, il diritto positivo vigente, valutando ogni fattispecie concreta come mero ambito di applicazione o mero del precetto normativo³⁴⁷. Il compito del giudice, invero, dovrebbe esaurirsi nell'applicazione meccanica della legge positiva, senza alcuna discrezionalità valutativa di carattere extragiuridico: egli deve limitarsi a tradurre in concreto il diritto vigente, interpretando ogni fattispecie sottoposta al suo esame come mera ipotesi di applicazione di una norma preesistente³⁴⁸. In altri termini, il giudice deve essere considerato unicamente come *der Diener des Gesezes*, il servitore della legge; la *bouche de la loi* di Montesquieu. Da questa premessa la messa in guardia rispetto a qualsiasi tentativo di positivizzare l'istituto dell'eccezione di dolo. Se si ammettesse l'*exceptio doli* — prosegue Römer — si aprirebbe nuovamente la strada alla cosiddetta *aequitas cerebrina*, la quale finirebbe per prevalere nell'ambito giuridico, minando irrimediabilmente il principio di certezza del diritto e, di conseguenza, la stabilità dei rapporti giuridici³⁴⁹. Il sacrificio della

³⁴⁶ Ivi, pagg. 53-54. "*Diese Auffassung entspricht auch allein der Aufgabe des Richters und der Auffassung des Richteramts im modernen Staat, sofern hier der Richter lediglich das Gesez, das bestehende Recht zu verwirklichen und jeden von ihm zu entscheidenden Fall als das Objekt irgend einer in dem bestehenden Recht vorhandenen Norm aufzufassen hat, m. a. W. lediglich Diener des Gesezes ist. Ließe man die exceptio doli in dem hier bekämpften Sinne zu, so würde jene aequitas cerebrina zur Herrschaft auf dem Gebiet des Rechtes gelangen und alle Sicherheit des Rechtes und damit des Verkehrs aufhören; es würde jene unselige Vermischung von Recht und Moral wieder hereinbrechen, die in der Jugendzeit der Völker herrschte und deren Scheidung in selbstständige Gebiete ein so ungeheurer Fortschritt ist; denn sehr häufig würde eine Klage auf Grund der exceptio doli abgewiesen, bloß weil ihre Geltendmachung dem Richter unmoralisch erschiene*".

³⁴⁷ Ivi, pag. 54.

³⁴⁸ *Ibidem*.

³⁴⁹ *Ibidem*.

certezza del diritto sull'altare di un sindacato soggettivo — operato dal giudice — circa la conformità di comportamenti a parametri morali che, per loro natura, hanno caratteri individuali e discrezionali. La stessa argomentazione sarebbe stata utilizzata solo tre anni dopo dallo Scialoja per commentare la decisione della Cassazione fiorentina del 13 dicembre 1877 (*supra*), “non sarà nulla l'andare a dipingere le case dei vicini, [...], non sarà nulla costringerli di dar conto di ogni muro alzato, di ogni finestra aperta, e l'abbattere ed ottenere ogni volta che non si dimostri l'utilità; ma per essere logici bisognerà spingere ben più in là le conseguenze, e portare il sindacato di tutte le azioni umane, siano dentro i confini del diritto”³⁵⁰. Se così fosse, si concretizzerebbe il ritorno di quella perniciosa commistione tra diritto e morale che caratterizzava gli ordinamenti arcaici, mentre la loro netta separazione in sfere autonome rappresenta una delle conquiste più significative del progresso giuridico moderno³⁵¹.

*“I più recenti codici civili non conoscono l'exceptio doli generalis: né il Landrecht prussiano, né il Codice civile austriaco, né il Code civil, né il Codice civile sassone; e ciò, dopo la suddetta esposizione - dalla quale risulta che neppure il diritto comune tedesco l'ha mai avuta - è del tutto corretto. Viceversa, l'opinione secondo cui l'exceptio doli generalis nel diritto comune sia del tutto priva di significato e superflua, è fortemente sostenuta dalla sua assenza in tutti i moderni codici civili”*³⁵².

³⁵⁰ SCIALOJA, *Commento alla sentenza*, op. cit., pagg. 490-491.

³⁵¹ RÖMER, op. cit., pagg. 57-58.

³⁵² *Ivi*, pag. 58. “Die neueren Civilgesetzbücher kennen die exceptio doli generalis nicht, weder das preußische Landrecht noch das österreichische bürgerliche Gesetzbuch noch der Code civil noch das sächsische bürgerliche Gesetzbuch, und das ist nach der obigen Darlegung, wornach auch das gemeine deutsche Recht sie gar nie hatte, ganz richtig, wie umgekehrt die Ansicht, daß die exceptio doli generalis im gemeinen Recht ganz bedeutungslos und müßig sei, durch das Fehlen derselben in allen neueren Civilgesetzbüchern erheblich unterstützt wird”. L'autore critica con fermezza i tentativi dottrinali e giurisprudenziali di reintrodurre l'*exceptio doli generalis* nel diritto prussiano, con particolare riferimento alle tesi di Franz Förster contenute in *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts*, il quale sosteneva che, in assenza di uno strumento processuale positivizzato, dovesse essere ritenuta ammissibile l'eccezione di dolo per permettere al giudice di censurare l'esercizio di posizioni soggettive sorrette unicamente obiettivi dolosi nei confronti degli altri consociati. Secondo l'argomentazione di Römer, Förster erroneamente concepisce tale eccezione come uno strumento generale volto a contrastare non solo la malafede

Römer richiama il *Code civil* francese, il *Landrecht* prussiano e l'ABGB austriaco³⁵³. La prova regina dell'inattualità dell'*exceptio doli* secondo, il giurista tedesco, risiede proprio nella circostanza che tutti questi nuovi codici e le consolidazioni più recenti non abbiano contemplato volontariamente l'eccezione di dolo³⁵⁴. L'avversità nei confronti dell'istituto in parola si manifestò con decisione anche nella seconda commissione di codificazione³⁵⁵. Gustav von Mandry, proponendo l'introduzione di un nuovo § 185a., avanzò due distinte formulazioni normative dell'istituto³⁵⁶. La prima

specifica (induzione in errore o falsificazione), ma qualsiasi comportamento scaltro e moralmente riprovevole, laddove il diritto positivo non preveda rimedi specifici. "Der von Schriftstellern über preußisches Recht und von der preußischen Praxis gemachte Versuch, die *exceptio doli generalis* wieder zu beleben, kann nicht gebilligt werden. Förster spricht sich dahin aus: "Ob im preußischen Recht die sog. *exceptio doli generalis*, von der es heißt *omnibus negotiis bonae fidei inest*, als ein besonderes Rechtsmittel anerkannt sei, kann bezweifelt werden, weil dem ALR eine bestimmte Einredentheorie nicht eigen ist. Ihre Eigenthümlichkeit besteht darin, daß sie nicht bloß auf die absichtliche Veranlassung eines Irrthums, auf Verfälschung der Wahrheit, sondern auf jedes arglistige und gewissenlose Ausbeuten der Rechte gegen einen Anderen gestützt ist, und während sie in dieser Weise vielen besonderen Einreden zu Grunde liegt, als ihre Eigenschaft erscheint, gilt sie im gemeinen Recht aushilfsweise, wo es an solchen besonderen Einreden fehlt. Wenn sie aber auch im preußischen Recht nicht mit entschiedenen Worten hingestellt ist, so muß dennoch ihre Anwendbarkeit behauptet werden, einfach aus dem Grunde, weil bei der Unmöglichkeit, durch das Gesez jedes arglistige Verhalten zu treffen, sie nicht entbehrt werden kann". Dieser für Förster entscheidende Grund kann nicht entschieden genug zurückgewiesen werden, denn er stellt den Richter über das Gesez und giebt dem Richter die Befugniß, das Gesez zu korrigiren, und der Standpunkt, den hier Förster einnimmt, sowie die sog. *exceptio doli generalis*, wie Förster sie im gemeinen Recht versteht, steht mit dem Geiste keiner der neueren Civilgesetzgebungen so sehr im Widerspruch als mit dem Geiste des allgemeinen preußischen Landrechts, welches ja darauf ausgeht, jede mögliche Rechtsfrage durch eine gesetzliche Norm zu beantworten. Daß Förster die sog. *exceptio doli generalis* auch vom Standpunkt des gemeinen Rechts irrig auffaßt, indem er sie als eine allgemeine Aushilfsrede auffaßt, die Platz greife, wo das positive gemeine Recht eine specielle Einrede nicht gebe, es sich aber darum handle, ein arglistiges und gewissenloses Ausbeuten der Rechte zu verhindern, kommt gegenüber dem principiell unrichtigen Standpunkt gegenüber dem preußischen Landrecht nicht in Betracht. Es mag übrigens darauf hingewiesen werden, daß der Richter, welcher Förster'n folgt, einen reichen Gläubiger, der seinen armen Schuldner hart und gewissenlos drängt und dadurch wissentlich dessen Ruin herbeiführt, lediglich deshalb mit seiner Klage auf Bezahlung abweisen muß, denn er beutet doch sicherlich arglistig und gewissenlos sein Recht gegen seinen Schuldner aus - ein sehr erbauliches Ergebniß der *exceptio doli generalis*, mit welchem jede Rechtssicherheit vernichtet und die ganze Aufgabe und Bestimmung des Rechts negirt ist!"

³⁵³ Ivi, pag. 58.

³⁵⁴ *Ibidem*.

³⁵⁵ EICHENHOFER, *op. cit.*, pag. 105.

³⁵⁶ *Ibidem*. L'autore rimanda ai verbali della commissione contenuti in JAKOBS, SCHUBERT, *op. cit.*, pag. 1171.

stabiliva che: “*ein Anspruch kann von demjenigen, gegen wen er geltend gemacht wird zurückgewiesen werden, wenn die Geltendmachung unter den Umständen des Falles gegen die guten Sitten verstößt*”, una pretesa può essere respinta da colui contro il quale viene fatta valere, se la sua rivendicazione, nelle circostanze del caso, viola il buon costume³⁵⁷. La seconda, invece, valorizzando maggiormente l’elemento dell’interesse del titolare della posizione soggettiva, prevedeva in modo più articolato che: “*ein Anspruch kann von demjenigen, gegen welchen er geltend gemacht wird, zurückgewiesen werden, wenn erhellet, daß die Geltendmachung für den Berechtigten kein Interesse hat, dem Gegner aber erheblichen Nachteile bringen werde*”, ossia, una pretesa può essere respinta da colui contro il quale viene fatta valere, se risulta evidente che la sua rivendicazione non ha alcun interesse per il titolare, ma porterà invece notevoli svantaggi alla controparte³⁵⁸.

Pur riconoscendo che l’accoglimento dell’*exceptio doli* così configurata avrebbe ampliato significativamente il potere discrezionale dei giudici, von Mandry espresse piena fiducia nella capacità della magistratura tedesca di farne un uso corretto e ponderato³⁵⁹. Tuttavia, nel corso del dibattito emersero forti riserve: la maggioranza della commissione³⁶⁰, allineandosi pienamente alla posizione di Römer, obiettò che l’introduzione di tale strumento processuale avrebbe minato il principio di certezza del diritto, aprendo la strada a valutazioni giurisdizionali soggettive e creando così una pericolosa sovrapposizione tra sfera giuridica e sfera morale³⁶¹. Tali riserve determinarono inevitabilmente il rigetto della proposta³⁶². Anche una mozione relativa al § 848, che intendeva obbligare il proprietario di un fondo al risarcimento del danno cagionato intenzionalmente ad altri mediante un esercizio del diritto contrario ai *guten Sitten*, al buon costume, venne respinta

³⁵⁷ EICHENHOFER, *op. cit.*, pag. 105 in nota.

³⁵⁸ *Ibidem*.

³⁵⁹ HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre, op. cit.*, pag. 98.

³⁶⁰ EICHENHOFER, *op. cit.*, pag. 105.

³⁶¹ *Ibidem*.

³⁶² *Ibidem*.

per ragioni analoghe³⁶³. Diversa sorte ebbe invece lo *Schikaneverbot*. Se la prima commissione aveva escluso, per voce dello stesso Gerhard, la possibilità di introdurre un paragrafo specificamente dedicato all'abuso del diritto e la seconda commissione non si era occupata in modo approfondito della questione, il terzo progetto, rielaborato dal *Bundesrat* e presentato al *Reichstag* nel 1896 conteneva un nuovo paragrafo, il §887, nel quale³⁶⁴, espressamente, si prevedeva che: “*eine Ausübung des Eigenthums, welche nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen, ist unzulässig*”³⁶⁵.

L'esercizio del diritto di proprietà, il quale non possa avere altro fine se non di arrecare danno ad un terzo, deve ritenersi illecito. Lo stesso Emil Steinbach, allievo di Bernhard Windscheid, commentando in un saggio del 1898 il contenuto del nuovo Codice civile tedesco non ancora entrato in vigore, non nasconde la sorpresa per l'inserimento di una tale disposizione da parte del *Bundesrat*, considerata l'avversità che il concetto di abuso del diritto aveva suscitato nelle discussioni delle due commissioni tecniche³⁶⁶. La relazione allegata a questo terzo progetto non spiega le ragioni di tale scelta. Con ogni probabilità, spiega Steinbach, il *Bundesrat* aveva deciso di riportare alcune delle norme contenute nel ARL che ponevano specificamente limiti di natura morale all'esercizio del diritto di proprietà³⁶⁷. Non che mancassero nell'ordinamento germanico disposizioni, come sottolinea Steinbach, che limitassero in casi specifici l'esercizio del più importante tra i diritti reali³⁶⁸.

³⁶³ E. STEINBACH, *Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung*, Manz'sche k.u.k. Hof-Verlags-u. Univ.-Buchhandlung, Wien, 1898, pagg. 30-31.

³⁶⁴ *Ivi*, pag. 31.

³⁶⁵ *Ibidem*.

³⁶⁶ *Ibidem*. “Dennoch enthielt der dritte, aus dem Bundesrathe hervorgegangene und im Reichstage eingebrachte Entwurf des Gesetzbuches im § 887 die Bestimmung: “Eine Ausübung des Eigenthums, welche nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen, ist unzulässig”. Die diesem dritten Entwurfe beigefügte Denkschrift enthält meines Wissens keine besondere Motivierung dieser neuen Bestimmung; doch dürften für dieselbe wohl die früher angeführten Normen des preußischen a.L.R. vorbildlich gewesen sein”.

³⁶⁷ *Ibidem*.

³⁶⁸ *Ivi*, pag. 35. “In dieselbe Kategorie von Gesetzen gehören auch die verschiedenen nachbarrechtlichen Vorschriften, welche dem Eigenthümer einer unbeweglichen Sache in der Ausübung seines Eigenthumsrechtes Beschränkungen im gemeinsamen

La vicenda dello *Schikaneverbot* — prosegue Steinbach — costituisce una delle dimostrazioni più emblematiche di come il BGB abbia visto la luce in un'epoca di transizione del pensiero giuridico: al moderno formalismo pandettistico si contrapponeva infatti la persistente influenza della tradizione giuridica legata ai principi dello *ius commune* che riconosceva alla *caritas* cristiana un ruolo rilevante all'interno dei rapporti giuridici³⁶⁹. Durante la discussione dinnanzi al Reichstag, ispirandosi alla formulazione e al contenuto del § 887, il deputato Gröber propose due emendamenti che prevedevano l'inserimento nel testo definitivo due disposizioni (§§ 234a, 234b) che avrebbero potuto introdurre un controllo giurisdizionale non solo sull'esercizio del diritto di proprietà, ma anche sugli altri diritti reali e sulle obbligazioni³⁷⁰.

Il § 234a. non faceva altro che sostituire rispetto alla formulazione del § 887 la parola *Eigenthum*, proprietà, con *Rechts*, posizioni soggettive, estendendo legislativamente la portata del divieto di atti emulativi anche agli altri diritti reali e alla materia delle obbligazioni³⁷¹. La possibilità che l'ambito di applicazione del divieto di atti emulativi potesse essere estesa anche alla disciplina delle obbligazioni attirò le critiche da parte di alcuni rappresentanti del governo: qualsiasi richiesta di adempimento e qualsiasi azione volta a

Interesse sämmtlicher Nachbarn auferlegen. Aber auch dem Gebiete des Obligationenrechtes ist der Gedanke gesetzlicher Beschränkungen der Rechtsausübung aus den angegebenen Gründen durchaus nicht fremd. Ich habe hiebei zunächst nicht Mieth- oder Pachtverhältnisse an unbeweglichen Gütern im Auge, da diese im Verhältnisse zwischen Bestandgeber und Bestandnehmer den Keim zu ähnlichen Streitigkeiten wie nachbarliche Verhältnisse in sich tragen, und die Tendenz der Parteien, ihre vertragsmässigen Rechte nur zum Schaden des anderen Vertragstheiles auszuüben, namentlich bei Beendigung des Vertragsverhältnisses, bekanntlich durchaus nichts Seltenes ist”.

³⁶⁹ *Ivi*, pag. 32. “Außer auf den § 226 und dessen merkwürdige Entstehungsgeschichte, die wohl für sich allein den Beweis liefern würde, daß das deutsche bürgerliche Gesetzbuch in einer Uebergangsperiode juristischen Denkens entstanden sei, muß an dieser Stelle auch noch des § 826 gedacht werden, welcher erst im Laufe der reichstäglichen Berathung durch eine an demselben vorgenommene Aenderung für unser Gebiet unmittelbare Bedeutung gewonnen hat”.

³⁷⁰ HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre*, op. cit., pagg. 99-100. “§ 243a. Die Ausübung eines Rechts, die nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen, ist unzulässig; § 234b. Ein Anspruch kann nicht erhoben werden, wenn die Geltendmachung gegen Treu und Glauben (evt. Gegen die guten Sitten) verstoßen würde”

³⁷¹ *Ibidem*.

tutelare il credito da parte del creditore avrebbe potuto essere intesa come vessatoria da parte del debitore. Si stava consegnando nelle mani della parte infedele del rapporto obbligatorio uno strumento dalla notevole efficacia defatigatoria³⁷².

Le stesse preoccupazioni pratiche non sarebbero state condivise dalla maggioranza della commissione e l'emendamento sarebbe stato approvato dal *Reichstag*. La disposizione avrebbe trovato collocazione definitiva al § 226, rubricata come *Schikaneverbot*³⁷³. Con il secondo emendamento, invece, quello riguardante il § 234b., Gröber tentò nuovamente di positivizzare all'interno del codice l'*exceptio doli generalis*. Questa volta la formulazione letterale della disposizione era particolarmente ampia, lasciando all'interprete un margine significativamente ampio per diverse letture ed interpretazioni: *“un diritto non può essere esercitato qualora la sua pretesa contrasti con la buona fede (o, in alternativa, con i buoni costumi)”*. La proposta accese immediatamente un vivace confronto in aula, ma venne ritirata dopo l'approvazione della norma che riconosceva il divieto di atti emulativi. Invero, dopo l'approvazione del § 234a, lo stesso Gröber ritirò, sua sponte, l'emendamento relativo all'eccezione di dolo³⁷⁴. A seguito dell'ultimo passaggio parlamentare al *Reichstag* venne modificato anche il § 810 contenuto nel terzo progetto³⁷⁵, corrispondente all'attuale § 826, collocata nel titolo dedicato all'illecito aquiliano, che, inizialmente, recitava: *“Wer durch eine Handlung, die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes vornimmt, in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens*

³⁷² STEINBACH, *op. cit.*, pagg. 31-32. “Dagegen führten die Regierungsvertreter und einige Commissionsmitglieder aus: “Was der § 887 für das Eigenthum bestimme, sei unzweifelhaft analog auf die übrigen dinglichen Rechte auszudehnen. Die Aufstellung des gleichen Grundsatzes für das Obligationenrecht aber sei eher geeignet, die Chicane zu vermehren als sie zu verhindern. Kaum jemals werde von Jemandem, der die Erfüllung einer vermögensrechtlichen Verpflichtung fordere, mit Recht gesagt werden können, daß seine Rechtsausübung keinen anderen Zweck haben könne, als einem Anderen Schaden zuzufügen. Gleichwohl werde der Schuldner, von dem zu unbequemer Zeit oder unter erschwerenden Umständen die Erfüllung seiner Verbindlichkeit verlangt werde, sehr häufig geneigt sein, lediglich Chicane vorauszusetzen, und dem böswilligen Schuldner sei ein stets bereites Mittel zur Verzögerung des Processes in die Hand gegeben””.

³⁷³ HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre*, *op. cit.*, pag. 102.

³⁷⁴ EICHENHOFER, *op. cit.*, pag. 105.

³⁷⁵ STEINBACH, *op. cit.*, pag. 32.

verpflichtet”, chi, attraverso un’azione che non compie nell’esercizio di un diritto a lui spettante, arreca intenzionalmente un danno ad altri in un modo che viola il buon costume, è tenuto a risarcire il danno all’altro³⁷⁶. Coerentemente con l’approvazione dello *Schikaneverbot*, il *Reichstag* decise di limitare l’esercizio di qualsiasi posizione soggettiva che fosse contraria al buon costume³⁷⁷. A seguito di una brevissima discussione in commissione parlamentare, si decise all’unanimità per l’eliminazione dell’inciso “*durch eine Handlung, die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes vornimmt*”³⁷⁸, ossia “*mediante un atto che non costituisca esercizio di un diritto a lui spettante*”, inciso che venne sostituito con quello che si ritrova attualmente nella formulazione del § 826 collocato nel II Libro, nel titolo dedicato ai *Unerlaubte Handlungen*, fatti illeciti, e rubricato come *Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung*, lesione dolosa contraria al buon costume: “*Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet*”³⁷⁹.

In altri termini, non solo si vietava un comportamento malizioso ma veniva inserita una vera e propria fattispecie tipica di illecito che riconosceva il diritto al risarcimento del danno a chi avesse dimostrato che la lesione subita era stata cagionata da un comportamento doloso altrui contrario al buon costume. Ciò che si intendesse precisamente con *guten Sitten* sarebbe spettato alla giurisprudenza delinearla.

La norma del § 226 BGB divenne oggetto di ampio dibattito dottrinale, incentrato su tre principali aspetti: l’analisi storica della disposizione, le controversie di stampo pandettistico sul rapporto tra diritto e morale, e la questione della delimitazione dogmatica tra i §§ 226 e 826 del BGB³⁸⁰. Il

³⁷⁶ *Ivi*, pag. 32.

³⁷⁷ *Ivi*, pagg. 32-33.

³⁷⁸ *Ibidem*. “Wie der Bericht der Reichstagscommission [...] mittheilt, beschloß die Commission nach kurzer Discussion einhellig, die Worte “durch eine Handlung, die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes vornimmt” zu streichen. Bestimmend war, daß es nicht gebilligt werden kann, wenn Jemand selbst in der Ausübung eines formalen Rechtes einem Anderen vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zufügt”.

³⁷⁹ *Ivi*, pag. 32.

³⁸⁰ EICHENHOFER, *op. cit.*, pag. 106.

Reichsgericht, già nelle prime applicazioni del § 226 BGB, manifestò un orientamento volto a marginalizzarne la portata pratica, adottando un'interpretazione particolarmente rigorosa della norma³⁸¹. Secondo l'indirizzo ermeneutico del Supremo tribunale tedesco, affinché la disposizione potesse trovare applicazione, era necessario che – sulla base di un accertamento obiettivo della fattispecie concreta – emergesse in modo inequivoco l'assoluta esclusività dell'intento dannoso nell'esercizio del diritto. In altri termini, doveva dimostrarsi che il soggetto legittimato non avesse perseguito alcuna finalità giuridicamente rilevante al di fuori della mera volontà di arrecare pregiudizio alla controparte. Con sentenza del 26 maggio 1908, il VII Senato civile del *Reichsgericht*, esaminando un ricorso relativo alla legittimità del pignoramento di beni appartenenti a un coniuge per debiti contratti dal marito durante il regime di comunione dei beni, confermò senza incertezze l'interpretazione restrittiva che i tribunali inferiori stavano dando del § 226 BGB³⁸². Il giudice d' appello aveva basato la decisione sulla norma dedicata allo *Schikaneverbot*, ritenendo che la rivendicazione della proprietà da parte dell'attrice avesse il solo scopo di danneggiare la convenuta, poiché la giustificazione fornita (proteggersi da spese processuali) era illogica e non emergeva alcun altro scopo legittimo. Tuttavia, il Supremo Tribunale censurava questa applicazione, osservando che il § 226 BGB vieta solo l'esercizio di un diritto che persegua *esclusivamente* lo scopo di arrecare danno, delineando così un campo di applicazione molto ristretto della figura dell'abuso del diritto³⁸³.

³⁸¹ *Ivi*, pag. 106.

³⁸² *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Verlang von Veit & Comp., Leipzig, VII 468/07, pagg. 424-426. Il Supremo tribunale tedesco riassunse così in fatto la vicenda: “Die Klägerin lebte seit dem Jahre 1882 mit ihrem Ehemann Andreas O. in dem gesetzlichen Güterstande der allgemeinen Gütergemeinschaft nach dem preuß. Gesetze vom 16. April 1860. Durch Vertrag vom 18. März 1901 vereinbarten die Ehegatten Gütertrennung. Bei der Auseinandersetzung wurden der Klägerin die Hauseinrichtungsgegenstände zugeteilt. Diese wurden im Auftrage der Beklagten wegen einer Forderung von 18009,36 Mark aus dem gegen den Ehemann D. erwirkten vollstreckbaren Urtheile des Landgerichts zu Düsseldorf vom 28. Februar 1906 gepfändet. Die Schuld war, wie die Klägerin in der Berufungsinanz zugab, eine Gesamtgutsverbindlichkeit”.

³⁸³ *Ivi*, pag. 425. “Der Berufungsrichter flüht seine Entgleibung lediglich auf § 226 B.G.B., indem er annimmt, daß die Geltendmachung des Eigentums der Klägerin nach Lage der Sache keinen anderen Zweck haben könne, als den, der Bellaqten

Un singolare scostamento da questo indirizzo interpretativo si delineò nella decisione del Supremo tribunale del 3 dicembre 1909 divenuta celebre per la peculiare vicenda umana, oltre che giuridica³⁸⁴. I fatti di causa possono essere rapidamente qui riassunti³⁸⁵. Un aristocratico proprietario di un castello, in profonda lite con il proprio figlio, gli aveva proibito l'accesso alla tomba della madre, sita all'interno del giardino della tenuta familiare. Con una decisione destinata a far discutere, il *Reichsgericht* censurò, ritenendolo inammissibile ai sensi dei §§ 226 e 826 del BGB, l'esercizio dello *ius excludendi* da parte dell'anziano proprietario nei confronti del figlio, qualificandolo come

Schaden zuzufügen. Er flüht die Annahme darauf, daß die Klägerin auf Befragen über den Zweck der von ihr trotz Faftung aus § 1480 B.G.B. erhobenen Klage erklärt habe, daß sie sich vor der Belastung mit Prozeßbichten schützen dürfe; dies könne aber nicht der Zweck der Klagerhebung gewesen sein, und ein anderer Zweck sei nicht erkennbar. Mit Recht ringt die Revision Verlegung des § 226 B.G.B. Die Vorobjekt tritt der mißbräuchlichen Ausübung eines Rechts entgegen, zieht aber die Schranke, daß nur die ausfehlerlich den Schädigungszweck verfolgende Rechtsausübung, weil mit der Rechtsordnung unverträglich, unzulässig sei”.

³⁸⁴ *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Zweiundzwanzigster Band, Verlag von Veit & Comp., Leipzig, 1910, II 190/09, pagg. 251-255.

³⁸⁵ *Ivi*, pag. 252. Il Supremo tribunale tedesco riassunse così in fatto la vicenda: “Die Ehefrau des Beklagten und Mutter des Klägers verstarb am 9. Oktober 1890 auf dem Schlosse zu A., das im Grundbuch auf den Namen des Beklagten eingetragen ist. Sie wurde auf der unteren Terrasse des Schlossbergs im umfriedeten Teil des Schlossguts begraben. Der Beklagte verbot dem Kläger, Schloß A. und dessen umfriedetes Gelände jemals zu betreten. Da der Kläger gleichwohl das Grab seiner Mutter weiter besuchte, so drohte ihm der Beklagte, er werde ihn bei nochmaligem Betreten seines Besitzes mit Waffengewalt vertreiben und ihn wegen Hausfriedensbruchs belangen. Der Kläger hat darauf Klage erhoben mit dem Antrage, den Beklagten zu verurteilen, einzuwilligen, daß er das im umfriedeten Eigentum des Beklagten gelegene Grab seiner Mutter nach Gutdünken besuchen dürfe. Er hat die Klage begründet mit der Behauptung, es sei nach dem Willen der Mutter stillschweigende Vereinbarung aller beteiligten Angehörigen gewesen, daß jeder derselben jederzeit das Recht haben solle, die gemeinschaftliche Grabstätte zu besuchen. Er sei auch Miteigentümer des Schlosses A. Der Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und erhob Widerklage mit dem Antrage, festzustellen, daß dem Kläger keine Befugnis zum Betreten des Schlosses A., insbesondere der dort befindlichen Grabstätte, zustehe, und demselben das Betreten des Schlossgutes unter Androhung von Strafe zu untersagen. Er trug vor, er sei alleiniger Eigentümer des Schlossgutes A., habe daher nicht die Pflicht, dem Kläger den Zutritt zu demselben zu gestatten. Bei dem feindseligen Verhältnis der Parteien zueinander, und da er schwer herzleidend sei, sei sein Verhalten begreiflich, das des Klägers aber stelle sich als Schikane dar. Durch Urteil des Oberlandesgerichts wurde der Beklagte verurteilt, einzuwilligen, daß Kläger das im umfriedeten Eigentum des Beklagten auf Gemarkung K. gelegene Grab seiner Mutter am Geburtstage und Todestage derselben sowie am Palmsonntag und am Allerheiligentage, und zwar in der Zeit zwischen 11 und 12 Uhr vormittags, besuche”.

abusivo³⁸⁶. La Corte adottò un approccio particolarmente innovativo, superando il tradizionale requisito soggettivo dell'esclusivo intento lesivo³⁸⁷. Ciò avvenne nonostante il padre invocasse motivate ragioni di salute, essendo affetto da una grave cardiopatia che poteva aggravarsi per lo stress derivante dall'incontro con il figlio³⁸⁸.

Contro l'orientamento aperto dalla precedente statuizione del 26 maggio 1908, si decise che la sussistenza nel caso concreto di un interesse alternativo all'intenzione di nuocere, come quello della tutela della salute del proprietario, non fosse sufficiente per escludere l'operatività della disposizione dello *Schikaneverbot*. Significativo, sul punto, si dimostrò il riconoscimento che la nozione di *Schaden*, di danno, ai sensi dei §§ 226 e 826 BGB potesse estendersi oltre la sfera patrimoniale, ricomprendendo e tutelando anche valori affettivi e morali, come in questo caso il legittimo interesse del figlio a onorare la memoria della defunta madre³⁸⁹.

³⁸⁶ EICHENHOFER, *op. cit.*, pag. 107 in nota. Sul punto, si veda anche S. E. HABERL, A. SOMMA, *Sciogliere l'individuo nell'ordine economico. L'abuso del diritto nell'esperienza tedesca*, in Ricerche giuridiche, Vol. 5, n. 2, 2016, pagg. 228-229.

³⁸⁷ *Ivi*, pag. 107 in nota. "Das Berufungsgericht hat zunächst zu Gunsten des Beklagten ausgeführt, ein besonderes dingliches oder persönliches Recht des Klägers auf jederzeitigen Zutritt zur Grabstätte seiner Mutter sei nicht dargetan. Sodann aber ist erwogen: wenn auch der Kläger ein durch Vereinbarung begründetes Recht auf beliebigen Zutritt zur Grabstätte nicht besitze, so sei doch gleichwohl die gänzlich ablehnende Haltung des Beklagten nicht gerechtfertigt. Der Beklagte erkenne es leicht als seine sittliche Pflicht an, den Sohn vom Besuche des Grabes seiner Mutter nicht völlig auszuschließen. Er sei hieran gemäß §§ 226 und 826 BGB auch rechtlich gehindert. Ein selbständiges Recht des Klägers könne zwar nicht aus den §§ 226 und 826 BGB abgeleitet werden; aber der Beklagte sei, soweit die Voraussetzungen dieser Gesetzesbestimmungen gegeben seien, nicht befugt, das ihm als Eigentümer des Schlossguts zustehende Ausschließungsrecht gegen den Kläger auszuüben, und er müsse deshalb dem Kläger den Zutritt gestatten. Auf Unterlassung der schädigenden Rechtsausübung könne nicht nur im Falle des § 226, sondern auch im Falle des § 826 BGB geklagt werden".

³⁸⁸ *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Zweiundzwanzigster Band, pag. 253.

³⁸⁹ *Ivi*, pag. 253. "Der Schaden, von dem die §§ 226 und 826 BGB handelten, brauche kein Vermögensschaden zu sein. Der Kläger werde aber in seinen kindlichen Gefühlen empfindlich verletzt und deshalb geschädigt, wenn es ihm unmöglich gemacht werde, das Andenken seiner Mutter der Sitte gemäß auch durch zeitweiligen Besuch ihrer Grabstätte zu pflegen. Daß der eigene Vater ohne triftigen Grund durch rücksichtslose Ausübung seines Eigentumsrechts dem Sohne eine Schädigung zufüge, verstoße zweifellos gegen die guten Sitten, und die unbedingte Rechtsausübung, die der Beklagte eintreten lassen wolle, könne auch nur den Zweck haben, dem Sohne Schaden zuzufügen. Diese Erwägungen seien indessen zutreffend

Il *Reichsgericht* affermò una soluzione di compromesso, soluzione che potremmo definire, da un punto di vista moderno, meramente equitativa, contemperando gli interessi del figlio e il diritto alla salute del padre. Al primo, infatti, venne riconosciuto il diritto ad effettuare ogni anno quattro visite alla tomba della madre all'interno della proprietà paterna in occasione di alcune specifiche ricorrenze commemorative.

Tale apertura interpretativa rimase sostanzialmente isolata³⁹⁰. Nella successiva evoluzione giurisprudenziale, il § 226 BGB continuò infatti ad essere applicato con la consueta restrittività, confermandosi come norma dalla portata pratica assai limitata nella prassi processuale. La decisione, pur nella sua indubbia rilevanza teorica, non riuscì dunque ad incidere in modo significativo sull'orientamento consolidato dei tribunali³⁹¹. Nonostante i tentativi falliti di recepimento in sede di compilazione e nonostante il silenzio del BGB, il *Reichsgericht* riportò allora nuovamente in vita l'eccezione di dolo; figura che si è già vista essere speculare all'abuso del diritto³⁹². Appena due anni dopo l'entrata in vigore del BGB, con la sentenza del 1° ottobre 1902, il Supremo tribunale tedesco riaffermò la validità dell'*exceptio doli generalis* in una controversia avente ad oggetto la cessione di diritti di credito³⁹³. Il caso ruota attorno a una complessa vicenda processuale originata da un credito vantato dalla ditta Z. & J. nei confronti di un suo dipendente, M., in ragione di alcune vendite effettuate da quest'ultimo a dei clienti

nur bezüglich der völligen Ausschließung vom Besuche der Grabstätte. Dagegen müßten die vom Beklagten zur Rechtfertigung seines Verhaltens angeführten Gründe, nämlich die zwischen den Parteien bestehenden Zwistigkeiten, ihre erbitterte Gegnerschaft gegeneinander, sowie der Umstand, daß der Beklagte als kranker Mann Aufregungen zu vermeiden habe, dazu führen, die Besuche des Klägers in der näher bestimmten Weise zu beschränken”.

³⁹⁰ EICHENHOFER, *op. cit.*, pag. 107 in nota. Come riportato da Eichenhofer, stante l'interpretazione giurisprudenziale maggioritaria intorno al § 226 iniziarono a sollevarsi in dottrina considerazioni critiche circa l'effettiva utilità della norma in parola. Tra le molte l'autore ricorda quella di M. NÄHE che nella sua dissertazione *Das Schikaneverbot des § 226, Zur Schikane*, del 1913 così argomentava: “Wegen der geringen bisherigen Anwendung des § 226 BGB könnte man leicht zur der Annahme kommen, daß seine Existenz überflüssig sei [...]. Außerdem müßte ja der weit umfassendere § 826 BGB genügen, um den unvorhergesehenen und im Gesetze unberücksichtigten Fällen der Schikane, die doch einen Verstoß gegen die guten Sitten darstellt, wirksam entgegenzutreten”.

³⁹¹ EICHENHOFER, *op. cit.*, pag. 107 in nota.

³⁹² *Ivi*, pag. 108.

³⁹³ *Ivi*, pag. 108.

insolventi in apparente violazione delle disposizioni interne alla società. Nel 1884, Z. & J. cedeva formalmente all'istituto bancario una quota (per l'ammontare di 3.000) marchi di un presunto credito di 7.662 marchi vantato nei confronti di M., sebbene tale cessione avesse carattere meramente simulatorio³⁹⁴. Invero, le parti, disciplinando diversamente i loro rapporti interni, avevano convenuto che l'istituto avrebbe agito come mandatario incaricato di riscuotere il credito nei confronti del presunto creditore M., senza realizzare una vera e propria cessione di credito. In base alla *causa petendi* di questa cessione simulata, l'istituto otteneva nel 1884 una sentenza di condanna in contumacia contro M. per la somma complessiva di 3.000 marchi³⁹⁵. La decisione passava in giudicato divenendo irrevocabile. Tuttavia, quando nel 1887 Z. & J. tentava di far valere in via autonoma il credito vantato nei confronti di M., quest'ultimo contestò radicalmente l'esistenza di alcun debito nei confronti del suo precedente datore di lavoro. M. otteneva quindi una sentenza che accertava l'inesistenza dell'intero credito di 7.662 marchi asserito da Z. & J. Ciò nonostante, tra l'anno 1899 e l'anno 1900 l'istituto tentava di eseguire la precedente sentenza a lui favorevole del 1884³⁹⁶. A quel punto M. proponeva opposizione all'esecuzione sulla base del § 767 dello ZPO. La decisione dell'accoglimento del ricorso presentato da M. da parte del *Reichsgericht* poggia su un duplice piano argomentativo. In primo luogo, la Corte rilevò come la natura simulata della cessione privasse l'Istituto K.W. di qualsiasi titolarità sostanziale del credito. La banca aveva agito dal punto di vista sostanziale non come cessionaria del credito ma come mera rappresentate processuale di Z. & J. In secondo luogo, valorizzando l'effetto preclusivo della sentenza che aveva accertato l'inesistenza del credito, si ritenne che tale statuizione (pronunciata nei confronti del cedente, Z. & J.) producesse effetti automaticamente anche sulla posizione dell'istituto, poiché si dovevano considerare le due posizioni connesse.³⁹⁷ Proprio su questo

³⁹⁴ *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Zweiter Band, Verlag von Veit & Comp., Leipzig, 1903, I 130/02, pagg. 216-219.

³⁹⁵ *Ivi*, pag. 217

³⁹⁶ *Ibidem*.

³⁹⁷ *Ivi*, pag. 218.

elemento viene presa in considerazione l'eccezione di dolo, pietra angolare dell'intero *iter* logico-argomentativo del *Reichsgericht*³⁹⁸.

Difatti, il convenuto, ossia l'istituto di credito, dopo aver ammesso in giudizio la natura simulata della cessione e l'assenza di un reale ed effettivo trasferimento del credito, aveva tentato di trarre vantaggio dalla sentenza del 1884 procedendo a pignorare i beni di M., con ciò cadendo in una evidente contraddizione. La Corte qualificò tale comportamento tenuto dall'istituto come abusivo, applicando il principio per cui una parte non può assumere posizioni processuali reciprocamente incompatibili al solo fine di ottenere un indebito vantaggio³⁹⁹. Sebbene la controversia possa essere ricondotta, più che all'esercizio abusivo di un credito, quanto alla fattispecie di esercizio di un credito inesistente dal punto di vista sostanziale, a decisione riveste particolare interesse per la nostra analisi poiché, analogamente all'approccio già adottato dall'*Obertribunal* prussiano⁴⁰⁰, il *Reichsgericht* non ricondusse l'*exceptio doli* a una specifica disposizione del BGB, ma la ancorò nuovamente ai principi generali dell'ordinamento giuridico⁴⁰¹. Con la statuizione del 9 febbraio 1903 il Supremo tribunale individuò il fondamento codicistico dell'eccezione di dolo nel § 242, il paragrafo che sanciva e sancisce tutt'ora il principio della *Treu und Glaube*⁴⁰². La sentenza in questo caso affronta una fattispecie qualificata formalmente come cessione di credito ma sostanzialmente riconducibile alla disciplina del mandato di incasso. Il cedente aveva trasferito al cessionario un credito, attribuendogli il potere di riscuoterlo in nome proprio, ma per conto del cedente e dietro provvigione. Tuttavia, prima che il cessionario avesse potuto agire in giudizio per far valere la pretesa creditoria, il cedente aveva revocato il mandato, privandolo dal

³⁹⁸ *Ivi*, pag. 219. “Hiernach steht den Beklagten die Einrede der Arglist entgegen, wenn sie jetzt aus dem Umstand, daß in dem rechtskräftigen Urtheil vom 14. Mai 1890 nicht ihnen, sondern der Firma Z. & J. die ganze Forderung aberkannt ist, einen Rechtsbehelf dafür entnehmen wollen, daß ihnen aus dem Urtheil vom 11. Juli 1884 noch ein Vollstreckungsrecht zustehe. Sie befinden sich mit sich selbst im Widerspruch, wenn sie einen Theil der Forderung zu 7662 M als ihnen rechtskräftig zuerkannt in Anspruch nehmen, während sie nach ihren eigenen Angaben von dieser Forderung niemals auch nur einen Theil zu Eigentum erworben haben”.

³⁹⁹ *Ibidem*.

⁴⁰⁰ V. *supra*, pagg. 80-81.

⁴⁰¹ EICHENHOFER, *op. cit.*, pag. 108.

⁴⁰² *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Dritter Band, Verlang von Veit & Comp., Leipzig, 1903, I 340/02, pagg. 416-420.

punto di vista sostanziale della legittimazione a richiedere l'adempimento del credito nei confronti del debitore. La questione dirimente riguardava la possibilità per il debitore di opporre al cessionario l'*exceptio doli* sulla base del § 242 del BGB⁴⁰³. Pur riconoscendo la validità formale della cessione ai sensi del § 398 BGB, la ricostruzione fattuale della vicenda metteva in luce come la cessione, in realtà, simulasse un rapporto di mandato, che per sua stessa natura deve considerarsi revocabile⁴⁰⁴. Secondo il *Reichsgericht*, il simulato cessionario, in realtà mandatario, agendo nei confronti del debitore anche dopo la revoca del mandato intercorrente con il simulato cedente, in realtà mandante, aveva agito nei confronti del debitore formalmente ceduto abusando della sua posizione⁴⁰⁵.

Pur riconoscendo l'efficacia della cessione tra le parti, il Supremo tribunale qualificò il rapporto sostanziale sottostante alla cessione come mandato

⁴⁰³ *Ivi*, pag. 417.

⁴⁰⁴ *Ivi*, pag. 418.

⁴⁰⁵ *Ivi*, pag. 420. “Aber diese Vorschrift dient, wie die Vorschriften des gemeinen und des preußischen Rechts über die Wirkung der Notifikation der Zession (§ 409 Abs. 1 Satz 1 BGB), der Sicherheit des Schuldners, zu seinen Gunsten, nicht gegen ihn zu wirken, vgl. Dernburg, Das Bürgerliche Recht Bd. 2 § 141 unter II. 4, ihm nicht die auch dem Bürgerlichen Gesetzbuch nach § 242 nicht fremde Einrede der Arglist abzuschneiden, die begründet ist, wenn der unter der Form der Zession materiell nur zur Einziehung der Forderung für den Zedenten ermächtigte Zessionar seine formelle Legitimation gegen den Willen des Zedenten zum Nachteil des Schuldners geltend macht”. Si noti, inoltre, come il riferimento dottrinali operato dai supremi magistrati tedeschi rimandi al secondo volume dell'opera contemporanea di DERNBURG, *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens*. Zweiter Band, Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, Halle, 1899, pagg. 322-323, § 141. “Die unrichtige Anzeige macht gleichwohl den Angezeigten nicht zum Gläubiger. Der Schuldner ist daher berechtigt die Legitimation des Angezeigten trotz der Anzeige zu bestreiten. Die Anzeige wirkt zu Gunsten des Schuldners, sie wirkt nicht gegen ihn. Dies gibt ihm eine Rechtslage, die er mißbrauchen kann. Böswillige Schuldner können “*marchandieren*” und demjenigen leisten, sei es dem Angezeigten oder dem wahren Gläubiger, welcher ihnen Dies etwas kosten läßt. Immerhin kann dem wahren Gläubiger in schreienden Fällen § 826 Schutz geben, wenn der Schuldner demselben gegen die guten Sitten durch seine Abmachungen mit dem Angezeigten wissentlich und vorsätzlich Schaden zufügt”. Secondo l'autore, la notifica inesatta, tuttavia, non conferisce al destinatario la qualifica di creditore. Il debitore conserva in ogni caso il diritto di contestare la legittimazione del presunto cessionario, nonostante la notifica. La notifica opera a favore del debitore, non contro di lui. Ciò gli attribuisce una posizione giuridica suscettibile di abuso. Debitori in mala fede potrebbero “*mercanteggiare*” e pagare a propria discrezione – sia al cessionario indicato che al vero creditore – chiunque sia disposto a offrire vantaggi. Tuttavia, afferma Dernburg, in casi particolarmente gravi, il § 826 BGB può offrire tutela al vero creditore qualora il debitore, attraverso accordi con il presunto cessionario, gli abbia cagionato intenzionalmente un danno in violazione dei principi di correttezza

all'incasso, disciplinato dai §§ 627 e 671, e stabilì che il debitore potesse eccepire la condotta abusiva da parte del cessionario mediante l'*exceptio doli*, individuandone il fondamento nel principio di correttezza e buona fede di cui al § 242 del BGB. In altri termini, i magistrati ritennero che, sebbene il cessionario fosse formalmente legittimato dalla cessione, questi non potesse strumentalizzare tale posizione per agire contro la volontà del cedente e senza un interesse giustificato, evitando in tal modo di esporre il debitore ad un provvedimento giurisdizionale pregiudizievole della sua sfera giuridica patrimoniale ma privo di reale fondamento sostanziale. Un ulteriore ed importante tassello al riconoscimento generale dell'eccezione di dolo anche all'interno dei rapporti contrattuali si ha con la decisione del 30 giugno 1904⁴⁰⁶. La decisione riguardava una controversia tra un creditore e un socio di una società agricola. Il creditore aveva concesso un prestito personale di 3.000 marchi a un altro socio, diverso dal convenuto, il quale aveva rilasciato una fideiussione a nome della società senza averne il potere. In forza di questa fideiussione irregolare, a seguito del fallimento della società, il creditore conveniva personalmente in giudizio per ottenere la restituzione della somma prestata il socio che non aveva ricevuto la somma⁴⁰⁷. Il Tribunale regionale di Dortmund accoglieva la domanda attorea e condannava il convenuto alla restituzione prestata in forza del contratto di garanzia stipulato materialmente dall'altro socio ma in nome e per conto della società. La Corte d'Appello di Hamm accoglieva il gravame proposto avverso la decisione del giudice di prime cure e, accogliendo l'eccezione di dolo, ribaltava la decisione⁴⁰⁸. Il convenuto era riuscito a dimostrare sul piano della ricostruzione fattuale che il suo ex socio aveva agito in mala fede, abusando della sua posizione per ottenere un vantaggio personale, e che il creditore era pienamente consapevole di questa situazione illecita al momento della concessione del prestito e della stipula del negozio di fideiussione⁴⁰⁹. Il *Reichsgericht* confermò la decisione d'appello, stabilendo che il creditore, avendo concorso a un comportamento contrario alla buona fede e ai buoni costumi in base al §

⁴⁰⁶ *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Achter Band, Verlag von Veit & Comp., Leipzig, 1905, VI 485/03, pag. 356

⁴⁰⁷ *Ibidem*.

⁴⁰⁸ *Ibidem*.

⁴⁰⁹ *Ivi*, pag. 356.

826, non poteva pretendere l'adempimento della fideiussione⁴¹⁰. Soluzione quantomeno curiosa posto che la norma più che la materia della cessione del credito, disciplina la risarcibilità del danno cagionato da una condotta che viola il buon costume⁴¹¹.

Il *Reichsgericht* sottolineò come il diritto civile tedesco, pur non contenendo una disciplina generale dell'*exceptio doli*, offrisse comunque tutela contro tali abusi attraverso il principio generale di correttezza di cui al § 242 e le disposizioni sugli atti illeciti di cui al § 826. Nonostante i tentativi falliti del deputato Gröber, il Supremo tribunale aveva deciso di non privarsi di un utile strumento per sanzionare condotte maliziose o contrarie al principio di correttezza che sarebbero altrimenti sfuggite alla rigida applicazione formalistica delle disposizioni dell'ordinamento. Consolidata l'interpretazione rigida e formalistica del § 226⁴¹², la norma che più aveva suscitato preoccupazioni della parte generale del BGB, approvata con un'esigua maggioranza al *Reichstag* e non senza riserve, i giudici tedeschi continuarono ad applicare, anche se con parsimonia, l'istituto dell'*exceptio doli*: lo specchio dell'abuso del diritto. La vicenda presenta tratti quasi paradossali. Il deputato Gröber, dopo essersi strenuamente battuto per l'introduzione della norma sullo *Schikaneverbot* nella convinzione che il suo ambito applicativo coincidesse perfettamente con quello dell'*exceptio doli*, ritirò proprio l'emendamento che mirava a introdurre quest'ultima figura nel codice. Tuttavia, il § 226 — considerato dalla dottrina maggioritaria ormai come un retaggio di un'epoca in cui la distinzione tra diritto e morale non era ancora netta — fu applicato dalla giurisprudenza tedesca con estremo rigore, enfatizzando il requisito dello scopo *esclusivamente* dannoso. Di fronte alla

⁴¹⁰ *Ibidem*.

⁴¹¹ *Ivi*, pag. 356. “Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält [...] freilich keine allgemeine Bestimmung über die Einrede der Arglist, wodurch dieser eine Geltung in gleichem Umfange, wie nach dem früheren gemeinen Rechte, ausdrücklich gesichert würde. Es kann dahingestellt bleiben, wie weit § 188 Abs. 1 oder § 242 BGB. zu dem gleichen Ergebnisse führen würde. Jedenfalls ergibt sich aber dasselbe in einem Falle von der Art des vorliegenden aus § 826 in Verbindung mit § 249 BGB Da der Kläger durch Mitwirkung an der Untreue des R. in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise dem Beklagten vorsätzlich den Schaden zugefügt hat”.

⁴¹² RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Lefevre Giuffrè, 1972, pagg. 1216-1217.

rigidità di questa norma, i giudici non rinunciarono a uno strumento per correggere, in nome dell'equità, quelle situazioni in cui l'applicazione rigorosa delle norme avrebbe condotto a esiti contrari al senso di giustizia. Così, sebbene non espressamente prevista dal codice, i magistrati recuperarono l'*exceptio doli*, individuandone il fondamento dapprima nei principi generali dell'ordinamento e, in seguito, nelle disposizioni dedicate alla buona fede (§ 242 BGB) e all'illecito contrario al buon costume (§ 826 BGB). Norme, queste ultime, che non si possono certo considerare simili dire simili né per contenuto né per collocazione.

Così, come un gioiello di famiglia che passa di mano in mano custodendo il suo valore nonostante il tempo, l'eccezione di dolo — pur nascosto tra le pieghe di un sistema sempre più informato al positivismo e al formalismo — continuò a brillare nel diritto vivente tedesco, tramandato come eredità preziosa del diritto comune, resistendo all'impeto della codificazione.

Capitolo III

L'abuso del diritto nelle esperienze latine e nel contesto svizzero. Dalla prassi giurisprudenziale al codice delle obbligazioni italo-francese.

3.1. L'emersione in sede pretoria dell'*abus de droit* in Francia.

All'alba del Novecento, mentre l'Europa giuridica si apprestava a celebrare il centenario del *Code Civil*, persistevano concezioni giuridiche oramai anacronistiche⁴¹³. L'assolutezza del principio *qui iure suo utitur neminem laedit* aveva fino a quel momento trovato nella codificazione napoleonica il

⁴¹³ P. GROSSI, *Pagina introduttiva (ripensare Geny)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 20, Giuffrè editore, Milano, 1991, pag. 20. "A fine dell'Ottocento, sul piano del diritto ufficiale, domina ancora una visione estremamente ridotta e riduttiva del grande fenomeno giuridico, incapace di esprimerlo nella sua vivacità e globalità e incapace quindi di porre in essere quella combinazione armonica che fissa nel diritto un cemento congeniale all'edificio sociale. Ma ad un male si sovrappone un altro male: credendo indiscutibile un siffatto sistema chiuso e ritenendolo intangibile, gli interpreti-applicatori si sono volentieri legati da sé stessi le mani e so son sentiti legittimati unicamente a esercizi logici tra i vari frammenti componenti il sistema. A una visione riduttiva dell'ordinamento giuridico ha corrisposto pertanto una concezione altrettanto riduttiva del compito del giurista interprete, necessariamente confinato al rango passivo di esegeta, utente meccanico di elementari procedimenti di logica formale. Tutto questo non può che impedire al diritto di svolgere il suo ruolo sociale e al giurista di corrispondere al proprio statuto metodologico. Il diritto è condannato a sclerotizzarsi, il giurista a compiere un'attività intellettuale di nessun rilievo scientifico". Con specifico riferimento all'istituto della proprietà privata, si veda anche A. IANNARELLI, *Funzione sociale della proprietà e disciplina dei beni*, in *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, a cura di F. MACARIO e M. N. MILETTI, *Atti dell'incontro di studio Roma, 9 ottobre 2015*, Roma Tre-Press, Roma, 2017, pagg. 37-38. "[...] Infatti, con la codificazione civile avviata in Francia nei primi anni dell'Ottocento, in cui magna pars spettava all'istituto della proprietà privata, quale fondamentale manifestazione dell'egemonia acquisita dalla borghesia agraria e, al tempo stesso, del tramonto dell'*ancien régime*, si può dire che si era sostanzialmente esaurita la spinta propulsiva verso il radicale mutamento del quadro normativo emersa per ampia parte del Settecento". A tal proposito, si veda anche l'approfondimento compiuto da L. BRUNI, S. ZAMAGNI, *L'economia civile. Un'altra idea di mercato*, il Mulino, Bologna, 2015.

suo apice teleologico⁴¹⁴. Nei primi decenni del XIX secolo, questo approccio formalistico, che potremmo definire *parossismo legalistico*, si manifestava in una vera e propria sacralizzazione del testo codicistico e nell'adozione acritica del mito del legislatore "*taumaturgo*" — figura quasi provvidenziale che, nell'atto stesso della promulgazione normativa, avrebbe già previsto e disciplinato ogni possibile configurazione dei rapporti giuridici⁴¹⁵. Tale impianto teorico, profondamente radicato nella cultura giuridica francese⁴¹⁶, entrava però in rotta di collisione con le trasformazioni epocali che caratterizzavano la società di *fin de siècle*. L'inevitabile ampliamento del suffragio, fenomeno ormai irreversibile nei principali ordinamenti europei, aveva radicalmente modificato l'assetto del corpo elettorale, includendo quelle classi popolari che, soprattutto nei grandi centri industriali, costituivano ormai la maggioranza demografica. Come dimostrano i lavori della storiografia giuridica più attenta, il periodo compreso tra il 1867 e il 1875 aveva visto nel Regno Unito il riconoscimento formale delle *trade unions*, segnando così l'ingresso istituzionale del movimento operaio organizzato nell'agone politico-giuridico⁴¹⁷. Il cambio di paradigma sul terreno della responsabilità civile nel passaggio dall'Ottocento al Novecento rappresenta una delle più significative rivoluzioni dogmatiche nel diritto privato moderno ed è il diretto prodotto di tale trasformazione socioeconomica⁴¹⁸. Il sistema giuridico tradizionale fondato esclusivamente

⁴¹⁴ CAZZETTA, *Codice civile e identità*, op. cit., pag. 230. "L'assolutezza del principio qui iure suo utitur neminem laedit e la rappresentazione spietata e idilliaca dell'equilibrio proprietario stentavano ad essere conservate negli ultimi decenni dell'Ottocento. Sempre più forte era la necessità di trovare risposte alle questioni poste dalla società industriale e di apportare "correzioni sociali" al diritto privato, andando oltre la semplice invocazione di un equilibrio proprietario sempre giusto".

⁴¹⁵ GROSSI, *Pagina introduttiva*, op. cit., pag. 20.

⁴¹⁶ CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Giuffrè Editore, Milano, 1991, p. 25.

⁴¹⁷ E. J. HOBSBAWN, *L'età degli imperi. 1875-1914*, Gius. Laterza, Roma-Bari, 1987, pagg. 163-164.

⁴¹⁸ CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, op. cit., pag. 440. "L'esplosione della civiltà delle macchine, che nello stesso tempo diviene civiltà delle masse, è venuta gradualmente mettendo in evidenza l'insufficienza dell'idea di un individuo che nel bene e nel male sia l'unico centro di imputazione della propria vicenda esistenziale. Il lavoro negli opifici industriali si concretizza in opere e prodotti alienati, prima che in senso marxiano, da un punto di vista meramente materiale: essi sono il frutto di un'interazione ormai imprescindibile tra l'uomo e la macchina, e di una collaborazione altrettanto inevitabile tra i vari operatori di una realtà in cui l'azione

sul criterio soggettivo della colpa — pilastro portante dell'edificio della responsabilità aquiliana — entra in irreversibile crisi di fronte alle trasformazioni epocali indotte dalla rivoluzione industriale. L'avvento della “*civiltà delle macchine*”, con la sua inedita proliferazione di rischi e danni da attività industriali, rende palesemente inadeguato un modello di imputazione basato esclusivamente sulla colpa del soggetto agente⁴¹⁹. Tra i primi tentativi

di ciascuno ha senso in quanto partecipe di quella e a quella degli altri”. Sempre sul cambiamento di paradigma in materia di responsabilità civile si veda, ID, *Problema e sistema del danno da prodotti*, Giuffrè Editore, Milano, 1979; nonché S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Edizioni scientifiche italiane, Milano, 1964. Per una diversa prospettiva dell'analisi del problema della responsabilità civile nelle esperienze di *common law*, F. V. HARPER, F. JAMES, *The Law of Torts*, Vol. I, Boston-Toronto, 1956.

⁴¹⁹ Sul punto, si veda CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione*, *op. cit.*, pagg. 40-42 e 266 e ss. Questo mutamento di paradigma, che vede il progressivo affermarsi di criteri oggettivi di imputazione accanto al tradizionale fondamento soggettivistico, non costituisce un mero adeguamento tecnico-giuridico, bensì una profonda riconfigurazione epistemologica dell'istituto della responsabilità civile. Quest'ultima, invero, cessa di essere concepita secondo il modello sanzionatorio di derivazione penalistica — incentrato sulla riprovazione di un comportamento antisociale — per evolversi verso una funzione compensativa e in un nuovo sistema di allocazione sociale del rischio. L'insufficienza e l'inadeguatezza del modello incentrato unicamente sul criterio di imputazione della colpa emerge con particolare evidenza in relazione ai danni da attività industriali, dove la complessità dei processi produttivi e l'anonimato delle catene causali rendono spesso impossibile l'accertamento dell'elemento soggettivo. Di fronte a questa nuova realtà, il diritto è chiamato a elaborare soluzioni che, pur senza abbandonare del tutto il riferimento alla colpa come criterio ordinario, sappiano dare risposta alle esigenze di giustizia sostanziale in contesti sempre più dominati da rischi collettivi e danni diffusi. In Italia, continua Cazzetta, la dottrina ottocentesca mantenne a lungo un'impostazione rigidamente ancorata al principio della colpa come fondamento unico della responsabilità aquiliana. Emblematica in tal senso è la posizione di G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Eugenio e Filippo Cammelli, Firenze, 1874, il quale critica aspramente ogni deroga al principio della colpevolezza, definendo “sconveniente dal punto di vista politico” la presunzione di responsabilità prevista dall'art. 1153 del Codice civile del 1865. Per Giorgi il *nullum crimen sine culpa* rappresentava un vero e proprio “bastione di civiltà”, il cui abbandono avrebbe costituito “una ribellione a tutte le leggi antiche e moderne”. Tuttavia, già sul finire del secolo cominciarono ad emergere voci critiche verso questa impostazione monistica. V. E. ORLANDO, nel suo lavoro del 1893, *Saggio di una nuova teoria sul fondamento giuridico della responsabilità civile*, in *Archivio di diritto pubblico*, propone una rilettura estensiva del concetto di responsabilità; pur senza abbandonare del tutto il riferimento alla colpa. “Si tratterebbe adunque di una evoluzione del concetto, in senso strettamente proprio, nel senso cioè di non distruggere o attenuare il contenuto dell'istituto giuridico ma di allargare la portata di esso”. Cfr. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, *op. cit.*, pagg. 439 e ss. Parallelamente, in Germania si sviluppava un dibattito ancora più avanzato. A. MERKEL, *Juristische Encyclopädie*, Berlin-Leipzig, 1885, aveva elaborato una teoria che scindeva il nesso necessario tra illecito e responsabilità, affermando che “l'obbligazione del risarcimento del danno non ha come presupposto necessario il

di superare il criterio di imputazione della colpa sul piano legislativo un chiaro esempio è quello della legge prussiana del 3 novembre 1838 sui danni causalmente derivati dall'esercizio dell'attività ferroviaria seguita dalla *Haftpflichtgesetz* del 7 giugno 1871 e dalla *Eisenbahn-Haftpflichtgesetz* del 1875 che riafferma la responsabilità senza colpa⁴²⁰. Questo mutamento di paradigma, che vede il progressivo affermarsi di criteri oggettivi di imputazione accanto al tradizionale fondamento soggettivistico, non costituisce un mero adeguamento tecnico-giuridico, bensì una profonda

fatto illecito". Questa impostazione trovò la sua più compiuta espressione nell'opera di V. MATAJA, *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie*, Leipzig, 1888, il quale, anticipando di decenni l'analisi economica del diritto, individuava nella migliore capacità di sopportazione del danno il criterio fondamentale per l'imputazione della responsabilità. Sul punto, ricordiamo anche l'autorevole posizione di N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Fratelli Bocca editori, Torino, 1897. Il contributo più radicale alla revisione del tradizionale paradigma venne però da G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dai contratti*, in *Opere giuridiche*, Vol. I, Roma, 1919, monografia edita per la prima volta tra il 1884 e il 1886, che propone una teoria completamente svincolata da elementi di imputazione soggettivi. Influenzato dalla scuola positiva di Enrico Ferri, Venezian fonda la responsabilità sull'oggettività del torto, considerato come mero turbamento dell'ordine sociale, da valutarsi indipendentemente da qualsiasi elemento psicologico. Come osserva Castronovo, quest'ultima teoria sarebbe stata pochi anni dopo fortemente criticata da L. BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Fratelli Bocca editori, Torino, 1898, poiché considerata dal giurista milanese "reazione brutale" al torto. Proprio a questa tensione tra "società all'interno dell'ordine giuridico e una società al di fuori dell'ordine giuridico" nel contesto italiano dedica un approfondimento M. MECCARELLI, *The Limits of Equality: Special Law in the Age of Legal Monism in Italy (19th–20th Centuries)*, in Aa.Vv., *Law and Diversity: European and Latin American Experiences from a Legal Historical Perspective*, Vol. I, Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, Frankfurt am Main, 2023, pagg. 467 e ss. Sul punto, "Diversity and legal protection are related issues that are set in dialectical terms in European legal experience during the 19th and 20th centuries. In fact, if we consider the problem of diversity and legal protection looking at the relations between the legal system and society, we can appreciate a tension between a "society within the legal order and a society outside the legal order". Society assumed in the legal system did not reflect real society, which, due to its complexity, was not entirely subsumable in the framework established by legal norms. The development of social rights, fundamental rights, or even human rights could be considered as legal responses to this gap".

⁴²⁰ CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, op. cit., pag. 447. Sul punto l'autore richiama anche la legge tedesca del 3 maggio 1909 sul trasporto e la circolazione automobilistica nella quale viene sancita la responsabilità del conducente salva l'eventualità in cui ricorra un evento imprevedibile. Il principio di responsabilità oggettiva non sarà, invece, accolto nella legislazione italiana in quanto, con la legge 30 giugno 1912, n. 739, prevederà all'art. 5 un regime di responsabilità solidale del proprietario e del conducente "quando non provino che da parte loro si è avuto ogni cura nell'evitare che il danno si realizzasse".

riconfigurazione epistemologica dell'istituto della responsabilità civile. Quest'ultima, cessa di essere concepita secondo il modello sanzionatorio di derivazione penalistica — incentrato sulla riprovazione di un comportamento antisociale — per evolversi verso una funzione compensativa e di allocazione dei rischi⁴²¹. In un contesto di tale fermento di tutta la scienza civilistica europea, in Francia non è nella dottrina, bensì nella giurisprudenza che si possono rintracciare i primi successi della nozione e dell'idea di abuso del diritto. “*Ce n'est pas dans la doctrine qu'il faudrait chercher les premiers avantages remportés par la conception de l'abus des droits; nos auteurs représentent, sur cette question comme sur tant d'autres, l'extrême arrière-garde du mouvement juridique contemporain*”⁴²².

⁴²¹ *Ivi*, pag. 448. “La moderna responsabilità oggettiva emerge, dunque, più o meno decisamente, nel diritto positivo, nella legislazione speciale; l'età della codificazione si apre infatti in un momento del tutto alieno da idee di responsabilità oggettiva: la visione individualistica che domina l'Ottocento e sulla quale viene impiantato l'intero sistema normativo sarebbe incrinata da un istituto che consiste in una sanzione posta a carico di un soggetto che non possa dirsi “autore” di un comportamento antiggiuridico”.

⁴²² JOSSE RAND, *op. cit.*, pag. 19. Sul punto, anche J. CHARMONT, *L'abus du droit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, Vol. I, Fondé par J.B. Sirey, Librairie de La Société ou Recueil général des lois et des arrêts et du Journal du Palais, 1902, pag. 114. “C'est la recherche et la critique de ces tendances, qui constitue la partie la plus intéressante du travail de M. Bose. Il étudie, en ce qui concerne notamment l'abus du droit, la plupart des hypothèses dans lesquelles, en pratique, la question s'est posée: abus du droit de propriété, - droit industriel et concurrence déloyale, - chicane et procès téméraire, - louage de service à durée indéterminée, - droit de grève et syndicats professionnels; il essaie de dégager de ces différents cas une théorie d'ensemble. Cet essai, sans doute, ne répond pas à tous les desiderata; il y aurait plus d'une réserve à faire, et l'auteur lui-même ne se dissimule pas que la doctrine à laquelle il se rallie n'est pas achevée; elle est encore imprécise, mais elle est en germe dans la loi; la jurisprudence, à proprement parler, ne la crée pas; elle fait œuvre légitime en s'efforçant de la développer. Les raisons auxquelles cette jurisprudence obéit sont indiquées à plusieurs reprises, souvent d'une façon très heureuse”. Si veda anche M. DESSERTAUX, *Abus de droit ou conflit de droit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, Vol. I, Fondé par J.B. Sirey, Librairie de La Société ou Recueil général des lois et des arrêts et du Journal du Palais, 1906, pag. 119 e ss. In questo contributo di inizio secolo, Desserteaux osserva come la giurisprudenza contemporanea tende a superare il principio tradizionale del “*Neminem laedit qui suo jure utitur*”, introducendo la teoria dell'abuso del diritto per condannare chi esercita un diritto in modo antisociale. Sebbene le soluzioni concrete alle singole fattispecie siano generalmente approvate, permangono dissensi teorici in ambito dottrinale: alcuni autori negano la possibilità giuridica di abuso, argomentando che un vero diritto escluderebbe per definizione la responsabilità. Tuttavia, questa posizione non spiega adeguatamente le limitazioni giurisprudenziali al diritto di proprietà o le condanne a indennizzi supplementari per liti temerarie, che sfuggono, tuttavia, a una rigorosa giustificazione dogmatica. “Un des faits les plus intéressants de la jurisprudence

Come avrebbe ricordato Henri Capitant negli anni Venti del XX secolo, riflettendo sulla *conception nouvelle de l'idée de justice* consolidatasi nel mondo giuridico francese nel passaggio tra i due secoli⁴²³, tra i meriti da riconoscere alla giurisprudenza vi sarebbe il tentativo di superare l'eccessivo individualismo che informava l'ordinamento “*racchiuso nel principio per cui è impossibile recar danno ad altri esercitando un proprio diritto*”⁴²⁴. In tal senso, accanto al *dommage moral* e alla *responsabilité du fait des choses inanimées*, l'applicazione in sede pretoria della teoria dell'abuso del diritto rappresenterebbe l'esempio emblematico di questo cambio di paradigma⁴²⁵.

récente est la tendance à abandonner dans un assez grand nombre de cas la vieille maxime: *Neminem laedit qui suo jure utitur*, pour déclarer civilement responsable celui qui use de son droit; c'est ce qu'il est d'usage en doctrine d'appeler la théorie de l'abus de droit. On approuve généralement l'ensemble des solutions pratiques que les tribunaux ont adoptées dans ces hypothèses, mais au point de vue théorique l'accord est loin d'être fait. Certains prétendent, au nom de la stricte application des principes, qu'il ne saurait y avoir d'abus d'un droit, parce que le droit a précisément pour caractère de rendre irresponsable celui qui s'en sert; si on est responsable, disent ces auteurs, c'est qu'on n'était pas dans son droit. La conclusion logique de cette manière de voir serait la condamnation de la pratique moderne; au contraire, ces auteurs prétendent être d'accord avec la jurisprudence, mais alors ils n'expliquent pas très clairement pourquoi, par exemple, le droit de propriété, qui ne peut subir de restriction qu'en vertu d'une loi ou d'un règlement (art. 544), est néanmoins limité dans des hypothèses assez variées, sans qu'on puisse même invoquer un principe de droit positif pour justifier ces restrictions, pourquoi le plaideur qui a le droit de saisir la justice à condition de payer les dépens se trouve en outre condamné à une indemnité supplémentaire”.

⁴²³ CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, op. cit., pag. 258.

⁴²⁴ *Ibidem*.

⁴²⁵ H. CAPITANT, *Les transformations du droit civil français depuis cinquante ans*, in *Les transformations du droit civil dans les principaux pays depuis cinquante ans (1869-1919). Livre du cinquantenaire de la Société de législation comparée*, Vol. I, Librairie Général de droit et de jurisprudence, Paris, 1922, pag. 31. “Le Droit se développe d'une façon continue. Trois facteurs concourent à le maintenir en harmonie avec les besoins du commerce juridique: la loi, la jurisprudence des tribunaux, les travaux des jurisconsultes. Tous trois collaborent à son progrès; les tribunaux et les jurisconsultes complètent par leur interprétation l'œuvre du législateur, préparant ses nouvelles interventions, souvent même les rendant inutiles. Sous cette triple action, notre Droit civil, bien que codifié au début du XIXe siècle, a subi depuis cette époque de nombreuses et profondes modifications, et a reçu un apport si considérable que l'on reconnaîtrait difficilement aujourd'hui, par endroits, le Code de 1804 sous la luxuriante végétation qui le recouvre. Cette évolution du Droit ne suit pas du reste une marche régulière. Durant certaines périodes, elle se ralentit et devient presque insensible. Elle s'accélère au contraire lorsque les mœurs, les habitudes de la population changent sous l'influence des progrès de la Science et de ses nouvelles applications à la satisfaction des besoins de l'homme. C'est ainsi que l'histoire de notre Droit civil, depuis le début du XIXe siècle, se divise en deux phases, présentant, quand on les compare, un contraste saisissant. La ligne de séparation entre les deux peut être fixée à la loi du 22 juillet 1867, abolitive de la

Il diritto non è in grado di accompagnare la *marche des faits économiques*, può solo seguire a distanza. Al contrario, avviene che esso si riadatta ai mutamenti soltanto quando questi si sono già prodotti nei costumi, nelle abitudini e nelle relazioni degli individui⁴²⁶. Alla *stagnation du Droit civil* dovuta in gran parte al *prestige de l'œuvre Napoléonienne*, considerata dai primi commentatori alla stregua di un *immortel ouvrage*⁴²⁷, e all'inerzia del legislatore, reagisce la giurisprudenza:

“Les articles 1383 à 1386 relatifs aux délits et quasi-délits sont certainement ceux de tout le Code civil qui ont été le plus soigneusement explorés par la Doctrine et la Jurisprudence au cours du dernier demi-siècle. [...]”

Mais il nous faut parler plus spécialement de l'apport jurisprudentiel qui a considérablement étendu le domaine primitif des articles 1382 à 1386 du Code civil. Ses décisions les plus saillantes se rapportent aux quatre questions suivantes:

- a) L'abus de droits;
- b) Le dommage moral;
- c) La responsabilité du fait des choses inanimées;
- d) La preuve contraire en matière de présomptions de faute”⁴²⁸.

Come efficacement osservato da Cazzetta, in questi autori e nelle pronunce giurisprudenziali è riscontrabile una comune tensione verso un'idea di giustizia sociale e di solidarietà, sorta in reazione all'individualismo astratto delineato dal principio di eguaglianza formale che permea l'ordinamento –

contrainte par corps en matière civile, commerciale et contre les étrangers, car cette loi est inspirée de l'esprit démocratique et humain qui caractérise la seconde phase”.

⁴²⁶ *Ivi*, pag. 32. “Mais le Droit n'accompagne pas la marche des faits économiques, il la suit, et c'est seulement quand les changements se sont produits dans les mœurs et les habitudes, dans les rapports des individus, qu'il se réadapte aux uns et aux autres”.

⁴²⁷ *Ivi*, pag. 32. “La stagnation du droit civil pendant cette période s'explique du reste par le prestige de l'œuvre Napoléonienne qui n'a fait que grandir depuis le gouvernement de Juillet. Le Code civil qui en est le produit le plus admiré, le Code civil “cet immortel ouvrage”, comme dit un de ses premiers commentateurs, Proudhon, semble avoir cristallisé le Droit. On le considère volontiers comme un monument définitif, que l'on ose à peine réparer. Après le gros effort de la codification qui a en somme traduit les aspirations et satisfait les besoins de la classe bourgeoise dont l'influence sociale ne cesse d'augmenter, on ne sent pas encore la nécessité de faire de nouvelles lois”.

⁴²⁸ *Ivi*, pagg. 73-74.

principio rivelatosi incapace di cogliere le trasformazioni sociali in atto⁴²⁹. In tale contesto, ove il legislatore non interviene tempestivamente, il compito di adeguare l'ordinamento giuridico ricade sugli interpreti. Tra le nuove interpretazioni giurisprudenziali della disciplina codicistica del fatto illecito, l'abuso del diritto appare una di quelle maggiormente eterodosse. Capitant ricorda come la dottrina avesse a lungo sostenuto il principio per cui l'esercizio di un diritto escludesse la responsabilità per i danni cagionati ad altri⁴³⁰. Secondo l'insegnamento tradizionale una condotta *jure* escludeva a monte qualsiasi ipotesi di responsabilità e, di conseguenza, qualsiasi risarcimento. Tuttavia, il carattere antisociale di questa posizione eccessivamente individualista avrebbe indotto i tribunali a sostituirla con un'argomentazione più conforme al principio di solidarietà⁴³¹. Chi abusa di una propria posizione giuridica cade in colpa ed integra un illecito. Sul punto, l'abuso consisterebbe nell'esercizio del diritto senza utilità propria e con intenzione maliziosa, nell'utilizzo senza le dovute precauzioni, o nell'arrecare un pregiudizio che superi i limiti dell'ordinaria tollerabilità⁴³². Grazie a questa formulazione al quanto generica e flessibile del concetto di *abus de droits*, continua il professore di Parigi, la giurisprudenza avrebbe esteso l'applicazione dell'art. 1382 del *Code* a tutte quelle fattispecie nelle quali il sentimento di equità avesse esatto un indennizzo, una riparazione o una compensazione⁴³³. Appare sorprendente come una teoria giuridica di tale

⁴²⁹ CAZZETTA, *Codice civile e identità*, op. cit., pag. 232. Sul punto, Cazzetta riporta le parole di CHARMONT, op. cit., pag. 76. "L'abus de droits constitue [...] une théorie mouvante, une notion merveilleusement souple: elle est un instrument de progrès. Un procédé d'adaptation du droit aux besoins sociaux; loin de nécessiter l'intervention législative, elle permet de la différer, d'imprimer aux droit, au fur et à mesure quel es moeurs se transforment, une orientation nouvelle".

⁴³⁰ CAPITANT, op. cit., pag. 74.

⁴³¹ *Ibidem*.

⁴³² *Ibidem*.

⁴³³ *Ibidem*. "On connaît cette notion nouvelle sur laquelle on a tant écrit. Pendant longtemps, la Doctrine a affirmé que celui qui use de son droit n'est pas responsable du dommage qu'il cause à autrui. Mais le caractère antisocial de cette thèse exagérément individualiste a choqué les tribunaux, et ils y ont substitué cette formule qui s'accorde mieux avec le fait de la solidarité humaine: celui qui abuse de son droit commet une faute et doit en conséquence réparer le dommage qu'il cause à autrui. Abuser de son droit, c'est tantôt l'exercer sans utilité pour soi et dans une intention méchante, tantôt, car il n'y a pas ici une commune mesure et tout dépend de la nature du droit envisagé, en user sans prendre les précautions suffisantes, tantôt enfin, infliger à son voisin un dommage qui dépasse la limite habituelle. Avec cette formule

rilievo per la certezza dei rapporti giuridici si sia sviluppata per più di mezzo secolo in modo quasi invisibile alla dottrina, tanto che gli studiosi l'hanno poi riconosciuta solo a consolidamento giurisprudenziale già avvenuto⁴³⁴.

Anche tra gli autori che si dimostreranno più ostili alla teoria dell'*abus de droit*, come Marcel Planiol e Adhémar Esmein, si riconosce come la giurisprudenza abbia agito da interprete — senza il consenso della dottrina — nel conformare l'ordinamento positivo alle istanze equitative provenienti dal corpo sociale⁴³⁵.

Non che in dottrina siano mancate nei primi anni della seconda metà del XIX secolo alcune singolari tesi, per lo più ignorate, che sostenevano la necessità di mitigare l'assolutezza dell'esercizio delle posizioni soggettive. Si ricordi, a tal riguardo, la posizione di Jean Baptiste Sourdat nel suo *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats* pubblicato a Parigi nel 1852. In seno alla disamina esegetica della disposizione codicistica di cui all'art. 1382 del Code Napoléon, cardine normativo della responsabilità aquiliana, il consigliere della Corte d'Appello di Amiens si esprime in modo deciso e perentorio. Dinnanzi ad una pluralità di modalità di esercizio di un diritto soggettivo — situazione di fatto non infrequente nella concreta dinamica dei rapporti giuridici — la scelta operata dal titolare, ove cada indiscutibilmente su quella specifica modalità che si

si souple, la Jurisprudence a pu appliquer l'article 1382 à tous les cas où l'équité réclame une réparation. On peut dire qu'elle va jusqu'à l'extrême limite où l'idée même de faute ne se rencontre plus. C'est ainsi qu'en matière de voisinage, elle oblige à réparer tout dommage qui excède les inconvénients ordinaires du voisinage, quand bien même l'auteur du dommage aurait pris, pour l'éviter, toutes les précautions qu'il pouvait prendre”.

⁴³⁴ JOSSERAND, *op. cit.*, pag. 19. “Il est remarquable et presque incroyable que les tribunaux aient pu, pendant plus d'un demi-siècle, appliquer et développer jusqu'à l'épanouissement quasi-définitif une théorie féconde entre toutes, sans quel es auteurs s'en soient même aperçus, sans que leurs œuvres aient reflété, fût-ce imparfaitement, le point de vue qui est en passe rénover tout notre droit. Depuis quelques années cependant, la doctrine a pris connaissance et s'est soucée du mouvement jurisprudentiel: mais ç'a été pour le combattre, presque unanimement”.

⁴³⁵ A. ESMEIN, *Nota alla sentenza della Cour de cassation, 9 giugno 1897*, in *Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, administrative et de droit public*, Tome I, Fondé par J. B. Sirey, Librairie de La Société ou Recueil général des lois et des arrêts et du Journal du Palais, Paris, 1898, pag. 21. “Malgré ce que cette doctrine a d'élévé, et malgré les autorités qui la soutiennent, elle ne nous paraît pas juridiquement acceptable”.

riveli essere la più pregiudizievole per gli altri consociati, è idonea a integrare di per sé sola gli estremi di una colpa aquiliana.

Art. 1382 Code Napoléon

“Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer”.

E ciò vale a prescindere da qualsiasi accertamento circa la sussistenza di un *animus nocendi* o una di volontà effettivamente diretta a recare nocumento⁴³⁶. Quasi anticipando la concezione di abuso del diritto che sarà poi elaborata da Raymond Saleilles e François Geny⁴³⁷, Sourdat teorizza una sorta di responsabilità oggettiva sul terreno dell’esercizio dei diritti. La scelta di esercitare un diritto nel modo più pregiudizievole per i terzi costituisce colpa ai sensi dell’art. 1382 del *Code*. Tale colpa deve intendersi come violazione del dovere generale di correttezza, che discende, a sua volta, dal principio divino di carità cristiana; regola cautelare, quest’ultima, se così potremmo definirla, che nella visione di Sourdat informa tutto l’ordinamento. L’integrazione dell’elemento colposo consente pertanto l’attribuzione della responsabilità del danno al titolare del diritto, senza che venga formalmente stravolto il tradizionale principio di imputazione, pur adattato alle esigenze di giustizia sostanziale. Il punto di riferimento dottrinale dell’argomentazione del magistrato è rappresentato dal frammento *Malitiis non est indulgentum* contenuto nel secondo libro della monumentale opera di Jean Domat *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*⁴³⁸. La posizione di Domat viene rielaborata da

⁴³⁶ CAZZETTA, *Codice civile e identità*, op. cit., pag. 222 in nota.

⁴³⁷ V. *infra*, pagg. 166 e ss.

⁴³⁸ J. DOMAT, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Vol. II, Seconde Edition, Pierre Auboüin. Libraire de Masseigneurs les Enfants de France, Paris, 1697, Tit. VIII, Sez. III, n. IX, pag. 128-129. Domat afferma che un proprietario, agendo nel proprio fondo in modo lecito e senza violare obblighi specifici verso i vicini, non è responsabile per i danni che le sue opere potrebbero causare loro, a meno che non agisca con l’unica intenzione di recare danno, senza trarne alcuna utilità personale. In questo caso, si configurerebbe un abuso malizioso del diritto. Tuttavia, se l’opera è utile, come, ad esempio, opere di difesa da inondazioni o scavi per trovare acqua, e il danno al vicino è una conseguenza indiretta e non intenzionale, esso è considerato un caso fortuito. Il proprietario non può quindi essere ritenuto responsabile, poiché il danno è un effetto naturale e risultato non voluto, seppur causalmente dipendente, del legittimo uso della proprietà. “Celuy qui faisant une nouvelle oeuvre dans son héritage use de son droit, sans blesser ni loy, ni usage, ni titre, ni possession qui pourroient assujettir envers ses voisins, n’est pas tenu du dommage qui pourra leur

Sourdat ed attualizzata alla luce della disciplina dell'illecito aquiliano contenuta nel Codice civile francese⁴³⁹.

en arriver; si ce n'est, qu'il ne fist ce changement que pour nuire aux autres, sans usage pour soy. Car en ce cas ce seroit une malice que l'équité ne souffriroit point. Mais si l'ouvrage luy estoit utile, comme s'il faisoit dans son héritage une réparation permise, pour le défendre contre les débordemens d'un torrent ou d'une rivière, & que l'héritage voisin y fust plus exposé, ou en reçut quelque autre incommodité, il ne pourroit en estre tenu. Ainsi celui qui creusant dans son héritage pour y trouver de l'eau, viendrait à tarir celle d'un puits ou d'une source de son voisin, n'en seroit pas tenu. Car dans ces cas & les autres semblables, ces evenemens sont des cas fortuits, & des effets naturels de l'estat où celui qui fait les changemens a eu droit de mettre les choses. Et ce n'est pas son fait qui cause le dommage". Sul punto, Domat sostiene tale argomentazione basandosi sulle fonti romanistiche in materia di acque e, in particolare, sull'opinione del giurista Marcello. "Marcellus scribit: cum eo qui in suo fondiis, vicini fontem avertit, nihil posse agi: nec de dolo actionem. Et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi, id fecit. L. 1. §. 11. ff. de aqu. & aqu. pluv. arc. l. 21. eod. In domo mea puteum aperio, quo aperto venae putei tui praecisae sunt: an tenearis? Trebatius non teneri me damni infecti: neque enim existimari, operis mei vitio damnum tibi dari, in ea re, in qua jure meo usus sum. L. 24. §. 12. ff. de dam. inf. V. l'art. 9. de la Sect. 2. des Servitudes. Item Labeo ait si vicinum flumen torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat: & hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcendae non posse. Aquam enim arcere, hoc esse curare ne influat. Quae sententia verior est: si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceret, sed sibi non noceat. L. 2. §. 3. ff. de aqu. & aqu. pluv. iud. Neque malitiis indulgentium est, L. 38. ff. de rei vind". Il richiamo al frammento di Domat per argomentare la teoria dell'abuso del diritto sarà effettuato anche da un altro alto magistrato L. LAROMBIÈRE, *Theorie et pratique des Obligation ou Commentaire des Titre III e IV, Livre III du Code civil articles 1101 a 1386*, Tome VII, Nouvelle Edition, A. Durand ed Pedone-Lauriel Éditeurs, Paris, 1885, pag. 544. "Cependant, pour qu'une entière et parfaite irresponsabilité garantisse l'exercice d'un droit, il faut que celui qui l'exerce en use prudemment, avec les précautions ordinaires, sans en abuser et sans en excéder les justes limites. L'abus qu'il en aurait fait d'une manière préjudiciable à autrui l'obligerait à réparer le dommage causé. À plus forte raison, en serait-il tenu si, entre diverses manières d'exercer son droit, il avait méchamment, et dans le dessein de nuire, choisi celle qui devait ou pouvait être la plus dommageable. La malice est alors plus qu'une faute, et ne mérite aucune indulgence".

⁴³⁹ SOURDAT, *Traité Général de la Responsabilité ou l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, Tome I, Deuxième Édition, Imprimerie et Librairie Général de jurisprudence Cosse, Marchal et Billard, Paris, 1872, pag. 443-444, n. 439. "Nous pensons cependant qu'il y aurait véritablement faute et délit, dans le sens de l'art. 1382, C. Nap., de la part de celui qui, ayant plusieurs manières d'exercer son droit, aurait choisi sans nécessité et dans le dessein manifeste de nuire, celle qui peut être préjudiciable à autrui. Il en serait de même de celui qui n'aurait accompli ce qu'il a droit de faire que dans le but de nuire, et sans intérêt pour lui-même. C'est ce qu'exprime la loi 1, § 12, D. de Aquâ: «Denique Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fondiis, vicini fontem avertit, nihil posse agi: nec de dolo actionem; et sane non debet haberi, SI NON ANIMO VICINO NOCENDI, SED SUUM AGRUM MELIOREM FACIENDI ID FECIT» Domat dit aussi: «Celui qui faisant une nouvelle œuvre dans son héritage use de son droit, sans blesser ni loi, ni usage, ni titre, ni possession qui pourraient l'assujettir envers ses voisins, n'est pas tenu du dommage qui pourra leur en arriver; si ce n'est qu'il ne fit ce changement que pour

Interessante rimane il riferimento al principio di carità cristiana come canone ermeneutico per l'interpretazione del diritto positivo; concetto analogo era stato espresso da Samuel Stryk quasi due secoli prima: “*Demonstratio eius pendet tum ex generali natura hominis moralis. Tota enim natura rationalis periclitatura esset, nisi unumquemque suo iuri ac fini relinquamus; tum in specie ex amore Dei, quia natura sua producit amorem erga homines, quatenus aliquo modo dicimur amare Deum in hominibus, et homines in Deo. Quae unica ratio est illius phraseos: “dilecti in Domino”. Ex quo sequitur, omnes aequae amore hoc proximi*”⁴⁴⁰.

Per quanto riguarda il riferimento alla giurisprudenza, Sourdat richiama nelle note dell'opera una decisione della Corte di cassazione francese del 19 dicembre 1817, nella quale il Supremo collegio aveva statuito, per la verità quasi *obiter dictum*, il seguente principio: qualora una parte, pur potendo citare l'avversario in un giudizio civile, scelga invece di adire l'autorità giurisdizionale penale con intenzione malevola e vessatoria, sarebbe incorsa nell'obbligo di risarcire i danni⁴⁴¹.

nuire aux autres sans usage pour soi. Car, en ce cas, ce serait une malice que l'équité ne souffrirait point», et la Cour de cassation a reproduit cette pensée dans les motifs d'un de ses arrêts. On ne peut qu'approuver cette décision, car l'exercice de nos droits doit toujours être limité par les principes divins de la charité qui nous commandent de ne point faire aux autres ce que nous ne voudrions pas qui nous fût fait, et de leur procurer même tout le bien que nous pouvons sans nous nuire personnellement”.

⁴⁴⁰ V. *supra*, pag. 68-69.

⁴⁴¹ *Ivi*, pag. 443 in nota. “Attendu que, d'après cette déclaration, cette demande devait être rejetée; que néanmoins la Cour d'assises l'a accueillie, et a condamné ledit Chamanie à 4,000 francs de dommages et intérêts et aux frais envers ledit Court; En quoi il y a eu violation des articles 1382 du Code civil, et 328 du Code pénal; Par ces motifs, casse et annule l'arrêt de la Cour d'assises du département des Bouches-du-Rhône dans la disposition portant condamnation dudit Chamanie à 4,000 francs de dommages et intérêts et aux frais de la procédure, en faveur dudit Court”. Dispositivo della decisione della Cour de cassation, 19 décembre 1817, in *Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, administrative et de droit public*, Tome I, Fondé par J. B. Sirey, Librairie de La Société ou Recueil général des lois et des arrêts et du Journal du Palais, Paris, 1818, pagg. 170-171. La Corte riassume così in fatto la controversia: “Joseph Chamaniet avait été accusé d'excès et violences envers le sieur Court. Les jurés avaient déclaré l'accusé coupable d'avoir fait des blessures au sieur Court; desquelles il était résulté pour le dernier une incapacité de travail pendant plus de vingt jours; mais qu'il était constant que ces blessures et ces coups portés par Chamaniet avaient été commandés par la nécessité de la légitime défense de lui-même ou d'autrui. Ensuite de cette déclaration, la Cour ayant tel égard que de raison aux fins de la demande du sieur Court, partie civile, avait condamné

L'idea per cui la malizia non meriti alcuna forma di indulgenza da parte dell'ordinamento giuridico e degli interpreti è un principio che trova cittadinanza nell'opera di Charles Bonaventure Marie Toullier *Droit civil français, suivant l'ordre du Code* del 1824. Tuttavia la concezione di Toullier riguardo a ciò che possa costituire esercizio abusivo di una posizione soggettiva appare notevolmente più circoscritta e rigorosa rispetto a quella di Sourdat⁴⁴². Per il giurista bretone, infatti, l'abuso si configura esclusivamente nel caso in cui l'esercizio del titolare del diritto sia mossa da uno specifico *animus nocendi*, ovvero da un'intenzione deliberata e preordinata di arrecare danno ad altri. In conformità alla tradizione germanica dello *Schikaneverbot*, in assenza di questo elemento soggettivo, qualsiasi danno cagionato a terzi nell'esercizio di un diritto legittimo — come, ad esempio, le tipiche facoltà inerenti al diritto di proprietà — non può dar luogo ad alcun obbligo risarcitorio. In questa prospettiva, il limite all'esercizio delle posizioni soggettive è identificato in modo stringente nella volontà maliziosa del soggetto agente, divenendo l'*animus nocendi* l'unico vero e proprio parametro discriminatorio tra un lecito esercizio di un diritto e un illecito abuso dello stesso⁴⁴³. Tale concezione rappresenta una applicazione più rigorosa e limitativa del principio, ancorando l'illecito civile alla sola sfera dolosa⁴⁴⁴. Mentre Toullier concentra l'analisi esclusivamente sul foro interno e sull'intenzione dell'agente, Sourdat — come emerge dalle sue parole — amplia i criteri per individuare l'abuso, considerando non solo il dolo intenzionale ma anche la scelta, tra diverse modalità di esercizio di un diritto, di quella più dannosa per altri, anche in assenza di uno specifico intento malevolo. Toullier circoscrive l'ambito di applicazione della teoria. Non integra alcuna colpa di cui all'art. 1382 chi agisce esclusivamente nell'ambito di un diritto che gli appartiene concretamente. Se da tale esercizio legittimo deriva un danno per altri, si tratta di un evento sfavorevole che l'autore non è

Chamaniet à 4,000 francs de dommages-intérêts, et aux frais de la procédure envers ladite partie civile. Chamaniet s'est pourvu en cassation, et a présenté pour moyen la violation de l'article 328 du Code pénal [et de l'article 1382 du Code civil]" [n.d.r.].

⁴⁴² TOULLIER, *Droit civil français, suivant l'ordre du Code ouvrage dans lequel on taché de réunir la théorie*, Tome XI, Warée, Oncle, Libraire de la Cour royale, Paris, 1824, pagg. 149-150, n. 119.

⁴⁴³ *Ivi*, pag. 150.

⁴⁴⁴ *Ibidem*.

tenuto a risarcire e che, agli occhi della legge, neppure gli è imputato: *Nemo damnum facit, nisi qui id facit quod facere jus non habet*. Ad esempio, scavando un pozzo all'interno del suo fondo, il proprietario potrebbe deviare la sorgente che rifornisce il pozzo del vicino. Quest'ultimo potrebbe subire un danno ma non per questo solamente potrebbe sorgere in capo al primo un'obbligazione di risarcimento. Non vi è colpa e la fattispecie non può certo ricondursi all'abito dell'illecito aquiliano. Lo stesso principio si applica quando, arando il terreno del mio giardino, taglio le radici degli alberi confinanti causandone la morte. Questa è la legge della proprietà⁴⁴⁵. La stessa posizione sarà esplicitata quasi cinquant'anni dopo da François Laurent nel suo *Principes de droit civil français* del 1876. Ancora una volta, la questione

⁴⁴⁵ TOULLIER, *Droit civil français, suivant l'ordre du Code, op. cit.*, Tome XI, pagg. 149-152. “Que faut-il entendre ici par faute? Ce n'est point le degré de culpabilité, suivant lequel on distingue la faute du dol, la faute lourde de la faute légère ou très-légère, puisque l'article suivant soumet à la réparation du dommage causé, non seulement par une faute, mais encore par une simple négligence, par une imprudence. L'article 1382 entend donc ici par faute, celle qu'on commet en faisant une chose qu'on n'avait pas le droit de faire, quod non jure fit; car on ne peut être en faute, en faisant ce qu'on a droit de faire, pourvu qu'on n'excède pas les justes limites de son droit, et pourvu qu'il ne paraisse pas clairement qu'entre plusieurs manières d'exercer son droit, on a choisi, dans le dessein de nuire à un autre, celle qui pourrait lui être préjudiciable. Ce serait le cas d'appliquer la maxime malitiis non est indulgendum [...]. On n'est même pas censé en faute, en faisant ce que l'on était autorisé à croire avoir le droit de faire. Nous en avons vu un exemple supra dans celui qui a reçu en paiement une chose qu'il croyait de bonne foi lui être due. S'il la laisse détériorer, détruire même par sa négligence, c'est un dommage que le propriétaire qui exerce la répétition après l'erreur reconnue, ne peut l'obliger à réparer; parce qu'il n'a commis aucune faute, en négligeant le soin d'une chose qu'il croyait sienne: Quia qui quasi rem suam neglexit, nulli querelae subjectus est. A plus forte raison, celui qui ne fait que ce qu'il a réellement le droit de faire, celui qui n'use que de son droit, ne commet aucune faute. S'il en résulte quelque dommage pour autrui, c'est un malheur que l'auteur du fait n'est pas tenu de réparer, et qu'il n'est même pas, aux yeux de la loi, censé avoir causé: Nemo damnum facit, nisi qui id facit quod facere jus non habet [...]. Par exemple, en creusant un puits dans mon fonds, je détourne la source qui alimentait le puits intérieur de mon voisin. C'est un dommage qu'il éprouve, et qu'il éprouve par mon fait; mais je ne suis point tenu de le réparer parce que je n'ai fait qu'user de mon droit, sans commettre aucune faute. Il en est de même lorsqu'en labourant la terre de mon jardin, je coupe les racines des arbres du jardin voisin, et que cette opération fait périr. Il en est encore de même si je détourne la source, aqua viva, qui prend naissance dans mon fonds, et dont les eaux, depuis un temps immémorial, servaient à fertiliser les fonds inférieurs ou que le propriétaire de ces fonds avait réunies dans un canal, pour alimenter un moulin qu'il a fait construire plus bas. Je ne suis point obligé de réparer le dommage que cause le détournement de ma source. Telle est la loi de la propriété. Le véritable sens de notre art. 1382 est donc que celui qui cause du dommage à autrui, en faisant ce qu'il n'avait pas le droit de faire, ou en négligeant de faire ce qu'il devait faire, est obligé de réparer le dommage arrivé par sa faute”.

viene collocata sul terreno dei delitti e quasi delitti in un paragrafo dedicato intitolato: “*Y a-t-il délit ou quasi-délit quand l’auteur d’un fait dommageable a usé d’un droit?*”⁴⁴⁶. “*Il y a un vieil adage qui semble dire que celui qui cause un dommage en usant de son droit n’est pas tenu de le réparer*”⁴⁴⁷.

Il giurista belga contesta un’interpretazione rigida del principio affermando come il soggetto che, pur agendo nell’ambito di un proprio diritto, cagioni un danno ledendo la sfera giuridica altrui — come nel caso del proprietario — non può ritenersi sempre immune da responsabilità⁴⁴⁸. I riferimenti dottrinali sono sempre Toullier e Domat⁴⁴⁹. Occorre operare, prosegue Laurent, una

⁴⁴⁶ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, Tome XX, A. Durand & Pedone Lauriel, Paris-Bruxelles, 1876, pag. 425, n. 408.

⁴⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁴⁸ *Ivi*, pag. 425-426. “Si l’on prend cette maxime dans un sens absolu, elle est fausse. Nous avons dit ailleurs que le propriétaire qui use de son droit et qui cause un dommage doit le réparer, s’il a lésé le droit d’un tiers. L’Etat qui exécute des travaux d’utilité publique exerce un droit et remplit un devoir; néanmoins, comme nous le dirons plus loin, il doit réparer le dommage qu’il cause lorsque, en usant de son droit, il lèse le droit d’autrui. Que signifie donc l’adage et quand reçoit-il son application? Il suppose que le fait dommageable n’a pas lésé un droit de celui qui éprouve le dommage. Est-ce que celui qui l’a causé doit le réparer? Non, s’il a causé le dommage en usant de son droit. Oui, s’il n’avait pas le droit de faire ce qu’il a fait; il y a délit ou quasi-délit, dans ce cas, par cela seul qu’un dommage est causé sans droit. L’adage que celui qui use de son droit ne fait de tort à personne veut donc dire que le fait seul d’un dommage causé n’entraîne pas l’obligation de le réparer; il faut voir si l’auteur du fait dommageable a usé d’un droit sans léser le droit d’autrui; dans ce cas, il n’y a ni délit ni quasi-délit, donc il ne peut y avoir d’obligation de réparer le dommage”.

⁴⁴⁹ *Ivi*, pag. 426-427. In assenza di un riferimento normativo positivo espresso, Laurent richiama espressamente come fondamento dottrinale della vigenza nell’ordinamento francese della massima latina *malitiis non est indulgendum* i sopracitati passi di Toullier e Domat. Il giurista belga osserva come la prevalente opinione dottrinale, rappresentata da Toullier e concordemente accolta dalla letteratura giuridica, affermi che l’esercizio di un diritto non configuri alcuna colpa, né implichi obblighi risarcitori per eventuali danni cagionati ad altri, i quali si qualificherebbero come inevitabili conseguenze, esternalità negative, non imputabili all’agente. In altri termini, *qui iure suo utitur, neminem laedit*. Tuttavia, Laurent precisa che questa conclusione risulta corretta soltanto ove si intenda che il soggetto, pur esercitando il proprio diritto, non abbia al contempo leso alcun diritto altrui. Gli esempi convenzionalmente addotti dalla dottrina troverebbero, secondo Laurent, il loro fondamento proprio in questa essenziale distinzione. “Le principe, tel que nous l’avons formulé, est admis par tout le monde, seulement on l’énonce d’ordinaire dans des termes trop absolus. Celui qui n’use que de son droit, dit-on, ne commet aucune faute; s’il en résulte quelque dommage pour autrui, c’est un malheur que l’auteur du fait n’est pas tenu de réparer et qu’il n’est pas même censé avoir causé. Voilà ce que dit Toullier, et on retrouve la même explication dans tous les auteurs. Rien de plus exact, pourvu que l’on sous-entende que celui qui cause un dommage en usant de son droit ne lèse aucun droit. Les exemples que l’on cite d’habitude n’ont pas d’autre

distinzione fondamentale tra uso e abuso del diritto. L'abuso non costituisce esercizio legittimo di un diritto, bensì sua degenerazione. Benché si affermi tradizionalmente che il proprietario abbia la facoltà di usare e abusare della *res*, ciò vale esclusivamente nell'ambito in cui tale esercizio rechi pregiudizio esclusivamente al titolare del diritto. Qualora, invece, il soggetto eserciti il proprio diritto con l'intento di recare danno ad altri, egli diviene responsabile

sens. En creusant un puits dans mon fonds, je détourne la source qui alimentait le puits de mon voisin. C'est un dommage qu'il éprouve par mon fait. Suis-je tenu de le réparer? Non, dit Toullier, parce que je n'ai fait qu'user de mon droit, sans commettre aucune faute. Ces derniers mots impliquent la restriction avec laquelle il faut entendre le principe. Je ne commets aucune faute parce que je ne lèse pas le droit de mon voisin; il n'avait pas droit aux eaux de cette source, la source appartient au propriétaire du fonds où elle jaillit, le propriétaire inférieur n'y a droit qu'en vertu d'une convention; s'il n'y a aucun droit conventionnel et s'il n'a pas acquis de droit par prescription, je puis, comme propriétaire de la source, en user et même l'absorber. Je suis sans faute en le faisant, parce que je fais ce que j'ai le droit de faire, sans porter atteinte au droit de mon voisin. [...] Domat, en posant le principe dont nous cherchons la vraie signification, y apporte cette restriction que celui qui fait ce qu'il a le droit de faire est tenu des dommages-intérêts qui en résultent, s'il n'a agi que pour nuire aux autres sans aucune utilité pour soi; dans ce cas, dit-il, ce serait une malice que l'équité ne souffrirait point". Come osservato da CAZZETTA, *Codice civile e identità*, op. cit., pag. 222 in nota, posizione analoga sarà sostenuta nella Penisola anche da E. CIMBALI, *La proprietà e i suoi limiti nella legislazione italiana*, in *Archivio giuridico*, Vol. XXIV, Pisa, 1880, pagg. 150-151. "La prima serie di limitazioni al diritto di proprietà consiste nel divieto fatto al proprietario di recare, nell'esercizio del diritto proprio, pregiudizio alcuno alla proprietà altrui. Non è però qualunque pregiudizio, in astratto, possa recarsi al diritto altrui che dee considerarsi come limitazione al diritto assoluto di proprietà; ma quello bensì che, lungi dal costituire l'esercizio di un diritto proprio, costituisce invece la violazione del diritto altrui. Nullus videtur dolo facere qui iure suo utitur. Nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere jus non habet. Questo principio, sebbene non tutti lo facciano rilevare colla medesima chiarezza, è ammesso generalmente dagli scrittori. Ma se il proprietario di una cosa, pur usando della sua proprietà, compie degli atti rivolti unicamente a recare pregiudizio alla proprietà del vicino, senza che egli ne ricavi profitto alcuno, può essere impedito in siffatte operazioni, e nel caso che già le abbia compiute può essere obbligato a distruggere le opere nocive e a risarcire i danni arrecati? Il Laurent decide che sì, e noi conveniamo pienamente con lui, poiché il diritto è una funzione ordinata, la quale, quando non si esercita conforme al fine cui è diretta, perde il carattere della sua legittimità. L'adagio tanto abusato: unusquisque est rei suae moderator et arbiter bisogna subordinarlo sempre all'altro non meno importante: malitiis hominum non est indulgendum". La questione dirimente in questa limitazione dell'esercizio dei diritti e, in particolare, del diritto di proprietà rimane la difficoltà nel fornire la prova dell'elemento soggettivo. E questo anche Cimbali lo ricorda citando direttamente J. E. GOUDSMIT, *Cours des Pandectes, ouvrage traduit de nééri andais, sous la direction de l'auteur*, Tome I, A. Durand & Pedone Lauriel, Leide-Paris-Bruxelles, 1873, pag. 222, n. 3. "Ma conveniamo altresì col Goudsmit nel riconoscere che è sommamente difficile il provare come colui ch'esercita, nei limiti della sua proprietà, determinati atti, non abbia interesse alcuno a compierli, tranne quello solamente di voler portare nocumento alla proprietà del vicino".

delle conseguenze dannose. Questo perché l'ordinamento attribuisce e riconosce i diritti in funzione di esigenze legittime della persona — fisiche, intellettuali o morali — e non per consentire la soddisfazione di passioni o intenti malevoli. In tal caso, l'abuso cessa di configurarsi come esercizio di un diritto e assume i caratteri di un illecito aquiliano. Dove inizia l'abuso cessa il diritto. Ancora una volta l'elemento imprescindibile per integrare la fattispecie abusiva è l'*animus nocendi*. Anche secondo Laurent, il discrimine tra *l'usage et l'abus d'un droit* risiede nell'intento malizioso e doloso del titolare⁴⁵⁰.

Se l'idea che la malizia non possa essere tollerata dall'ordinamento è presente nelle posizioni di questi giuristi, nel contesto francese è comunque nella giurisprudenza⁴⁵¹, sia di merito che di legittimità, che è possibile riscontrare il maggior successo dell'*abus de droits*⁴⁵². Non senza eterogeneità argomentative, avremo occasione di osservare. La dottrina civilistica francese di inizio XX secolo è pressoché concorde nell'individuare la prima statuizione contenente un chiaro riferimento all'abuso del diritto, con specifico riguardo all'esercizio del diritto di proprietà, nella decisione del 2

⁴⁵⁰ LAURENT, *op. cit.*, pag. 428. “Il suit de là qu’il faut distinguer entre l’usage et l’abus d’un droit. Abuser d’un droit, ce n’est pas en user. On dit bien que le propriétaire a le droit d’user et d’abuser; cela est vrai en tant que l’abus ne nuit qu’au propriétaire, mais s’il abuse de son droit dans le but de nuire, il est responsable du dommage qu’il cause, car la loi accorde des droits aux hommes parce qu’ils leur sont nécessaires pour leur vie physique, intellectuelle et morale, elle ne leur accorde pas de droits pour satisfaire leurs mauvaises passions. Donc l’abus du droit n’est plus un droit”.

⁴⁵¹ JOSSERAND, *De l'Esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, Deuxième édition, Librairie Dalloz, Paris, 1939, pag. 322. “Car, nous l’avons noté en exposant comment notre jurisprudence avait fait application du concept de l’abus au droit d’appropriation privée, la propriété individuelle, comme toute institution, ne se justifie et ne vaut que dans la mesure où elle cadre avec les intérêts de la communauté nationale et spécialement avec ses intérêts économiques”.

⁴⁵² ID, *De l'Abus des droits*, *op. cit.*, pag. 18. “Chacun comprend que ce serait peine perdue et qu’aucun raisonnement ne peut prévaloir contre une réalité; car, dans le domaine juridique, c’est la masse des décisions judiciaires qui constitue la réalité dont on ne peut s’abstraire, l’organisme qui s’offre à l’étude du jurisconsulte et dont il ne saurait prétendre commander l’évolution. Sa tâche, plus modeste, à peine d’être factice et stérile, mais considérable encore, est toute d’observation, de coordination; loin d’être imaginative, elle est d’ordre essentiellement expérimental. Elle trouve, dans la jurisprudence sur l’abus des droits, d’abondants matériaux. L’idée maîtresse de cette jurisprudence s’est infiltrée dans les différentes parties de la science au point de les envahir toutes. Nos tribunaux n’admettent pas qu’un droit, quel qu’il soit, puisse se réaliser antisocialement, contrairement à sa finalité [...]”.

maggio 1855 della Corte d'appello di Colmar⁴⁵³. Sotto il profilo fattuale e processuale la vicenda può essere così brevemente riassunta. Il sig. Keller aveva realizzato sul tetto della propria abitazione un falso comignolo che toglieva luce alla casa del proprio vicino, il Sig. Døerr. Ritenendo che l'opera era stata realizzata al solo fine emulativo, quest'ultimo conveniva in giudizio il Sig. Keller domandando la condanna alla distruzione del comignolo e alla riduzione in pristino del tetto. Il Tribunale accoglieva la domanda attorea condannando la parte convenuta, il Sig. Keller, alla demolizione del camino. Appellava quindi il Sig. Keller la decisione del giudice di prime cure dinnanzi alla Corte d'appello di Colmar. Anche in secondo grado la Corte accertava in fatto che, non avendo la struttura alcuna utilità pratica per il Sig. Keller, la stessa era stata realizzata con l'unico scopo di arrecare danno al proprio vicino, il Sig. Døerr. Inconsapevolmente i magistrati francesi avevano applicato una regola di giudizio che già tre secoli prima l'Alciato aveva suggerito nel suo trattato *De praesumptionibus*⁴⁵⁴. Il giudice del gravame condannava quindi il Sig. Keller alla distruzione del comignolo e al pagamento delle spese di lite. L'aspetto più interessante ai fini della nostra disamina risiede nel passaggio argomentativo della Corte dove viene riconosciuta l'inammissibilità dell'esercizio del diritto di proprietà con finalità unicamente emulative. La prova dell'intento malevolo viene ricavata tramite presunzione partendo dalla circostanza oggettiva che la struttura, il falso comignolo, non portava alcun vantaggio o utilità, neppure estetica, all'abitazione del Sig. Keller. L'argomentazione della Corte di Colmar fa

⁴⁵³ Cour d'appel de Colmar, 2 mai 1855, in *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle: ou Journal des audiences de la Cour de cassation et des Cours royales*, Tome II, M. Dalloz, 1856, pag. 9 e ss. La decisione è stata così massimata nella raccolta giurisprudenziale: "Une ouverture pratiquée à l'extrémité supérieure du pignon d'une maison, et ne pouvant, à raison de sa situation au-dessus de la cage de l'escalier et de l'absence de tout plancher au-dessous, servir à d'autre usage que celui d'éclairer cet escalier, doit être considérée, non comme une servitude, mais comme un jour de simple tolérance insusceptible de s'acquérir par prescription [...]; Le droit d'user de sa propriété a pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime, et ne saurait autoriser l'accomplissement d'actions malveillantes, ne se justifiant par aucune utilité personnelle et portant préjudice à autrui (C. nap. 1382); En conséquence, et spécialement, le propriétaire d'une maison qui élève une fausse cheminée sur son toit, en face de la fenêtre de son voisin, dans l'unique but de nuire à celui-ci en diminuant son jour, peut être contraint à la démolition de cette cheminée" [n.d.r.].

⁴⁵⁴ V. *supra*, pagg. 50-51.

perno sui limiti imposti dalla morale e dall'equità all'esercizio delle posizioni soggettive. Questa soluzione appare sorprendente, soprattutto se si considerano i verbali dei lavori preparatori della commissione di codificazione riguardanti l'art. 544 del Code Napoléon. Nel dibattito dinanzi al Corpo legislativo del 26 nevosio dell'anno XII (17 gennaio 1804), Jean-Étienne-Marie Portalis, nell'esporre le limitazioni al diritto di proprietà – il più importante tra i diritti reali⁴⁵⁵ – chiarisce che queste si riducono sostanzialmente ai diritti reali di godimento che gravano sugli stessi beni immobili e a quelle di natura pubblicistica⁴⁵⁶. Non emerge in quella sede alcun riferimento specifico ad un esercizio malevolo o ad un esercizio anormale del diritto di proprietà⁴⁵⁷. Non vi è spazio per limitazioni imposte dalla morale o dal sentimento di equità. Invero, sostiene Portalis: il diritto di proprietà, sebbene esteso, non è assoluto ma incontra limiti dettati dalla vita sociale. Il proprietario deve astenersi da azioni che ledano i diritti dei vicini o della collettività, come stabilito da servitù e regolamenti. Sebbene l'interesse privato sia generalmente un buon garante della cura dei beni, per talune proprietà (miniere, foreste, edifici urbani) l'interesse individuale può confliggere con quello generale, rendendo necessarie leggi che ne disciplinino l'uso a vantaggio della pubblica utilità, della sicurezza e del decoro. Questi sono i limiti al diritto di proprietà, dettati dalle disposizioni di diritto pubblico⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵ J. É. M. PORTALIS, *Exposé de motifs VI, Fait par M. Portalis, conseiller d'état et orateur du gouvernement, dans la séance du corps législatif du 26 nivôse an XII (17 janvier 1804)*, in *Législation civile, commerciale et criminelle ou commentarie et complément des Code français*, a cura del barone LOCRÉ, Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, Bruxelles, 1836, pag. 75. "L'homme, en naissant, n'apporte que des besoins; il est chargé du soin de sa conservation; il ne saurait exister ni vivre sans consommer: il a donc un droit naturel aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien. Il exerce ce droit par l'occupation, par le travail; par l'application raisonnable et juste de ses facultés et de ses forces".

⁴⁵⁶ *Ivi*, pag. 80.

⁴⁵⁷ *Ibidem*.

⁴⁵⁸ *Ibidem*. "Nous n'avons pourtant pas dissimulé que le droit du propriétaire, quelque étendu qu'il soit, comporte quelques limites que l'état de société rend indispensables. Vivant avec nos semblables, nous devons respecter leurs droits, comme ils doivent respecter les nôtres. Nous ne devons donc pas nous permettre, même sur notre fonds, des procédés qui pourraient blesser le droit acquis d'un voisin ou de tout autre. La nécessité et la multiplicité de nos communications sociales ont amené, sous le nom de servitudes et sous d'autres, des devoirs, des obligations, des

Ancora più esplicito, in tal senso, l'intervento di Jean Grenier davanti al corpo legislativo del 6 piovoso anno XII (27 gennaio 1804). Grenier sostiene che l'intera struttura del *Code* si sviluppi intorno al contenuto del diritto di proprietà⁴⁵⁹. Quest'ultima deve essere intesa come il diritto di godere e di disporre di una *res* nella maniera più assoluta e tale definizione è coerente con la tradizione romanistica; solo l'ordinamento può porre legittime limitazioni⁴⁶⁰.

“Tous les titres du code civil ne sont que le développement des règles relatives à l'exercice du droit de propriété; ce qui prouve déjà que la propriété est la base de toute législation, la source de toutes les affections morales, et de toutes les jouissances auxquelles il est permis à l'homme d'aspirer. [...] La propriété est d'abord ainsi définie: “*Le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et par les règlements*”. On sent au premier abord la justesse de cette définition. Elle rappelle celle qu'on trouve dans le droit romain, qui paraît aussi avoir été faite avec soin; *jus utendi et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur*. Mais, osons le dire, la définition contenue dans le projet de loi est plus exacte. L'esprit se refuse à voir ériger l'abus en droit. Il est bien toléré par la loi civile tant qu'il ne nuit point à autrui; mais, dans les règles de la loi naturelle et de la morale, on ne doit pas se le permettre. Aussi on était porté à penser que par ces expressions, *jus abutendi*, les Romains n'avaient voulu entendre que le droit de disposer de la manière la plus absolue, et qu'ils s'en étaient seulement servis par opposition à ces mots, *jus utendi et fruendi*, sous lesquels ils avaient défini l'usufruit. La

services qu'un propriétaire ne pourrait méconnaître sans injustice, et sans rompre les liens de l'association commune. En général, les hommes sont assez clairvoyants sur ce qui les touche. On peut se reposer sur l'énergie de l'intérêt personnel du soin de veiller sur la bonne culture. La liberté laissée au cultivateur et au propriétaire fait de grands biens et de petits maux. L'intérêt public est en sûreté quand, au lieu d'avoir un ennemi, il n'a qu'un garant dans l'intérêt privé. Cependant, comme il est des propriétés d'une telle nature que l'intérêt particulier peut se trouver facilement et fréquemment en opposition avec l'intérêt général dans la manière d'user de ces propriétés, on a fait des lois et des règlements pour en diriger l'usage. Tels sont les domaines qui consistent en mines, en forêts et en d'autres objets pareils, et qui ont dans tous les temps fixé l'attention du législateur. Dans nos grandes cités, il importe de veiller sur la régularité et même sur la beauté des édifices qui les décorent. Un propriétaire ne saurait avoir la liberté de contrarier par ses constructions particulières les plans généraux de l'administration publique. Un propriétaire, soit dans les villes, soit dans les champs, doit encore se résigner à subir les gênes que la police lui impose pour le maintien de la sûreté commune. Dans toutes ces occurrences, il faut soumettre toutes les affections privées, toutes les volontés particulières, à la grande pensée du bien public”.

⁴⁵⁹ J. GRENIER, *Discours prononcé dans la séance du Corps législatif du 6 pluviôse an XII (27 janvier 1804), en présentant le vœu d'adoption, in Législation civile, commerciale, op. cit.*, pag. 97.

⁴⁶⁰ *Ibidem*.

condition de ne point faire de sa propriété un usage prohibé par les lois et par les règlements est d'une justice évidente”⁴⁶¹.

La Corte di Colmar, invece, ribalta il paradigma. Nonostante il diritto di proprietà sia in linea di principio un diritto pressoché assoluto, che autorizza il proprietario all'uso e all'abuso del bene, il suo esercizio — al pari di qualsiasi altro diritto — deve tuttavia trovare il suo limite nella soddisfazione di un interesse serio e legittimo⁴⁶². I principi della morale e dell'equità impongono che l'ordinamento giuridico sanzioni un'azione dettata da malizia, compiuta sotto la spinta di un mero intento vessatorio, priva di qualsiasi utilità per il soggetto agente e potenzialmente causa di un grave pregiudizio per altri⁴⁶³.

Similmente, applicando la medesima *ratio decidendi*, si pronunciò l'anno successivo la Corte d'appello di Lione, in una controversia anch'essa in materia di rapporti di vicinato⁴⁶⁴. La decisione, datata 18 aprile 1856, presenta tuttavia elementi significativi che segnano una differenza rispetto alla pronuncia della Corte di Colmar dell'anno precedente. I fatti all'origine della lite possono essere sintetizzati come segue: i soci della società André avevano installato in prossimità della propria sorgente un impianto di pompaggio che sottraeva acqua alla fonte del vicino, il sig. Badoit, posta a soli tre metri di distanza. A seguito di tale installazione, la portata della fonte del sig. Badoit si era ridotta di ben due terzi. Ritenendo che l'opera fosse stata realizzata a

⁴⁶¹ *Ivi*, pagg. 97-98.

⁴⁶² Court d'appel du Colmar, 2 mai 1855, in *Jurisprudence générale, op. cit.*, pag. 10.

⁴⁶³ *Ibidem*. “Considérant que, s'il est de principe que le droit de propriété est un droit en quelque sorte absolu, autorisant le propriétaire à user et abuser de la chose, cependant l'exercice de ce droit, comme celui de tout autre, doit avoir pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime; que les principes de la morale et de l'équité s'opposent à ce que la justice sanctionne une action inspirée par la malveillance, accomplie sous l'empire d'une mauvaise passion, ne se justifiant par aucune utilité personnelle et portant un grave préjudice à autrui; qu'ainsi c'est le cas, tout en reconnaissant l'affranchissement de la propriété de l'appelant de tout droit de servitude de vue, de maintenir la décision des premiers juges quant à la démolition de la fausse cheminée; Par ces motifs, met l'appellation et ce dont est appel au néant, en ce que les premiers juges ont qualifié la fenêtre qui existe dans le mur de pignon de l'intimé, de fenêtre d'aspect à vue droite; [...]; confirme, pour le surplus, en toutes ses dispositions, le jugement dont est appel, notamment dans celle qui ordonne la suppression de la fausse cheminée élevée sur la toiture de l'appelant, etc”.

⁴⁶⁴ Cour d'appel de Lyon, 18 avril 1856, in *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle: ou Journal des audiences de la Cour de cassation et des Cours royales*, Tome II, M. Dalloz, 1856, pag. 199 e ss.

soli fini emulativi – poiché l’acqua addizionale pescata dal sistema idrico non veniva utilizzata dai soci André, bensì scaricata direttamente nel fiume Coise che lambiva i due fondi – il sig. Badoit citò i vicini in giudizio dinanzi al Tribunale di Montbrison. Nell’atto introduttivo, l’attore chiedeva la rimozione dell’impianto di pompaggio e, ai sensi dell’art. 1382 del *Code civil*, il risarcimento dei danni subiti⁴⁶⁵.

Valorizzando l’interpretazione autentica dell’art. 544 del *Code Napoléon*, i convenuti soci André eccepivano la massima romana secondo cui *nemo injuria facit qui jure suo utitur*⁴⁶⁶. Il Tribunale, applicando invece il principio del *malitiis non est indulgendum*, non solo condannava i convenuti, i soci André, al risarcimento del danno per la somma di 2.000,00 franchi, ma ordinava a questi ultimi la chiusura di un numero determinato di rubinetti per impedire materialmente ulteriori danni al Sig. Badoit. L’accertamento dell’*animus nocendi* era stato facilitato dalla circostanza fattuale, emersa in sede istruttoria, secondo cui i soci André non traevano alcuna utilità dall’acqua aggiuntiva estratta dalla pompa idraulica, la quale veniva invece scaricata direttamente nel fiume. Veniva quindi proposto gravame avverso la decisione dinanzi alla Corte d’appello di Lione. I giudici del secondo grado confermavano quasi integralmente la decisione del magistrato di prime cure. Nello specifico, veniva pienamente accolta l’argomentazione del Tribunale di Montbrison circa le limitazioni all’esercizio del diritto di proprietà e delle

⁴⁶⁵ Lyon, 18 avril 1856, in *Jurisprudence générale, op. cit.*, pag. 200. “Sur la question de responsabilité; - Considérant qu’il est constant que la source minérale de Badoit et celle des sociétaires André, sont à 3 mètres seulement de distance l’une de l’autre et ne sont éloignées que de quelques mètres de la source minérale appartenant à la commune de Saint-Galmier; - Considérant que cette proximité si rapprochée des trois sources doit faire admettre, conformément aux faits constatés par le médecin-inspecteur des eaux, qu’elles communiquent entre elles, soit par des infiltrations, soit en venant d’une nappe d’eau ou réservoir commun; Considérant qu’il résulte des documents de la cause: 1° que c’est dans l’intention de nuire à Badoit que les sociétaires André ont fait adapter une pompe au puits de leur source; 2° que le jeu de cette pompe amène une diminution des deux tiers des eaux de la source Badoit et un abaissement du niveau des eaux de la source communale; 3° que les sociétaires André n’utilisent en aucune façon le surcroît d’eau minérale obtenu à l’aide de leur pompe et le déversent dans la rivière de la Coise”.

⁴⁶⁶ *Ibidem*. “Considérant que vainement les sociétaires André invoquent la maxime *nemo injuria facit qui jure suo utitur*, en excipant de ce qu’ils peuvent user à volonté de leur source, de ce qu’à cet égard leur droit de propriété, conformément à l’art. 544 c. nap., est absolu et de ce que ce droit renferme jusqu’au pouvoir d’abuser de sa chose; [...]”.

facoltà che da esso ne discendono⁴⁶⁷. L'eccezione sollevata dagli appellanti non poteva essere condivisa e non poteva, per questo, trovare accoglimento. Il diritto di proprietà, affermano i giudici d'appello, trova il suo necessario limite nell'obbligo di garantire al vicino il godimento della propria sfera giuridica. Il pieno diritto di uso e godimento della *res* non può pertanto essere invocato a giustificazione di un comportamento dettato dal mero intento di recare un pregiudizio, il quale — favorite particolari circostanze come una comunicazione sotterranea tra fondi — si traduce in una indebita ingerenza nella proprietà altrui, intaccandone l'integrità e compromettendone anche il valore patrimoniale della proprietà altrui⁴⁶⁸. Una condotta simile, proseguono i giudici d'appello, qualora esaminata alla luce del principio secondo cui l'ordinamento non può tollerare la malizia, integra un illecito aquiliano di cui all'art. 1382 del Codice napoleonico⁴⁶⁹.

Sulla natura del risarcimento e, più in generale, sul tipo di rimedio giurisdizionale contro l'esercizio abusivo del diritto, si registra una distinzione rispetto alla decisione di Colmar dell'anno precedente. Invero, i magistrati di Lione riformano la sentenza del Tribunale di Montbrison nella parte in cui condannava gli autori dell'abuso a un *facere* specifico — la chiusura di un numero determinato di rubinetti del sistema idraulico — al fine di evitare danni futuri. La Corte di Colmar aveva ordinato al Sig. Keller la demolizione del falso comignolo e alla conseguente riduzione in pristino del tetto dell'abitazione. Diversamente, la Corte d'appello di Lione esclude fermamente il risarcimento in natura, ossia la riparazione in forma specifica. Salvi i diritti risarcitori derivanti da futuri violazioni, *nemo ad factum cogi potest*. La vittima dell'abuso non può pertanto ottenere altro se non il risarcimento del danno patrimoniale. Escluso, in altri termini, il risarcimento

⁴⁶⁷ *Ibidem*.

⁴⁶⁸ *Ivi*, pag. 200.

⁴⁶⁹ *Ibidem*. “Considérant, sur l'exception ainsi formulée, que le droit du propriétaire trouve nécessairement une limite dans l'obligation de laisser le voisin jouir aussi de sa propriété; que le pouvoir d'abuser de sa chose ne peut servir à colorer un acte, qui, inspiré exclusivement par l'envie de nuire, prend, à raison d'une communication souterraine entre deux fonds, le caractère d'une entreprise portée sur le fonds voisin, pour toucher à sa substance et anéantir ou amoindrir un bien naturel, qui en fait la principale valeur; qu'un pareil acte sainement apprécié à la lumière de la règle *malitias non est indulgendum*, constitue un des cas de quasi-délits prévus par l'art. 1382”.

in forma specifica; consentito unicamente il risarcimento per equivalente. Avallare sul punto la soluzione adottata nella pronuncia del 1855, spiegano i magistrati di Lione, significherebbe comprimere eccessivamente la libertà individuale e le potestà dominicali garantite dall'art. 544 del *Code civil*; una simile scelta, in assenza di specifiche disposizioni normative, continuano i magistrati di Lione, rappresenterebbe inoltre una decisione giurisdizionale del tutto arbitraria⁴⁷⁰.

Senza affrontare la questione della natura del risarcimento ottenibile per via giudiziaria, con la sentenza del 2 dicembre 1871 anche la Corte d'appello di Parigi si pronunciava, non senza qualche imprecisione giuridica, in materia di esercizio abusivo del diritto di proprietà. Anche in questo caso è possibile riconoscere un approccio pragmatico ed equitativo, per non dire grossolano, nell'inquadramento della controversia da parte dei giudici francesi. La controversia, in vero, avrebbe dovuto essere ricondotta alla disciplina delle immissioni e non certo al più generale dibattito sui limiti del diritto di proprietà. Per comprenderne le ragioni, è utile passare in rassegna i fatti di causa. Il Sig. Marais aveva ottenuto in concessione dal comune di Marolles-en-Brie, nella regione dell'Île-de-France, per un canone annuo di 2.800,00 franchi, alcuni terreni che confinavano con la tenuta di Grosbois, di proprietà di Napoléon Alexandre Louis Joseph Berthier, II principe di Wagram, figlio del maresciallo napoleonico Louis Alexandre Berthier. Scontento del fatto che il Sig. Marais praticasse attività venatoria nei terreni presi in concessione dal comune e confinanti con la propria tenuta, il principe di Wagram aveva

⁴⁷⁰ *Ivi*, pag. 200. "Considérant que le jugement a fait une juste application de ces principes, en décidant que les sociétaires André étaient tenus de réparer le préjudice par eux causé à Badoit; mais qu'il a outrepassé la disposition de l'art. 1382 et blessé celle de l'art. 544 par une restriction arbitrairement apportée à l'exercice du droit de propriété, en assujettissant les sociétaires André à ne garder à leur pompe que deux robinets et à y faire divers ouvrages dont les conditions ont été spécifiées; - Dit qu'il a été bien jugé par la disposition du jugement du tribunal de Montbrison qui déclare les sociétaires André responsables du préjudice causé à Badoit, au moyen de l'établissement et du jeu de leur pompe, et qui les condamne à une somme de 2,000 fr. de dommages-intérêts; confirme en cette partie le jugement; - Dit qu'il a été mal jugé quant à la disposition du jugement qui prescrit le nombre de robinets que les sociétaires André pourront garder à leur pompe et qui ordonne divers travaux à y exécuter; - Réformant, quant à ce, décharge les sociétaires André des condamnations qui avaient été contre eux prononcées, et déboute Badoit de cette partie de ses conclusions; tous droits lui demeurant d'ailleurs réservés pour le renouvellement du préjudice dont il aurait à se plaindre à l'avenir".

iniziato a organizzare all'interno del proprio fondo manifestazioni rumorose al fine di spaventare la selvaggina e rendere così inevitabilmente infruttuosa la caccia al proprio vicino⁴⁷¹. Il concessionario, il Sig. Marais, agiva quindi in giudizio, convenendo il principe di Wagram dinanzi al Tribunale di Corbeil e chiedendo la condanna al risarcimento del danno, commisurato al canone di concessione annuale dovuto dallo stesso al comune di Marolles-en-Brie⁴⁷². A seguito della fase istruttoria, si accertava che il principe aveva assoldato bambini, donne e persino delle guardie affinché, con fruste e altri strumenti, producessero il maggior rumore possibile durante le battute di caccia organizzate dal Marais. Raggiunta la prova dell'intento emulativo sotteso alla condotta del principe, con la sentenza del 24 marzo 1870 il Tribunale di Corbeil lo condannava al risarcimento del danno in favore dell'attore, il Sig. Marais, che veniva quantificato nella somma di 3.000,00 franchi⁴⁷³. Proponeva gravame avverso la decisione il principe di Wagram dinnanzi alla Corte d'appello di Parigi la quale, condividendo pienamente le argomentazioni del primo giudice, con la decisione del 2 dicembre 1871, confermava integralmente la sentenza impugnata⁴⁷⁴.

“LA COUR; — Considérant que de l'enquête il résulte qu'en 1866, à l'époque de la chasse, des enfants et des femmes, parmi lesquelles se trouvaient la fille et la femme de l'un des gardes du prince de Wagram et ce garde lui-même, par des bruits et tapages, et des cris de toutes sortes proférés sur la limite même des terres dont la chasse était louée à Marais, rendaient impossible l'exercice de ce droit de chasse chaque fois que celui-ci voulait l'exercer

⁴⁷¹ Cour d'appel de Paris, 2 décembre 1871, in *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle: ou Journal des audiences de la Cour de cassation et des Cours royales*, Tome II, M. Dalloz, 1873, pag. 185.

⁴⁷² *Ibidem*.

⁴⁷³ Così nella parte in fatto la Corte riassume la vicenda processuale: “attendu qu'il résulte des faits de l'enquête que le prince de Wagram, soit qu'il ait lui-même donné des ordres à cet effet, soit à cause de la responsabilité qui lui incombe du fait de personnes à son service, a excédé le droit que peut avoir tout propriétaire de retenir sur ses propriétés, par des moyens légitimes, le gibier qui s'y trouve; Attendu, en effet, que, par des manoeuvres vexatoires et pratiquées avec l'intention manifeste de nuire, il a gêné et même empêché l'exercice du droit du sieur Marais, propriétaire voisin; Attendu que, si le mode de jouissance du sieur Marais était assurément blâmable au point de vue des rapports du bon voisinage, il n'autorisait cependant pas le prince de Wagram à user, pour protéger son gibier, des procédés qu'il a employés; Attendu que, par ce fait, le prince de Wagram a causé à Marais un préjudice dont il lui doit réparation; Attendu que le tribunal a les éléments suffisants pour apprécier la valeur de ce préjudice; Condamne le prince de Wagram à payer au sieur Marais 3,000 fr. à titre de dommages-intérêts”

⁴⁷⁴ *Ibidem*.

soit par lui-même, soit par ses amis; — Adoptant, au surplus, les motifs des premiers juges; Confirme, etc.”⁴⁷⁵.

Con la sentenza dell’11 giugno 1890 la Corte di cassazione si pronuncia in materia di abuso dell’esercizio del diritto d’azione⁴⁷⁶. “*Le plaideur qui défend ses intérêts devant les tribunaux s’acquitte, [...], à la fois d’un devoir individuel et d’un devoir social: d’un devoir individuel, car c’est en définitive sa personnalité même pour laquelle il lutte et qui serait diminuée par une capitulation; d’un devoir social, car, en défendant son droit il «apporte son obole à la réalisation de l’idée du droit sur la terre»*”⁴⁷⁷. Tuttavia, se l’attore utilizza gli istituti processuali previsti dall’ordinamento per intentare causa o resistere ad una domanda con il solo scopo defatigatorio e malevolo, incorrerà inevitabilmente in una condanna di risarcimento del danno. È questo l’ambito dove, effettivamente, le argomentazioni della giurisprudenza d’oltralpe possono ritenersi maggiormente condivise tutt’ora. Esercitando il suo diritto d’azione, la parte si serve dello strumento giurisdizionale per accertare una situazione giuridica che, prima della pronuncia giurisdizionale, non può certo dirsi certa o stabile. Invero, la nozione di “*abuso del processo*”, che negli ultimi anni ha impegnato la dottrina e la giurisprudenza, designa una condotta attraverso la quale una parte, pur agendo formalmente nell’ambito di prerogative a lei riconosciute dall’ordinamento processuale, ne stravolge la funzione per arrecare un pregiudizio alla controparte. Tale fenomeno si concretizza nell’utilizzo di un diritto — il diritto d’azione per l’appunto — per il perseguimento di finalità abusive, come nel caso emblematico della proposizione di una domanda giudiziale manifestamente infondata o lo svolgimento di una difesa palesemente defatigatoria. Lo scopo di tale contegno processuale non è la vittoria nel giudizio, già riconosciuta come irraggiungibile, bensì il conseguimento di vantaggi indiretti e illecitamente procurati, quali procrastinare i tempi della decisione o l’inflizione alla controparte dei costi e degli oneri di una difesa necessaria. Sul piano dell’inquadramento sistematico, siffatte condotte si pongono in contrasto con

⁴⁷⁵ Cour de cassation, 11 juin 1890, in *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle: ou Journal des audiences de la Cour de cassation et des Cours royales*, Tome I, M. Dalloz, 1891, pag. 193.

⁴⁷⁶ *Ibidem*.

⁴⁷⁷ JOSSERAND, *De l’abus de droits*, op. cit., pag. 21.

i doveri inderogabili di lealtà e buona fede che presiedono allo svolgimento delle attività processuali⁴⁷⁸. Non importa se la mala fede della parte si sia

⁴⁷⁸ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Vol. I, Tredicesima edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2023, pagg. 688-690. L'art. 96, co. 3 c.p.c. (introdotto nel 2009) autorizza il giudice a condannare d'ufficio la parte soccombente al pagamento di un'ulteriore somma equitativa a favore della controparte. Sebbene la norma non lo specifichi, questa somma è interpretata come una sanzione civile per il ristoro del danno da litigo temerario. La sua natura sanzionatoria è stata confermata dalla Corte costituzionale (Sent. 139/2019), che ne ha dichiarato la legittimità costituzionale. "Il co. 3 all'art. 96, frutto della novella del 2009, riconosce al giudice il potere di condannare anche d'ufficio la parte interamente soccombente al pagamento a favore della controparte di una somma (ulteriore rispetto alle spese di lite ex art. 91) equitativamente determinata. Parrebbe trattarsi, pur se nulla dice espressamente l'art. 96, co. 3, di una sanzione civile tesa al ristoro subito dalla parte (vittoriosa) per essere stata coinvolta ingiustamente nella vicenda giudiziaria. La finalità sanzionatoria, sottesa al co. 3 dell'art. 96, è stata confermata dalla Consulta, chiamata a decidere della legittimità costituzionale della norma in relazione agli artt. 23-25 Cost. (Sent. 6 giugno 2019, n. 139). [...] Analogo ma non del tutto identico, è il fondamento della responsabilità aggravata (di cui al co. 2 della medesima norma) di chi promuove un procedimento esecutivo o cautelare o trascrive domanda giudiziale o iscrive ipoteca a tutela di un diritto che venga poi accertato del tutto inesistente (cfr. anche l'art. 174, d.p.r. n. 115/2002, che, in caso di revoca della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale, pone le spese di procedura a carico del creditore istante, se condannato ai danni per aver chiesto la dichiarazione di fallimento con colpa; mentre le pone a carico del debitore, se con il suo comportamento ha dato causa alla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale). Questi atti producono infatti effetti pregiudizievoli immediati e gravi sul patrimonio di coloro che li subiscono (in particolar modo in vista della commerciabilità dei beni che ne sono oggetto), pertanto qui il legislatore ha inteso dissuadere da abusi nel loro compimento dettando per tali ipotesi una norma speciale che non fa più leva sulla temerarietà (e così sulla colpa grave) ma riconduce l'allocatione del peso del danno alla clausola generale della responsabilità aquilina o extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c. È infatti sufficiente aver fatto ricorso a tali procedure esecutivo o (in senso lato) cautelare *senza la normale prudenza* – e così anche con colpa lieve – per essere condannati, su istanza della controparte, al risarcimento dei danni ad essa arrecati, da liquidarsi in sentenza". La riforma del 2022, la c.d. Riforma Cartabia, ha introdotto, con il nuovo comma 4 dell'art. 96 c.p.c., un'ulteriore sanzione pecuniaria a carico della parte condannata ai sensi dei commi precedenti. Tale somma, compresa tra 500 e 5.000 euro, è destinata alla Cassa delle ammende e punisce l'aver colpevolmente impegnato il potere giudiziario e l'intero apparato giustizia. Resta un'incertezza sulla natura del potere del giudice: se sia obbligatorio o discrezionale applicare questa nuova sanzione. "La riforma del 2022 è intervenuta essa pure sull'art. 96: le ipotesi di responsabilità aggravata restano quelle viste (sia quanto ai casi considerati, sia alla iniziativa, di parte o d'ufficio). Viene però previsto, dal nuovo co. 4 dell'art. 96, che in tutti i casi in cui il giudice si trovi a condannare la parte ex art. 96 (co. 1, 2 o 3), pronunci altresì condanna ulteriore, a favore della cassa delle ammende (e dunque dello Stato), di importo compreso tra i 500 e i 5.000 euro: si sanziona così la parte per aver impegnato (non solo inutilmente, ma anche in modo colpevolmente infondato) l'apparato giustizia. Dalla formulazione del nuovo co. 4 dell'art. 96 non è tuttavia chiaro [...] se tale condanna ulteriore debba essere pronunciata dal giudice ogni volta che applica l'art. 96, o se si

manifestata nelle fasi iniziali o durante lo svolgimento del processo⁴⁷⁹. Ma torniamo alla decisione della Cassazione francese del 1892. La vicenda può che originato la causa può essere brevemente riassunta. Il Sig. Vialatte cedeva nel 1879 al Sig. Galland il proprio studio notarile sito nel comune di Le Cheylard nella regione Auvergne-Rhône-Alpes Cheylard. Nel 1887, il Sig. Galland constatava una sensibile diminuzione dei proventi dell'ufficio a decorrere dal 1884, attribuendo tale decremento al comportamento del predecessore Vialatte. Invero, quest'ultimo dopo aver occultato il reale ammontare dei crediti da riscuotere al momento della cessione dello studio, avviava successivamente numerose azioni di recupero degli stessi crediti con modalità vessatorie nei confronti degli *ex*-clienti dello studio. A parere del Sig. Galland, il fascio di cause intentate dal Sig. Vialatte aveva gettato discredito sul nome dello studio notarile e diminuito il giro d'affari. Secondo la disciplina settoriale francese, invero, il cedente di un ufficio ministeriale, era obbligato ad astenersi da qualsiasi condotta che potesse diminuire la clientela dell'ufficio ceduto non fare nulla che possa diminuire la clientela dell'ufficio. In ragione dell'inadempimento di tali obblighi, il Sig. Galland conveniva in giudizio il Sig. Vialatte dinnanzi al tribunale di Valence domandando, in via principale, dato l'occultamento del reale ammontare dei crediti dello studio al momento della cessione, la riduzione del prezzo e, in via subordinata, il risarcimento del danno *ex* 1382 del Code per esercizio

tratti invece di un potere (non un dovere). Sempre ad una logica sanzionatoria, ma tutt'altro che commendevole, risponde anche la previsione (ad opera della legge n. 228/2012, che ha introdotto il co. 1-*quater* all'art. 13, d.p.r. n. 115/2002) dell'automatico raddoppio del contributo unificato nell'ipotesi di integrale rigetto dell'impugnazione principale o incidentale”.

⁴⁷⁹ JOSSERAND, *De l'abus de droits*, *op. cit.*, pagg. 22-23. “Et peu importe que la mauvaise foi du plaideur se manifeste dans le principe même de l'action ou de la défense ou bien seulement dans les procédés employés; les moyens de procédure, si légitimes qu'ils soient en eux-mêmes, objectivement considérés, peuvent, à raison de l'esprit qui a dicté leur emploi, engager la responsabilité de celui qui les utilise”. L'autore riporta un esempio dell'arresto della Corte d'appello di Tolosa del 12 luglio 1823 nel quale era stato condannato al risarcimento del danno l'attore che, potendo scegliere tra più uffici giudiziari egualmente competenti, aveva scelto, con intento malevolo e vessatorio, quello più distante dalla residenza della controparte. “L'exemple le plus frappant est celui du demandeur qui, ayant à choisir entre plusieurs tribunaux également compétents, saisit celui qui se trouve être le plus éloigné du domicile de son adversaire; s'il est démontré que son choix ne lui fut dicté que par une pensée vexatoire, il sera passible de dommages-intérêts envers le défendeur”.

abusivo del diritto d'azione⁴⁸⁰. Anche in tale occasione la giurisprudenza forse richiama impropriamente il concetto di abuso del diritto. Se vi era un obbligo previsto dall'ordinamento che imponeva al cedente di astenersi da qualsiasi condotta che potesse arrecare danno al cessionario, allora più che abuso del diritto in questo caso si dovrebbe parlare di integrazione di un fatto illecito tipico. In ogni caso, con sentenza del 14 marzo 1887, il Tribunale di Valence, dopo aver rigettato la domanda proposta in via principale di riduzione del prezzo, accoglieva la domanda di risarcimento del danno e condannava il convenuto al pagamento in favore del Sig. Galland della somma di 6.000,00 franchi. Impugnava allora il Sig. Vialatte la decisione dinnanzi alla Corte d'appello di Grenoble che con la sentenza del 31 luglio 1889 così statuiva:

“Attendu, toutefois, qu’il est constant que la dépréciation de l’office et la diminution dans les produits depuis 1884, dont Galland se plaint à juste titre, sont le résultat d’actes faits par Vialatte, postérieurement au contrat; Attendu que celui-ci a engagé témérement des procès contre les clients de l’étude, qu’il a fait à ceux-ci des demandes abusives d’honoraires et de frais, et a usé, à leur égard, de procédés vexatoires; que ces procès, demandes et procédés regrettables ont été en grande partie la cause de l’amodrissement considérable constaté dans les produits de l’office notarial qu’il avait cédé; Attendu que Vialatte a ainsi commis un préjudice dont il doit réparation, et qu’il y a lieu, en adoptant au surplus les motifs des premiers juges, de déterminer l’indemnité par lui due à Galland”⁴⁸¹.

Il Sig. Vialatte proponeva quindi ricorso per cassazione lamentando la violazione e falsa applicazione dell'art. 1382 del *Code*. La Suprema corte francese, con la decisione dell'11 giugno 1890, confermava integralmente la sentenza impugnata⁴⁸².

⁴⁸⁰ Cour de cassation, 11 juin 1890, in *Jurisprudence Générale, op. cit.*, pag. 193.

⁴⁸¹ *Ibidem*.

⁴⁸² E. COHENDY, *Nota alla sentenza della Cour de cassation, 11 giugno 1890*, in *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle: ou Journal des audiences de la Cour de cassation et des Cours royales*, Tome I, M. Dalloz, 1891, pag. 193-194. Commentando la decisione della Cassazione all'interno della raccolta giurisprudenziale, il professore di diritto dell'Università di Lione osserva la presenza di numerosi orientamenti giurisprudenziali, anche all'interno delle medesime sezioni, in materia di esercizio abusivo del diritto d'azione. Invero, in alcuni arresti della suprema Corte francese si era ritenuto sufficiente per condannare una parte processuale al risarcimento del danno ex art. 1382 del Code Napoléon in virtù del comportamento processuale il requisito della temerarietà dell'azione o della difesa. In altri, invece, i magistrati di legittimità avevano richiesto

“LA COUR; Sur le moyen unique, pris de la violation par fausse application de l’art. 1382 c. civ. et d’un défaut de motifs: Attendu que si celui qui a recours aux voies judiciaires pour obtenir le payement de ce qui lui est dû ne fait qu’exercer un droit légitime, il en est autrement de celui qui y a recours abusivement, par malice, ou par esprit de vexation, ou même par une erreur grossière équivalente au dol; Attendu que l’arrêt attaqué déclare que Vialatte qui a cédé à Galland son office de notaire en s’engageant à s’efforcer de lui en conserver la clientèle, a témérement intenté aux clients de l’étude des procès en recouvrement de frais et d’honoraires, qu’il a formé contre eux des demandes abusives et a usé à leur égard de procédés vexatoires; qu’enfin ces procès, demandes et procédés ont été en grande partie la cause de l’amoindrissement considérable des produits de l’office cédé; Attendu que l’arrêt attaqué, qui satisfait d’ailleurs aux prescriptions de l’art. 7 de la loi du 20 avr. 1810, a

espressamente l’elemento soggettivo dell’intenzione emulativa dell’azione processuale. Per la verità, la decisione dell’11 giugno 1890 contiene una particolarità non trascurabile. Senza celare critiche alla soluzione accolta anche dalla Cassazione, Cohendy argomenta che, mentre è concepibile un’azione risarcitoria tra le parti direttamente coinvolte in una lite (dove il vincitore potrebbe chiedere danni alla parte soccombente dimostrandone l’intenzione maligna e contraria a buona fede), la situazione in esame è radicalmente diversa. In questo caso, a reclamare il risarcimento non è una delle parti in causa, bensì un soggetto estraneo ai procedimenti giudiziari originari, il quale lamenta un pregiudizio solo indiretto. Il ricorrente, il Sig. Vialatte, nello sviluppare la propria difesa sottolinea come le azioni giudiziarie da lui intraprese fossero state avviate senza alcuna intenzione fraudolenta o malevola, fatto del resto non contestato nemmeno dai vecchi clienti contro cui erano dirette; i quali non avevano a loro volta avanzato alcuna domanda di risarcimento. A suo avviso, se nessuna condotta sorretta da intento emulativo è stata ravvisata verso i diretti destinatari delle sue azioni, ed ancor meno si potrebbe configurare un’intenzione di nuocere nei confronti di un terzo, ossia il Sig. Galland. Tuttavia, prosegue Cohendy, in questa fattispecie, il notaio cessionario che agiva in risarcimento contro il proprio predecessore non poteva essere qualificato come terzo estraneo al rapporto obbligatorio intercorrente tra le parti. Sussisteva, infatti, in capo al cedente un’obbligazione avente ad oggetto il dovere di astenersi da ogni comportamento pregiudizievole alla clientela dello studio ceduto. Obbligo che nei fatti poteva dirsi certamente rimasto inadempito. Proprio la violazione di questo obbligo contrattuale poteva configurare la responsabilità del cedente verso il cessionario, legittimando dunque l’azione risarcitoria. “D’autre part, il y avait ici une raison spéciale à laquelle l’arrêt ci-dessus de la chambre des requêtes fait à peine allusion, mais qui nous semble très concluante en faveur de la recevabilité de l’action en dommages-intérêts: cette raison est tirée de la situation respective des parties en cause. Dans l’espèce, le notaire qui réclamait des dommages-intérêts à son prédécesseur en réparation du préjudice qu’il lui avait causé par ses demandes abusives d’honoraires et ses procédés vexatoires vis-à-vis de la clientèle de l’étude cédée ne pouvait pas être considéré comme un tiers vis-à-vis de son cédant. Il agissait en vertu d’un droit propre et en exécution des obligations que son cédant avait contractées dans le traité de cession de l’office. Le cédant d’un office ministériel, en effet, est obligé de ne rien faire qui puisse diminuer la clientèle de l’office: c’est cette obligation qui, dans l’espèce, avait été méconnue, et à ce point de vue la responsabilité du cédant était engagée. Ainsi que la jurisprudence l’a décidé à diverses reprises, tous les faits au moyen desquels le cédant, soit par une malveillance calculée, soit même involontairement, discrédite son ancien office, le rendent passible de dommages-intérêts envers son successeur”.

justement attribué aux faits ainsi constatés le caractère d'une faute légalement imputable et qu'en condamnant Vialatte à payer à Galland des dommages-intérêts en réparation du préjudice que cette faute lui a causé, il n'a ni violé ni faussement appliqué l'art. 1382 c. civ.; Par ces motifs, rejette”⁴⁸³.

In tutte le pronunce citate dalla giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, si era considerato elemento imprescindibile per configurare un esercizio illegittimo delle posizioni giuridiche la presenza dell'*animus nocendi* in capo al titolare. Ma anche su questo punto vi furono diversi orientamenti, come dimostra la decisione della Cassazione del 10 giugno 1902. A prescindere dall'effettiva sussistenza dell'intenzione di nuocere al terzo, il proprietario è chiamato a rispondere dei danni cagionati dall'opera realizzata sul suo fondo che si presenti oggettivamente inutile. Non conta l'intenzione di nuocere, quel che conta è la mancanza di un interesse giuridicamente meritevole a realizzare una determinata opera. Indipendentemente dall'intento emulativo, il proprietario sarà ritenuto responsabile se eseguirà opere pregiudizievoli o potenzialmente pregiudizievoli per il proprio vicino. Se un individuo esegue con ostinazione sul proprio fondo degli scavi che possono danneggiare terzi, non è necessario accertare che la sua condotta sia coperta da malizia. Se gli scavi non gli possono fornire alcuna utilità, alcun interesse giuridicamente meritevole, afferma la Cassazione, potrà essere chiamato a rispondere dei danni perché scopo del diritto non è danneggiare gli altri senza alcun beneficio per il proprio titolare⁴⁸⁴. Come osserva Josserand: “*voilà comment la notion de l'abus met à nu le ressort véritable, l'âme même de la propriété individuelle, à savoir l'intérêt égoïste de celui qui en est investi. Tout ce qu'on demande au propriétaire c'est d'utiliser son droit dans son intérêt effectif. Cet intérêt constitue en définitive la plus sûre garantie de la réalisation sociale du droit ; là où il fait défaut, la conduite du propriétaire devient suspecte et si, en même temps, elle cause un dommage à autrui, elle se révèle antisociale et appelle donc une sanction juridique*”⁴⁸⁵.

Anche in ambito contrattuale, si osservare come, tra la fine del XIX secolo e l'inizio del XX, la giurisprudenza francese abbia sviluppato un indirizzo

⁴⁸³ Cour de cassation, 11 juin 1890, in *Jurisprudence Générale*, op. cit., pag. 193.

⁴⁸⁴ JOSSERAND, *De l'abus de droits*, op. cit., pag. 20.

⁴⁸⁵ *Ibidem*.

equitativo volto a reprimere l'abuso del diritto nella fase esecutiva del rapporto e nell'esercizio del diritto di recesso⁴⁸⁶. Tale orientamento in parola emerge da una serie di decisioni in cui, per vero, il confine tra la violazione della buona fede e la configurazione di un abuso del diritto appare particolarmente labile e tendente a confondersi. Più che di abuso del diritto di recesso si sarebbe dovuto parlare di recesso ingiustificato. La questione emerge dalla disciplina codicistica. In numerosi contratti tipici del *Code civil* è sancita per la parte la possibilità di recedere dal rapporto in modo unilaterale. Ne è un esempio il contratto di mandato che, all'art. 2004 del Code riconosceva, e riconosce tutt'oggi, al mandante la possibilità di revocare il mandato in qualsiasi momento. L'art. 2004 dispone che: "*le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble, et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre, soit l'écrit sous seing privé qui la contient, soit l'original de la procuration, si elle a été délivrée en brevet, soit l'expédition, s'il en a été gardé minute*". Sebbene il legislatore francese avesse riconosciuto in capo al mandante una sorta di recesso *ad nutum* dal contratto di mandato, la giurisprudenza francese iniziò ad interpretare tale disposizione in senso maggiormente equitativo, valorizzando quelli che potevano essere anche gli interessi del mandatario alla conservazione del contratto. Sebbene con la decisione del 20 aprile 1891 la Corte d'appello di Douai avesse già stabilito un precedente, fu con la sentenza del 6 aprile 1895 che la Corte d'appello di Lione sancì formalmente un limite all'esercizio del diritto di recesso, stabilendo che il mandante non potesse revocare il mandato senza addurre un motivo plausibile. Secondo i magistrati d'appello, la mancanza di una ragione meritevole che giustificasse la caducazione del contratto da parte del mandante avrebbe esposto quest'ultimo all'azione di risarcimento del danno da parte del mandatario⁴⁸⁷. Anche in questo caso, il riferimento all'abuso del diritto viene inteso dalla giurisprudenza, imprecisamente, come sinonimo di recesso ingiustificato.

⁴⁸⁶ *Ivi*, pagg. 36-37.

⁴⁸⁷ Cour d'appel de Nancy, 19 mars 1892, in *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle: ou Journal des audiences de la Cour de cassation et des Cours royales*, Tome II, M. Dalloz, 1893, pag. 21.

“Attendu que, si l’art. 2004 c. civ. stipule que le mandant peut révoquer le mandat quand bon lui semble, la jurisprudence reconnaît que le mandataire peut, en cas de révocation, avoir droit à une indemnité, non seulement en vertu d’une convention expresse ou tacite, mais encore en l’absence de toute convention, par cela seul qu’il a été révoqué brusquement, sans cause légitime et de manière à subir un préjudice; [...] Attendu qu’en raison des circonstances de la cause et de tous les documents versés aux débats, le préjudice causé peut être légitimement évalué à la somme de 1,500 fr., que la veuve Bovagnet doit être condamnée à lui payer à titre de dommages-intérêts”⁴⁸⁸.

Ma è forse in materia di recesso unilaterale da contratti di lavoro che meglio si manifesta l’applicazione giurisprudenziale della teoria dell’abuso del diritto⁴⁸⁹. Sebbene, in assenza di una normativa specifica, la dottrina e la giurisprudenza francese avessero ormai riconosciuto la facoltà per ciascuna delle parti di recedere dal contratto mediante una semplice manifestazione di volontà, la Corte di cassazione ritenne comunque necessario introdurre limitazioni all’esercizio di tale prerogativa: il rapporto non poteva essere caducato in modo repentino senza addurre una giusta causa; era necessario, in altri termini, che il recesso fosse giustificato da un motivo giuridicamente rilevante⁴⁹⁰. In tale prospettiva si mosse anche il legislatore francese che, con la legge del 27 dicembre 1890, decise di novellare la disciplina del contratto *de louage de service* di cui all’art. 1780 del *Code*. Invero, subito dopo il secondo comma che recita: “*Le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d’une des parties contractantes*”, veniva aggiunto un terzo comma: “*Néanmoins, la résiliation du contrat par la volonté d’un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts*”.

⁴⁸⁸ Cour d’appel de Lyon, 6 avril 1895, in *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle: ou Journal des audiences de la Cour de cassation et des Cours royales*, Tome II, M. Dalloz, 1895, pag. 432.

⁴⁸⁹ JOSSERAND, *De l’abus de droits*, op. cit., pag. 38.

⁴⁹⁰ *Ivi*, pagg. 38-39. “Sous l’empire même du Code civil, et malgré le silence des textes, la jurisprudence et la doctrine reconnaissaient à chacune des parties la faculté de mettre fin au contrat par une simple manifestation de volonté; mais les Cours d’appel et la Cour de cassation avaient cru devoir apporter à l’exercice de cette prerogative des conditions d’ordre subjectif. Notamment, elles n’admettaient pas le patron à dissoudre brusquement l’acte juridique par un congé subit, à moins que la précipitation de sa décision ne se justifiait par de bonnes raisons: c’était déjà, timide il est vrai, la notion de l’abus du droit de résiliation qui faisait son apparition dans la pratique”.

Già in sede di dibattito parlamentare emergeva lo spirito della nuova disposizione. Il legislatore francese intendeva colpire non era solo il recesso improvviso, ma soprattutto il recesso non giustificato da un motivo ragionevole: un recesso in assenza di giusta causa. Nella seduta del 25 novembre 1890, in piena fase di discussione parlamentare, il senatore Léon Renault prendeva la parola e si interrogava sul significato giuridico dell'espressione "*peut donner lieu à des dommages-intérêts*" che sarebbe stata introdotta con l'approvazione del disegno di legge già approvato dalla Camera. "*L'articolo 1780, dopo aver richiamato il principio sancito dal Codice civile, aggiunge questa disposizione: "Tuttavia, la risoluzione del contratto per volontà di una sola delle parti contraenti può dar luogo a risarcimento dei danni". Cosa vogliono dire queste parole: "può dar luogo a risarcimento dei danni"? Non possono avere che un unico significato: e cioè che vi sarà luogo al risarcimento dei danni, se la rottura del contratto voluta da una sola delle parti contraenti non è sorretta da motivi legittimi; infatti, al di fuori di questa interpretazione della disposizione aggiunta dal progetto di legge all'articolo 1780, non ve n'è alcun'altra che la ragione possa concepire e che la coscienza possa sopportare. Si tratta di un'innovazione dalla portata considerevole: poiché d'ora in poi, in materia di locazione d'opera e d'industria, il potere di ciascuna delle parti di sciogliere il contratto è subordinato all'esistenza di motivi legittimi"*"⁴⁹¹.

Anche nella successiva seduta del 4 dicembre 1890 il senatore Renault confermava quanto espresso precedentemente circa lo scopo della legge di modifica dell'art. 1780 del codice. "*Abbiamo legiferato con la volontà di vedere nel nostro paese solo cittadini uguali, con il pensiero di non ammettere*

⁴⁹¹ *Journal officiel de la République française. Débats parlementaires. Sénat. Séance du 25 novembre 1890, pag. 1074.* "L'article 1780, après avoir rappelé le principe inscrit dans le code civil, ajoute cette disposition: "Néanmoins, la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages et intérêts". Que veulent dire ces mots: "peut donner lieu à des dommages et intérêts"? Ils ne peuvent avoir qu'une seule signification: c'est qu'il y aura lieu à dommages et intérêts, si la rupture du contrat voulue par une seule des parties contractantes n'est pas appuyée de motifs légitimes; car, en dehors de cette interprétation de la disposition ajoutée par le projet de loi à l'article 1780, il n'y en a pas d'autre que la raison puisse concevoir et que la conscience puisse supporter. C'est une innovation dont la portée est considérable: car dorénavant, dans la matière du louage d'ouvrage et d'industrie, le pouvoir de chacune des parties de rompre le contrat est subordonné à l'existence de motifs légitimes".

categorie di padroni e operai, con la preoccupazione di non ristabilire, nel mondo dei lavoratori, classi, corporazioni, privilegi legati a tale o talaltro impiego dell'attività e dell'energia individuale. Abbiamo deciso che, quando un contratto fosse stato concluso a tempo indeterminato, tale contratto non potesse essere rotto da nessuno, né dall'operaio contro il padrone, né dal padrone contro l'operaio, senza che dei motivi legittimi ne spiegassero la rottura, e che nel caso in cui questi motivi legittimi non fossero dimostrati sia dal padrone, sia dall'operaio, a seconda che il contratto fosse stato infranto per fatto dell'uno o per fatto dell'altro, il principio dei danni-interessi si imponesse alle decisioni del giudice. Ecco ciò che abbiamo detto”⁴⁹².

Applicata alla materia giuslavoristica, la novella del 27 dicembre 1890 introduce un significativo rafforzamento delle tutele a favore del prestatore di lavoro. Il licenziamento non sorretto da una giusta causa o da un giustificato motivo oggettivo deve ritenersi illegittimo ed espone il datore di lavoro all'obbligo del risarcimento del danno. La facoltà di recedere dal contratto deve essere esercitata esclusivamente sulla base di motivi plausibili e coerenti con quel criterio di socialità che il giudice è chiamato a verificare e ad applicare, alla stregua di una clausola generale, come regola di giudizio del caso concreto. Non è più ammissibile l'abuso dell'esercizio del diritto di recesso. Anche in questo caso, il concetto di abuso è utilizzato in modo improprio. Come emerge dalle sentenze della Corte di cassazione del 22 e del 28 luglio 1896, l'interpretazione del senatore Renault avrebbe trovato piena conferma anche da parte della giurisprudenza. Il caso riguardava il Sig. C., dipendente della *Compagnie des chemins de fer de l'Ouest*, accusato di furto durante l'orario di lavoro. Nel corso del

⁴⁹² *Journal officiel de la République française. Débats parlementaires. Sénat. Séance du 27 décembre 1890, pag. 1131. “Nous avons légiféré avec la volonté de ne voir dans notre pays que des citoyens égaux, avec la pensée de ne pas admettre de catégories de patrons et d'ouvriers, avec le souci de ne pas rétablir, dans le monde des travailleurs, des classes, des corporations, des privilèges se rattachant à tel ou tel emploi de l'activité et de l'énergie individuelle. Nous avons décidé que, lorsqu'un contrat aurait été conclu pour un temps indéterminé, ce contrat ne pourrait être rompu par personne, ni par l'ouvrier contre le patron, ni par le patron contre l'ouvrier, sans que des motifs légitimes expliquassent sa rupture, et qu'au cas où ces motifs légitimes ne seraient pas démontrés soit par le patron, soit par l'ouvrier, selon que le contrat aurait été brisé par le fait de l'un ou par le fait de l'autre, le principe des dommages-intérêts s'imposerait aux décisions du juge. Voilà ce que nous avons dit”.*

procedimento penale, ritenendo venuta meno la fiducia nel proprio dipendente, la società ferroviaria aveva deciso di esercitare il proprio diritto di recesso previsto dal secondo comma dell'art. 1780, licenziandolo. Il procedimento a carico del dipendente si era poi concluso con la sua piena assoluzione per non aver commesso il fatto. Il Sig. C. agiva quindi in giudizio, domandando il risarcimento del danno sulla base della nuova disciplina dell'art. 1780 co. 3 del *Code*, lamentando l'illegittimità del recesso in quanto non sorretto da valido motivo. Pur rigettando la domanda risarcitoria, ritenendo legittima e giustificata la scelta della compagnia di recedere dal contratto durante le more del procedimento penale, la Suprema Corte francese riaffermò il principio generale del divieto di abuso del diritto di recesso, sottolineando la necessità per il datore di lavoro di indicare sempre un valido motivo a sostegno della caducazione del contratto⁴⁹³.

La decisione, e più in generale la legge del 27 dicembre 1890, sarebbe stata aspramente criticata da Marcel Planiol. Secondo il professore di diritto dell'Università di Parigi, i redattori della legge — colpevoli di aver incrinato la coerenza sistematica dell'ordinamento privatistico — avrebbero sottovalutato la portata destabilizzante della riforma rispetto ai principi fondamentali del diritto francese⁴⁹⁴. Muovendo argomentazioni che ricordano

⁴⁹³ Cour de cassation, 22 e 28 juillet 1896, in *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle: ou Journal des audiences de la Cour de cassation et des Cours royales*, Tome I, M. Dalloz, 1897, pag. 401. “LA COUR; Sur le moyen unique tiré de la violation de l'art. 1780 c. civ. modifié par la loi du 27 déc. 1890, des art. 1382 et 1383 du même code et de l'art. 7 de la loi du 20 avr. 1810: Attendu que C., employé de la Compagnie de l'Ouest, a été condamné correctionnellement, le 29 juill. 1892, à six mois d'emprisonnement, pour vols de liquides commis à la gare de Dieppe; qu'à la suite de ce jugement, il a été, le 5 août, révoqué de ses fonctions; mais que, sur son appel, un arrêt infirmatif, du 4 novembre, a déclaré la prévention non établie à son égard; Attendu qu'en présence de la condamnation prononcée le 29 juillet, la Compagnie se trouvant autorisée sérieusement à douter de la probité de son employé, avait, le 5 août, un motif légitime pour résilier le contrat de louage de services, sans être légalement obligée d'attendre le résultat de l'appel interjeté; Qu'en agissant comme elle l'a fait, elle n'a donc pas abusé de son droit de résiliation; et qu'ainsi, la décision attaquée, régulièrement motivée d'ailleurs, a pu, sans violer aucun des textes visés par le pourvoi, repousser la demande d'indemnité formée par C.; Par ces motifs, rejette”.

⁴⁹⁴ M. PLANIOL, *Commento alla sentenza del 22 e 28 luglio 1896*, in *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle: ou Journal des audiences de la Cour de cassation et des Cours royales*, Tome I, M. Dalloz, 1897, pag. 401. “Ainsi, à en croire le rapporteur du Sénat, la loi de 1890, loin d'être une réforme, faite pour donner satisfaction aux ouvriers et employés, aurait été un refus

ancora una volta il commento di Scialoja alla sentenza della Cassazione fiorentina del 13 dicembre 1877, Planiol osserva come i magistrati francesi sarebbero stati chiamati a giudicare, in qualsiasi futura causa in materia di licenziamento, le ragioni alla base della decisione datoriale: per quale motivo è stato esercitato il recesso? Il recesso è retto da un motivo legittimo o vi è unicamente un intento emulativo a danno del lavoratore? La lacuna normativa lasciata dal nuovo comma, prosegue Planiol, avrebbe condotto ad esiti infausti per il sistema giuridico: ci sono parametri oggettivi sufficientemente precisi per poter compiere una valutazione di legittimità o dovrà essere il giudice a valutare, caso per caso, l'accettabilità sociale degli effetti derivanti della caducazione del contratto? Se il legislatore è inerte il giudice deve prendere il suo posto e farsi carico dell'obiettivo di moralizzare tutti i rapporti giuridici?⁴⁹⁵. Se da un lato il nuovo art. 1780 non contiene in modo esplicito un divieto di abuso del diritto di recesso, dall'altro la sua formulazione, così generica, permette al giudice, restando all'interno del perimetro del diritto positivo e quindi della legalità, di indagare i motivi che spingono il datore di lavoro a caducare il rapporto e apre potenzialmente la strada alla repressione dei motivi che appaiono immorali o antisociali all'interprete. Per garantire

formel de changer quoi que ce soit aux décisions de cette jurisprudence contre laquelle ils protestaient depuis longtemps. Si telle était réellement l'intention du législateur, il n'avait qu'une chose à faire: s'abstenir de voter le texte qu'on lui proposait. Mais, du moment où il le votait, il ne dépendait pas de lui d'empêcher la modification profonde que ce texte impliquait nécessairement par la combinaison de ses articles. Inscrire dans une loi que l'usage d'un droit par un particulier peut donner lieu à des dommages-intérêts, c'est dire que ce droit n'est pas absolu, et qu'il a des limites. Partout où il y a droit d'agir, il ne peut y avoir responsabilité des conséquences de l'acte. Qui parle de responsabilité et d'obligation d'indemniser, suppose nécessairement que l'on a fait ce qu'on n'avait pas le droit de faire. Aucun texte de loi ne peut détruire cette règle de raison”.

⁴⁹⁵ *Ivi*, pag. 401. “Lorsque nous avons soutenu dans ce recueil [...] que la loi du 27 déc. 1890, relative à la résiliation du louage de travail, avait apporté une modification grave aux principes de notre droit, nous n'avons guère rencontré que des contradicteurs. [...] Or comment cette situation peut-elle se réaliser, si le patron a le droit de renvoyer son employé à son gré, pour des motifs dont lui seul est juge? Jamais on ne fournira l'exemple, même théorique, d'une hypothèse où la responsabilité du patron se trouverait engagée, dans le système qui lui conserverait le droit absolu de résiliation dont il jouissait avant 1890. Cela est tout aussi impossible que dans les rapports entre propriétaires et locataires, qui n'ont pas le droit de se demander compte l'un à l'autre des motifs pour lesquels ils donnent congé, sous la seule condition d'user de ce droit aux époques fixées par l'usage ou par le contrat”.

maggiori tutele al prestatore di lavoro, il legislatore francese ha sacrificato il principio della certezza dei rapporti giuridici.

Il sistema giuridico francese non ha mai codificato in una disposizione positiva il principio dell'*abus des droits*. La sua affermazione, come emerge dalle decisioni appena richiamate, è invece il risultato di uno sviluppo autonomo operato dalla giurisprudenza, che ha progressivamente forgiato il concetto attraverso la propria attività interpretativa. Il *leading case* della Corte d'appello di Colmar del 1855 offrì ai tribunali il fondamento normativo per tale evoluzione che era stato individuato nel principio generale del *neminem laedere* sancito dall'articolo 1382 del *Code*⁴⁹⁶. Dal principio generale poteva essere tratta la regola del caso particolare. Come già avevano fatto le corti tedesche nel riconoscere cittadinanza all'interno dell'ordinamento civilistico dell'istituto dell'*exceptio doli*, appare evidente che la giurisprudenza francese si distanziò fortemente dall'astrattezza dottrinale e dal rigore dell'argomentazione giuridica, aspetti, questi ultimi, che avevano caratterizzato l'*école de l'exégèse*, per abbracciare un orientamento improntato al pragmatismo e all'equità⁴⁹⁷. Benché le sentenze continuassero formalmente a richiamare le disposizioni di legge, tale

⁴⁹⁶ RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale*, op. cit., pagg. 1217-1218. "In Francia la nozione di *abus des droits* non ha mai avuto come tale un preciso riconoscimento in una norma del diritto positivo. Essa è stata piuttosto sviluppata dalla prassi dei tribunali, la quale dal celebre *leading Case* della corte di appello di Colmar, ha trovato un canale di legittimazione testuale per tale sviluppo nella clausola generale del *neminem laedere*, di cui all'art. 1382 *code civil*".

⁴⁹⁷ P. ARMINJON, B.B. NOLDE, M. WOLFF, *Traité de droit comparé*, Tome I, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, Paris, 1950, pag. 216. "La Cour de cassation française a presque toujours employé cette méthode pragmatique; elle n'argumente pas et s'abstient de dissenter. Ses arrêts, sobrement motivés, bien que toujours très soigneusement préparés après avoir été précédés d'un rapport et de conclusions du ministère public, ne sont pas déduits de principes a priori, ils ne se fondent pas sur les théories qu'on trouve développées dans les traités ou dans les notes des recueils de jurisprudence. Ainsi que nous l'avons vu, ils se présentent comme l'application de textes légaux, alors qu'en réalité les magistrats qui les prononcent puisent leurs décisions à toutes les sources que nous avons énumérées en s'inspirant volontiers, pour résoudre les questions douteuses, de raisons de convenance et d'équité, avec la seule volonté de pourvoir aux nouvelles conditions de la vie. Après avoir longtemps reproché aux tribunaux leur méconnaissance des principes, les auteurs ont fini par se convertir au réalisme des magistrats. Ils n'ont sans doute pas renoncé aux théories et aux constructions, mais ils les utilisent surtout pour faire mieux comprendre les règles légales, les coordonner, mettre en lumière la liaison et l'interdépendance de celles d'entre elles qui se complètent et rendre leur application plus élégante et plus aisée".

riferimento rivestiva sovente una funzione puramente ornamentale, “*avec la seule volonté de pourvoir aux nouvelles conditions de la vie*”⁴⁹⁸. L’accertamento dei fatti di causa avrebbe dovuto condurre a una decisione del merito ispirata a criteri equitativi, mentre il ricorso alle disposizioni di legge avrebbe avuto la semplice funzione di attribuire una parvenza di legittimazione giuridica alla pronuncia. È come se dinnanzi ai mutamenti socioeconomici che stavano plasmando la nuova società dell’età moderna, i magistrati francesi, percependo che l’ordinamento non rispondesse più alla nuova realtà, al prezzo del principio di certezza dei rapporti giuridici e della coerenza generale dell’ordinamento, avessero voluto intervenire per porre rimedio all’inerzia o alla lentezza del legislatore.

⁴⁹⁸ *Ivi*, pag. 216.

3.2. Le critiche dottrinali e la teoria *oggettiva* dell'abuso del diritto di Raymond Saleilles e François Géný.

Come già accennato in precedenza, la maggior parte della dottrina francese tentò di arginare la proliferazione giurisprudenziale della teoria dell'abuso del diritto. Tra le varie critiche mosse dalla dottrina a questa teoria, è possibile distinguere diversi livelli di approfondimento e complessità argomentativa che i suoi detrattori hanno inteso raggiungere per contrastare l'idea di un controllo generalizzato dell'esercizio delle posizioni soggettive da parte del potere giudiziario. Tra le prime voci critiche emerse nel dibattito dottrinale, spiccano quelle di Marcel Planiol e George Ripert i quali, pur senza sviluppare un'analisi eccessivamente approfondita, concentrarono la loro attenzione — in un paragrafo dedicato all'interno del loro *Traité élémentaire de droit civil* — sul principio di non contraddizione che dovrebbe informare l'intero ordinamento giuridico⁴⁹⁹. Dal punto di vista formale come può un l'esercizio di un diritto configurare un abuso dello stesso? Poiché l'illecito consiste in un atto giuridicamente vietato, ne discende logicamente un corollario fondamentale: l'esercizio di un diritto riconosciuto dall'ordinamento esclude qualsiasi configurabilità di colpa, sia nell'ipotesi di un'azione positiva sia in quella di una condotta omissiva⁵⁰⁰. Ne consegue

⁴⁹⁹ Proprio su questo paradosso ha fatto leva la dottrina civilistica contemporanea nel contrastare l'idea di abuso del diritto. Sul punto si osserva nel dibattito dottrinale quelle che CAZZETTA, *Codice civile e indentità*, op. cit., pag. 215, aveva definito come le “continuità retoriche presenti in più di un secolo di dibattito”. Tra i molti, si veda, ad esempio, G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *Ragion pratica*, 24, il Mulino, 2005, pagg. 161-180 e ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, op. cit., pag. 156. “L'atto vale in una come esercizio di un diritto e anche come fatto illecito. Donde l'imbarazzante interrogativo: si può essere titolari di un diritto a compiere atti illeciti? Confesso che anch'io a tutta prima ho intuitivamente e frettolosamente rifiutato questo, che mi appariva come un paradossale ossimoro. Delle due l'una: o sono titolare di un diritto, e dunque non potrò che compiere atti leciti d'esercizio; oppure sono titolare di un divieto (per convertire in tal qualifica il *neminem laedere*), ed allora sarà concepibile un illecito, ma anche e perciò dovrà escludersi ogni diritto”.

⁵⁰⁰ PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, Deuxième édition, Tome II, Librairie Cotillon, F. Pichon, Successeur, Éditeur, Paris, 1902, pagg. 264-265. “Puisque la faute est un acte contraire au droit (illicite), il en résulte une conséquence importante: si j'ai le droit de faire un acte déterminé, je ne suis pas en faute pour l'avoir accompli; et si j'ai le droit de m'abstenir, je ne suis pas en faute pour l'avoir omis. Par suite, je ne dois rien à personne; quel que préjudice que mon action ou mon abstention ait causé à autrui”.

l'insussistenza di obblighi risarcitori verso terzi, indipendentemente dall'entità del pregiudizio che l'esercizio della posizione soggettiva abbia eventualmente materialmente cagionato⁵⁰¹. “*Mais il ne faut pas en être dupe: le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut pas y avoir “usage abusif” d'un droit quelconque, parce qu'un même acte ne peut pas être tout à la fois conforme et contraire au droit*”⁵⁰². A sostegno di tale ricostruzione vengono richiamati i principi di diritto romano che, nell'opinione dei due autori, conservano ancora validità⁵⁰³.

In opposizione a questo principio, prosegue Planiol, l'orientamento moderno di giuristi e legislatori avrebbe iniziato a qualificare come potenzialmente abusivo — e dunque illecito — l'esercizio di un diritto. La diffusa espressione “*esercizio abusivo del diritto*”, continua il professore dell'Università di Parigi, presuppone una nozione apparentemente chiara e definita, ma occorre evitare equivoci concettuali: il diritto cessa di esistere ove comincia l'abuso, rendendo logicamente incoerente la nozione di un “*esercizio abusivo*” di un diritto, poiché uno stesso atto non può essere simultaneamente lecito e illecito. Planiol osserva come all'origine di questa terminologia vi è la natura non assoluta della maggior parte delle situazioni giuridiche soggettive, caratterizzate da limiti intrinseci oltre i quali il titolare non può legittimamente agire. Sostiene, pertanto, che l'abuso non sussiste nell'esercizio del diritto, bensì nel suo superamento. La teoria contiene un nucleo di verità giuridica, sebbene la sua formulazione linguistica appaia concettualmente imperfetta. Il riferimento è ancora una volta la legge del 27

⁵⁰¹ *Ivi*, pag. 265.

⁵⁰² *Ibidem*.

⁵⁰³ *Ibidem*. “C'est un point que les jurisconsultes romains avaient affirmé avec la plus grande netteté: Gaius: “*Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur*” (Digeste, liv. L, lit. 17, fr. 55). Paul: “*Nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere jus non habet*” (Ibid., fr. 151). On en concluait notamment que celui qui bouche les fenêtres de son voisin en construisant sur son terrain ne s'expose en principe à aucune réclamation: “*Cum eo qui tollendo obscurat vicini aedes quibus non serviat, nulla est actio*” (Ulpien, Digeste, liv. VIII, tit. 2, fr. 9). Même solution à propos d'une source coupée par des travaux qu'un propriétaire fait faire dans son terrain (Digeste, liv. XXXIX, tit. 2, fr. 26). Ces exemples sont toujours vrais”.

dicembre 1890 che ha novellato la disciplina codicistica sul contratto di prestazione d'opera⁵⁰⁴.

Nonostante sia moralmente difficile opporsi a una delle argomentazioni principali⁵⁰⁵ sostenuta dai fautori della teoria dell'abuso del diritto — ossia che l'ordinamento non possa tollerare comportamenti maliziosi — è necessario, al contempo, assumersi la responsabilità di tutte le conseguenze derivanti da un sindacato giurisdizionale potenzialmente esteso a tutte le intenzioni soggiacenti all'esercizio di un diritto. Se si intende reprimere l'esercizio palesemente malizioso dei diritti, lo si faccia pure, ma senza eccessi. Quasi come riecheggiando Pollock⁵⁰⁶, Planiol mette in guardia dalla persecuzione sistematica delle condotte che vengono presumibilmente poste in essere con intenzione maliziosa. L'esistenza umana è per sua natura caratterizzata da un reciproco antagonismo⁵⁰⁷. La vita sociale si configura come un conflitto permanente e onnipresente. Ogni iniziativa umana, ogni attività produttiva rappresenta di per sé un atto di competizione economica o sociale; ogni individuo o nazione che raggiunge una posizione di preminenza in un qualsiasi settore delle proprie attività finisce inevitabilmente per soppiantare altri, eliminare i propri concorrenti e arrecare loro pregiudizio essendo questo un diritto insito nella natura competitiva dei rapporti umani⁵⁰⁸.

⁵⁰⁴ Ivi, pag. 265. “La législation antérieure à 1890 accordait à chacune des deux parties un droit absolu de résilier le contrat par sa seule volonté; la loi du 27 décembre 1890, complétant l'art. 1780 C. civ., est venue décider que des dommages et intérêts pourraient “néanmoins” être dus, sans dire dans quels cas ni pour quelle cause. A-t-elle restreint par là le droit de résiliation qui appartenait aux parties? N'est-il plus permis de se donner congé, entre patrons et salariés, que lorsqu'il existe un motif légitime? C'est une question qui sera examinée à sa place, à propos du louage de travail. Nous la signalons ici seulement pour montrer comment elle a donné occasion de dire que le patron qui renvoie son employé ou ouvrier sans motif fait un usage abusif de son droit de congé. En tout cas, il faut remarquer dès maintenant que s'il peut y avoir excès ou abus dans l'exercice de ce droit, c'est qu'il n'est plus absolu”.

⁵⁰⁵ ID, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, Onzième édition, Tome II, Librairie génPrake de droit & de Jurisprudence, Paris, 1931, pag. 314. “Il est pourtant impossible de tolérer que dans la société le titulaire d'un droit l'exerce sans aucun intérêt réel et uniquement pour nuire à autrui. On dit encore dans ce cas qu'il abuse de son droit. L'expression prend alors un sens très précis; elle signifie que l'intention qui anime le titulaire du droit suffit à rendre illicite un acte qui serait objectivement licite”.

⁵⁰⁶ V. *supra*, pagg. 31-32.

⁵⁰⁷ PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil, op. cit.*, pag. 314.

⁵⁰⁸ Planiol, pagg. 314-315. “Dans la plupart des cas, l'intention de nuire n'est pas prise en considération: ce n'est pas de cette intention que dépend le caractère licite

Questa costituisce la legge fondamentale della natura, dalla quale l'umanità non trae vantaggio a sottrarsi, poiché essa rappresenta l'unico vero motore del progresso collettivo⁵⁰⁹. Appare evidentemente irrealistico pretendere che chi consegue il successo attraverso il superamento degli altri possa essere obbligato a risarcire i concorrenti sconfitti⁵¹⁰.

L'analisi socioeconomica di Planiol, perfettamente coerente con il pensiero liberale, mantiene intatta la sua validità ancora oggi: potrebbe forse considerarsi maliziosa, e quindi illecita dal punto di vista giuridico, la decisione imprenditoriale di Ferruccio Lamborghini di avviare la produzione di automobili sportive in seguito a un'offesa personale ricevuta da Enzo Ferrari? Potrebbe integrarsi in questo banale esempio un esercizio abusivo del diritto della libera attività economica? Vi è inoltre spazio per un confronto con la nuova disciplina codicistica tedesca, considerata dal giurista la vera

ou illicite de l'acte. Cette proposition, qui peut sembler surprenante après tout ce qui a été écrit ou jugé sur l'abus des droits, résulte de maintes observations, principalement des trois suivantes: 1° Les actes lésifs résultant de la concurrence sociale ou économique sont permis par la loi, sans qu'il y ait à rechercher si le dommage a été voulu, car ce dommage causé à autrui est inévitable; il n'y a d'illicite que l'emploi de procédés violents, comme on en voit dans la plupart des grèves, ou frauduleux, comme les cas de concurrence déloyale entre commerçants. 2° Quand l'acte dommageable est réprimé au moyen de l'action en indemnité, l'intention de nuire est encore indifférente: s'il y a eu intention de nuire, on dit qu'il y a eu délit; si elle a fait défaut, on dit qu'il y a eu quasi-délit ou simple faute; mais les deux cas sont traités de même, et, voulu ou non, le dommage donne toujours lieu à la même réparation. 3° Il y a pourtant certains cas dans lesquels la jurisprudence admet qu'un acte peut devenir illicite, à raison de l'intention de l'auteur, quand le droit est exercé uniquement dans le but de nuire à autrui [...] C'est là le véritable domaine de l'abus des droits; mais on voit combien ce domaine est restreint. Quand on relève un tel abus, on supprime l'exercice d'un droit individuel à raison de l'immoralité de l'auteur de l'acte. On ne doit le faire qu'avec une extrême réserve et quand il ne peut y avoir aucun doute sur l'intention de l'auteur [...]"

⁵⁰⁹ *Ivi*, pag. 315.

⁵¹⁰ *Ivi*, pag. 314. "Notre responsabilité se trouve engagée par ces actes intentionnellement nocifs. Il appartient à la victime d'établir l'intention de l'auteur de l'acte: la preuve sera le plus souvent facilitée par ce fait que l'acte accompli ne présentera aucune utilité pour celui qui l'aura exécuté. La jurisprudence admet aujourd'hui d'une façon constante la responsabilité au cas d'abus des droits en entendant l'expression dans ce sens. L'idée est généreuse. Il ne faut pas en exagérer l'application. Les hommes passent leur vie à se nuire les uns aux autres; la vie des sociétés est une lutte perpétuelle et universelle; toute action, tout travail est un fait de concurrence économique ou sociale; tout homme, toute nation qui acquiert une supériorité dans une branche quelconque de son activité, en supprime d'autres, évince ses concurrents, leur nuit, et c'est son droit de leur nuire. Telle est la loi de la nature et l'humanité n'a pas d'intérêt à s'y soustraire, parce qu'elle est le seul stimulant de son énergie. Il est manifestement impossible d'obliger celui qui triomphe aux dépens d'autrui à indemniser ses concurrents malheureux

ragione della fortuna della teoria, al tempo stesso innovativa e antica nelle sue radici concettuali⁵¹¹. Planiol evidenzia come il § 226 del BGB stabilisca in termini generali che l'esercizio di un diritto non sia permesso qualora non possa perseguire altro scopo se non quello di cagionare danno ad altri. Se l'obiettivo del legislatore tedesco era quello di non erigere una barriera invalicabile tra morale e diritto attraverso la disciplina positiva codicistica, sembra averlo raggiunto. Tuttavia, nonostante la chiara formulazione normativa, Planiol prevede — dimostrando notevole lungimiranza — che la norma si sarebbe rivelata di difficile applicazione pratica. In particolare, per integrare la fattispecie dello *Schikaneverbot* sarebbe necessario accertare in sede giudiziale l'assoluta assenza di qualsiasi scopo ulteriore rispetto all'intenzione di nuocere, mentre basterebbe la mera percezione di un vantaggio — anche minimo — da parte del titolare per legittimare la condotta. Costretto a indagare le coscienze e a soppesare le motivazioni psicologiche sottostanti alla condotta, il giudice finirebbe per attribuire un peso eccessivo all'elemento intenzionale⁵¹².

Allo stesso modo, anche Adhémar Esmein tenta di limitare la deriva equitativa che intravede sempre maggiormente nella prassi giurisprudenziale⁵¹³. Deve respingersi l'idea di ricondurre una condotta sorretta da intento emulatorio all'illecito aquiliano così come configurato dal

⁵¹¹ *Ivi*, pag. 318.

⁵¹² *Ibidem*. “Dans son art. 226, le Code civil allemand dit en termes généraux: “L'exercice d'un droit n'est pas permis lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer à autrui un dommage”. Cet article est la généralisation d'une disposition particulière, qui avait été introduite par le Bundesrat dans le troisième projet (art. 887) et qui concernait uniquement l'exercice du droit de propriété. On a étendu la règle à tous les droits; l'intention de nuire étant nécessairement illicite par elle-même, rend illicite l'usage d'un droit quelconque, quand elle en devient le but. Cette règle, satisfaisante à première vue par sa tendance morale, est d'une application difficile. En effet, pour que l'usage du droit soit condamnable comme antisocial, il faut qu'il n'ait aucun autre but que la réalisation d'un dommage pour autrui; dès que l'auteur de l'acte peut en percevoir lui-même un profit personnel, sa conduite devient licite, sans quoi tout usage d'un droit quelconque serait impossible: le commerce, la concurrence vitale, le progrès social, le développement de l'énergie humaine sont à ce prix. Le juge est obligé de scruter les consciences, de connaître et de peser les motifs; le côté psychologique devient dominant. Il est à craindre que la législation civile n'entreprenne là une œuvre au-dessus de ses forces. Les craintes qu'on a déjà manifestées sur la valeur d'un pareil critérium pour déterminer l'abus du droit paraissent pleinement justifiées”.

⁵¹³ ESMEIN, *op. cit.*, pag. 21.

Code civil. La fattispecie colposa prevista dall'articolo 1382, invero, non può che configurarsi attraverso un atto giuridicamente illecito. Pertanto, l'esercizio di un diritto entro i confini tracciati dall'ordinamento non può assumere carattere di illiceità, indipendentemente dalle intenzioni soggettive dell'agente. Qualora si intendesse perseguire la mera intenzione maliziosa, affermando la risarcibilità di un diritto esercitato con *animus nocendi* seppur nel rigoroso rispetto formale della norma, si opererebbe — ad avviso di Esmein — una pericolosa sovrapposizione della colpa morale alla colpa giuridica, trasformando inevitabilmente i giudici in censori delle coscienze piuttosto che interpreti della legge⁵¹⁴. Gli esempi di questa possibile degenerazione che sta minando il principio della certezza dei rapporti giuridici sono talmente evidenti che appaiono quasi banali. Il proprietario di un fondo non gravato da servitù o da qualsiasi altro diritto reale di godimento potrà essere chiamato a rispondere del danno cagionato al vicino per aver semplicemente eretto un muro? Si ipotizzi il caso di un commerciante che apra un'attività nella stessa strada di un concorrente, esercitando lo stesso genere di commercio senza ricorrere a pratiche sleali, ma esclusivamente con l'intenzione premeditata di danneggiare l'impresa rivale. In tali circostanze, sussisterebbe l'obbligo di risarcire i danni?⁵¹⁵ Originale si dimostra la critica avanzata da Ernest Porcherot nella sua tesi di dottorato pubblicata a Dijon nel 1901, intitolata *De l'abus de droit*. Pur riconoscendo l'affermazione in sede giurisprudenziale della teoria dell'abuso del diritto come tappa significativa nell'evoluzione del pensiero giuridico francese⁵¹⁶, e non mostrandosi

⁵¹⁴ *Ivi*, pag. 21. “La faute prévue par l’art. 1382 ne peut être qu’un acte illicite, et l’exercice d’un droit, dans les limites que la loi lui a tracées, ne saurait être illicite, quelle que soit l’intention de celui qui l’exerce. En entrant ainsi dans la recherche des intentions, en professant qu’un droit malicieusement exercé, quoique sans aucune manœuvre dolosive, peut donner lieu à des dommages-intérêts, on substitue, nous le craignons, la faute morale à la faute juridique, et on transforme nos juges en censeurs”.

⁵¹⁵ *Ibidem*. “Un propriétaire, dont le fonds n’est grevé d’aucune servitude, élève un mur ou plante des arbres à la limite de son terrain dans le seul but (on pourrait le démontrer) de gêner ou d’arrêter la vue de son voisin; pourra-t-il être condamné à des dommages-intérêts? Un commerçant vient s’établir et ouvrir boutique dans une rue à côté d’un autre, qui fait le même commerce, sans aucune concurrence déloyale, mais uniquement (on pourrait l’établir) dans le but de ruiner le négoce de celui-ci; devra-t-il des dommages-intérêts? Les exemples qu’on cite en sens contraire, pour appuyer la thèse, paraissent mal interprétés”.

⁵¹⁶ E. PORCHEROT, *De l’abus de droit, thèse pour le doctorat (sciences juridiques)*, L. Venot, Dijon, 1901, pag. 157.

personalmente contrario alla teoria, Porcherot ne sottolinea una contraddizione di carattere sistematico⁵¹⁷. Se infatti l'idea di abuso del diritto assume il ruolo di correttivo dei comportamenti contrari alla morale e, per questo, antisociali, come si concilia questa funzione con la crescente tendenza all'oggettivazione del discorso sulla responsabilità civile? Prendendo commiato dal modello penalistico incentrato sull'elemento soggettivo, la responsabilità civile ha progressivamente posto al centro della propria riflessione il concetto di rischio⁵¹⁸. Proprio da questa premessa prende le mosse la critica sistematica di Porcherot: la nuova teoria dell'abuso, contraddicendo questa tendenza, torna a valorizzare l'elemento soggettivo – l'intenzione sottesa all'esercizio del diritto - e spinge il giudice a compiere difficili e delicate indagini sulle motivazioni che albergano unicamente nel foro interno del soggetto agente. Delle due l'una, si deve necessariamente scegliere tra le due tendenze che cercano di spiegare la responsabilità civile: quella oggettiva, incentrata sul rischio, o quella soggettiva, costruita ancora sull'elemento della colpa. Chi dovesse optare per la concezione oggettiva, prosegue Porcherot, non potrebbe che schierarsi contro la nozione di abuso del diritto così come delineata dalla giurisprudenza prevalente⁵¹⁹. La nozione

⁵¹⁷ *Ivi*, pag. 216.

⁵¹⁸ *Ibidem*.

⁵¹⁹ *Ibidem*. La replica all'obiezione di Porcherot non si sarebbe fatta attendere da parte di JOSSERAND, *De l'abus des droits*, *op. cit.*, pagg. 87-88. "Nous nions formellement l'exactitude de cette déduction; autant que personne, nous sommes acquis à l'idée d'une responsabilité objective et cependant nous n'en sommes aucunement gênés pour accueillir la théorie que nous avons tenté de préciser dans cette étude, car nous estimons que nulle contrariété n'existe entre les deux notions du risque et de l'abus: chacune d'elles a son domaine qui lui reste propre. Lorsqu'un individu cause un préjudice anormal à autrui, il faut rechercher dans quelles conditions ce préjudice fut déterminé et, tout d'abord, s'il n'y a pas eu déviation, détournement, soit d'un droit nommé, soit de la liberté: au cas d'affirmative, on est en présence d'un acte abusif, donc générateur d'une responsabilité qui se trouve ainsi subjectivement déterminée. Sinon, puisque le droit a été exercé dans la direction normale, conformément à l'esprit de l'institution, le juge est bien amené à chercher ailleurs la solution du problème: du moment que le critérium subjectif ne donne pas de résultat, c'est au critérium objectif qu'il faudra, de toute nécessité, s'en référer; car, le dommage causé doit incomber à quelqu'un, et tout ce que disent les partisans de la thèse objective, c'est qu'il vaut mieux le faire supporter à celui qui l'a déterminé, fût-ce non intentionnellement, qu'à celui qui en a passivement subi le premier choc, — à celui qui en a été l'éditeur et qui doit donc rester son propre assureur, qu'à celui qui y est demeuré moralement étranger. Et nous touchons ici à ce qui constitue le point de contact des deux notions, à l'indice qui accuse la parenté des deux théories prétendument contradictoires: c'est qu'elles sont l'une et l'autre

di abuso del diritto così costruita, incentrata sul movente, sull'elemento soggettivo e dunque sullo stato d'animo dell'agente, recepita anche dal codice tedesco non convince nemmeno Raymond Saleilles⁵²⁰. Nella seconda edizione pubblicata nel 1901 del volume *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, ad un anno dall'entrata in vigore del BGB, il giurista borgognone riconosce grande merito a quella parte della dottrina tedesca che si oppone alla concezione assolutistica del diritto di proprietà e, conseguentemente, di tutte le posizioni soggettive riconosciute dall'ordinamento⁵²¹.

des théories à base de volonté. En fin de compte elles font également endosser la responsabilité à celui qui a émis et exécuté une certaine volition: la seule différence consiste en ceci, que l'une prend en considération la volonté de causer le dommage, au lieu que l'autre, subsidiaire à celle-là, s'en tient à la volonté d'accomplir un acte constitutif de risques, nous dirions volontiers à la volonté objective; ici, nous voyons affirmer la responsabilité d'un individu parce qu'il a voulu faire servir son droit à une destination irrégulière, antisociale; là, nous voyons se réaliser cette même responsabilité, parce que, dans l'exercice normal de son droit, il a procédé à tel acte constitutif d'un risque aujourd'hui réalisé".

⁵²⁰ R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, Troisième Édition, Libraire Générale de Droit & de Jurisprudence, 1914, pagg. 370-374 in nota. La prima edizione dell'opera risale al 1889. Sulla figura di Saleilles si veda la riflessione compiuta da SOLIMANO, *op. cit.*, pag. 326. "Il secolo volge al termine. E si tratta di un momento ricco di fermenti nuovi, con particolare evidenza in Francia. In questo torno di tempo compare sulla scena della civilistica un giurista dalle antenne sensibili, il borgognone Raymond Saleilles (1855-1912). Insofferente per il canone didattico professato nell'*Université*, e per il deciso francocentrismo della cultura giuridica del suo paese, egli si è aperto alla *Rechtswissenschaft* con un certo coraggio, se solo rammentiamo quanto è stato l'impatto anche emotivo e psicologico della disfatta di Sedan. [...] La scoperta della dimensione storica del diritto (si entusiasma per la figura del pretore romano, colto nella sua attività di adeguamento dello ius civile), l'attenzione al problema della socializzazione del diritto privato [...], la dimensione con il pensiero costruttivistico pandettista [...], contribuiscono insieme a forgiare il suo modo di essere civilista. Una siffatta mentalità composita conduce inevitabilmente Saleilles a concepire il codice come uno strumento flessibile. *Avec les textes, au dessus des textes et par delà les textes* (con i testi, al di sopra dei testi e al di là dei testi), ecco la sua felice e fortunata espressione". Sul punto, si veda anche M. SABBIONETI, *Democrazia sociale e diritto privato. La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, Giuffrè, Milano, 2011, pag. 286.

⁵²¹ SALEILLES, *Étude sur la théorie générale*, *op. cit.*, pag. 370 in nota. "Tous les différents projets, jusqu'à la discussion devant le Bundesrath, étaient partis de ces deux idées, considérées comme incontestées: la première que, sans doute, les droits subjectifs n'étaient jamais, en soi, et ne pouvaient pas être, dans un état social civilisé, des droits absolus au sens technique du mot, puisqu'ils ne pouvaient être reconnus et exercés que dans la mesure où ils n'étaient pas en contradiction avec les fins organiques de la société; et la seconde que, cependant, cette appréciation, purement contingente et concrète, de la finalité sociale de l'exercice des droits ne

Spetta al *Bundesrat*, prosegue Saleilles, il merito di aver finalmente opposto, a tutte queste teorie individualiste, una concezione veramente sociale del diritto soggettivo, nel redigere il § 887 relativo al contenuto del diritto di proprietà⁵²².

Superando le resistenze delle commissioni tecniche, il *Bundesrat* aveva deciso di richiamare nella definizione del più importante dei diritti reali la tradizione giuridica prussiana contenuta nell'ALR (*supra*), sancendo chiaramente all'interno di un testo normativo moderno il principio secondo cui qualsiasi esercizio del diritto di proprietà realizzato con la sola intenzione di nuocere ad altri dovesse considerarsi illecito⁵²³. Persuasi dell'opportunità di elevare a principio generale il contenuto del § 887, rendendolo applicabile all'intero ordinamento, si giunse alla codificazione del § 226. Contestualmente, il § 810 — corrispondente al § 705 del primo progetto — assunse la veste definitiva di § 826, stabilendo che: “*chiunque, con un fatto contrario al buon costume, cagiona intenzionalmente un danno ad altri, è tenuto al risarcimento del pregiudizio arrecato*”⁵²⁴. Saleilles cerca di spiegare il rapporto tra queste due norme contenute nel BGB. Scrivendo appena un anno dopo l'entrata in vigore del codice non può avere contezza dell'interpretazione che i magistrati tedeschi potranno dare alle due disposizioni. Contenendo un riferimento al concetto dei “*guten Sitten*”, buon costume, sarà in grado il § 826, si domanda il professore di Dijon, di

pouvait pas tomber sous l'application de l'ordre juridique; qu'il ne pouvait être question que d'une limite laissée à l'appréciation de la conscience individuelle, ou collective: cette dernière étant juge de l'autre, et le seul juge que l'on pût lui imposer. Il en résultait que, en fait, on en revenait à l'idée de l'absolu du droit subjectif; ce que l'on traduisait par l'adage courant: Qui use de son droit n'en abuse jamais; il n'y a pas d'abus de droit dans la sphère d'application d'un droit subjectif”

⁵²² *Ivi*, pag. 370 in nota. “C'est au Bundesrath que revient l'honneur d'avoir enfin posé, à l'encontre de toutes ces théories individualistes, la conception vraiment sociale du droit subjectif, en écrivant dans l'art. 887 P1, relatif au contenu du droit de propriété, ce grand principe qui, pour la première fois, ou l'une des premières tout au moins, allait être consacré dans une législation moderne, que tout exercice du droit de propriété qui ne serait réalisé que dans le but de nuire à autrui est illicite”.

⁵²³ *Ibidem*.

⁵²⁴ *Ibidem*.

valorizzare un'interpretazione dell'abuso del diritto che si affranchi dall'accertamento esclusivo dell'elemento soggettivo della condotta?⁵²⁵

Se si può muovere una critica alla teoria dell'abuso del diritto così come recepita in Germania con il § 226, sostiene Saleilles, è proprio la valorizzazione eccessiva dell'elemento soggettivo; l'*animus nocendi* che muove la condotta del titolare⁵²⁶. Chi sarebbe così stupido, prosegue il giurista della Borgogna, a confessare dinnanzi ad un giudice che l'unica ragione che lo ha spinto ad esercitare un diritto è stata l'intenzione di nuocere ad un altro? Bisogna quindi attenersi alla formulazione puramente soggettiva dello *Schikaneverbot* e concepire la questione unicamente dal punto di vista psicologico? Sarebbe illecito solo l'esercizio di un diritto non avente altro scopo che nuocere ad altri, senza alcuna altra utilità personale per il titolare del diritto? Nulla è più pericoloso – o, quantomeno, più inefficace – del demandare esclusivamente all'indagine psicologica individuale il compito di definire il criterio dell'abuso del diritto. Sarà sempre possibile addurre un ulteriore interesse personale, per quanto pretestuoso⁵²⁷. Considerazione,

⁵²⁵ *Ivi*, pag. 370 in nota. “Il est vrai, [...], que le rapport entre les deux dispositions (art. 226 et art. 826) peut être assez difficile à déterminer. On peut se demander laquelle des deux doit servir de critérium à l'autre. Est-ce l'art. 826 qui doit servir à définir l'abus de droit, en faisant prédominer la matérialité du fait sur le point de vue subjectif?”

⁵²⁶ *ID*, *Les accidents de travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Rousseau, Paris, 1897, p. 75. Il superamento del criterio di imputazione soggettivo rappresentato dalla colpa nell'ambito della responsabilità civile è un tema che ricorre sovente nelle opere di Raymond Saleilles. “La théorie objective est une théorie sociale qui considère l'homme comme faisant partie d'une collectivité et qui le traite comme une activité aux prises avec les individualités qui l'entourent. Je ne sais rien de plus faux et parfois d'humiliant comme cette idée de faute mise en avant pour les moindres actes de notre activité et les moindres manifestations de notre liberté. On qualifie d'imprudence ce qui est le fait ordinaire de tous ceux qui agissent; le malheur qui a fait qu'un accident est survenu devient une faute et un délit. En réalité, neuf fois sur dix, ceux qui parlent de faute, et les magistrats les premiers, savent que tout le monde en aurait fait autant; seulement les autres auraient eu la chance de ne faire de mal à personne. C'est une question de hasard et non une question de faute. S'il en est ainsi, appelons donc les choses par leur nom. Laissons cette idée de faute de côté, et disons, tout simplement, ce qui sera plus équitable au point de vue social, et plus conforme à l'idée même de la dignité individuelle, que chacun en agissant court des risques, et que là où un malheur arrive par suite d'un fait volontaire et libre, l'auteur du fait paiera les risques: c'est le prix de la liberté, et c'est également la formule, j'ai essayé de le démontrer, de l'article 1382”.

⁵²⁷ *ID*, *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, *op. cit.*, pag. 371 in nota. “Rien n'est plus dangereux, en effet, ou sinon rien n'est plus inutile, que de vouloir s'en

quest'ultima, che si sarebbe rivelata un vaticinio corretto, come avrebbero presto dimostrato le successive applicazioni del principio del divieto di atti emulativi da parte dei tribunali tedeschi⁵²⁸.

È a questo punto che Raymond Saleilles suggerisce una nuova nozione di *abus de droit*. Una nozione che potremmo definire come *oggettiva* per segnare l'alterità di presupposti rispetto a quella tradizionale, *soggettiva*, dell'abuso del diritto. La formula più appropriata consisterebbe, invero, nell'identificare l'abuso nell'esercizio *anomalo*, *anormale*, di un diritto soggettivo, ossia quando tale esercizio risulti contrario alla sua destinazione economica o sociale e sia riprovato dalla coscienza collettiva, eccedendo così i limiti del suo contenuto giuridico. Questa prospettiva poggia sul presupposto che nessun diritto – neppure quello di proprietà – possiede carattere assoluto nell'ordinamento sociale, essendo tutti i diritti fondamentalmente relativi. Per quale ragione, del resto, la proprietà dovrebbe considerarsi più assoluta della libertà personale? Saleilles critica, in primo luogo, l'orientamento giurisprudenziale che sul punto si è ormai consolidato. I giudici, in mancanza di qualsivoglia appiglio normativo, hanno ricondotto la teoria dell'esercizio abusivo del diritto di proprietà, prima, e degli altri diritti poi all'ambito dell'art. 1382 del *Code*.

“Tel est l'abuse de droit, théorie née et construite sur le terrain de l'art. 1382; mais qui en déborde singulièrement les cadres, et par son principe et par sa sanction; théorie d'ailleurs dont nous trouvons toutes les caractéristiques en germe dans la confusion des arrêts qui cherchent à tracer les limites du droit de propriété. Les uns font la délimitation des actes rentrant dans la propriété et de ceux qui n'y rentrent pas; ils ne visent que la question du contenu du droit. Mais les autres, s'agissant d'actes licites en soi et parfaitement constitutifs

remettre uniquement à la psychologie individuelle du soin de fournir le critérium de l'abus de droit; il n'est personne qui ait, en pareil cas, l'ingéniosité d'avouer qu'il n'avait d'autre but que de nuire à autrui. Il sera toujours facile d'alléguer un intérêt individuel”.

⁵²⁸ *Ivi*, pag. 371 in nota. “Sur ce point encore, on constate la contradiction perpétuelle du système allemand, entre le maintien de son système de responsabilité subjective et les tentatives infructueuses faites pour fixer certaines catégories légales, destinées à limiter la matérialité du délit civil. Rien n'est plus dangereux, en effet, ou sinon rien n'est plus inutile, que de vouloir s'en remettre uniquement à la psychologie individuelle du soin de fournir le critérium de l'abus de droit; il n'est personne qui ait, en pareil cas, l'ingéniosité d'avouer qu'il n'avait d'autre but que de nuire à autrui. Il sera toujours facile d'alléguer un intérêt individuel. Et, alors, si l'on permet aux tribunaux de se faire juges de cet intérêt, on en revient au critérium objectif de l'art. 826, l'atteinte aux bonnes mœurs”.

du droit, les frappent à raison de leur but et de l'intention malicieuse qui a présidé à leur réalisation: c'est une application de l'abuse de droit"⁵²⁹.

Ma il danno prodotto da un comportamento socialmente riprovevole non richiede necessariamente un elemento intenzionale per configurare l'illecito⁵³⁰. Il carattere abusivo, inammissibile, dell'esercizio del diritto si desume infatti dal suo profilo oggettivo – la contrarietà ai costumi – piuttosto che dalla finalità, propria del foro interno di ognuno, perseguita dall'agente⁵³¹. Benché un atto pregiudizievole compiuto con il solo scopo di nuocere sia di per sé contrario all'ordine sociale, la medesima antigiuridicità può realizzarsi anche attraverso un mero esercizio anomalo del diritto⁵³². Ma cosa deve intendersi per esercizio anomalo? Cosa deve valutare l'interprete? Sul punto sembra più chiaro François Geny che nel 1898 pubblica la prima edizione del *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* che si pone l'arduo obiettivo di ricostruire il rapporto tra legge e diritto⁵³³. Opera di straordinaria compattezza e coerenza sistematica, frutto di un disegno

⁵²⁹ SALEILLES, *De l'abus de droit, Rapport présenté à la première sous-commission de la Commission de revision du Code civil*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, Vol. IV, Arthur Rousseau Editeur, Paris, 1905, pag. 335. "Mais à côté de ces deux premières branches de la classification entre lesquelles doivent se répartir les solutions tout à fait confuses, et presque chaotiques, de la jurisprudence sur l'art. 1382, nous pouvons signaler une autre tendance, bien autrement caractéristique encore, celle qui, avec notre état social moderne, va grandir peu à peu et s'emparer de plus en plus de la scène juridique".

⁵³⁰ *Ivi*, pag. 334. "Lorque nous avons délimité le contenu d'un droit, celui du droit de propriété par exemple, toutes les facultés qui sont en deçà, c'est-à-dire celles qui se trouvent comprises dans le contenu du droit, sont toujours en elle-mêmes et par elle-même des actes licites, à les prendre dans leur matérialité, et il n'y a à tenir compte, en ce qui concerne les faits extérieurs et matériels qui les caractérisent, ni du but ut auxquels ils doivent servir, ni des résultats qu'ils sont appelés à réaliser".

⁵³¹ ID, *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, *op. cit.*, pag. 372 in nota. "C'est dans un système de ce genre qu'il faut forcément matérialiser le délit civil et le caractériser par sa discordance avec les mœurs: c'est un fait antisocial. Or un fait antisocial ne peut jamais être un fait licite. Ou encore, comme je l'ai déjà dit quelque part, il y a tout au moins un fait de risques, un fait qui, par lui-même et par sa nature, emporte et implique des risques. Dès lors, qu'importe le but ou l'intention de l'auteur du fait?".

⁵³² ID, *De l'abus de droit, Rapport présenté*, *op. cit.*, pag. 334. "C'est pour eux, et en ce qui les concerne, qu'il est parfaitement exact d'affirmer, en principe tout au moins, qu'il ne peut être question d'une recherche d'intention, et encore moins d'une enquête à poursuivre relativement au but que l'on avait en vue et à l'intérêt, moral ou économique, auquel il s'agissait de donner satisfaction".

⁵³³ Circa il complicato rapporto tra diritto e legge e della loro non perfetta e difficile sovrapposizione si rimanda a GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Editori Laterza, Urbino, 2017, pagg. 4-5.

scientifico concepito e delineato dall'autore sin dagli anni giovanili⁵³⁴, la produzione di François Géný è considerata da Grossi un autentico *spartiacque* tra due secoli⁵³⁵. Essa si dimostra capace non solo di raccogliere “i germi di novità che la riflessione giuridica francese aveva fatto emergere nell'ultimo decennio” dell'Ottocento, ma anche di svilupparli in “un ampio disegno organico”, conferendo loro “un volto, una dignità, una forza culturale” tale da potersi configurare come un “breviario per il giurista del Novecento”⁵³⁶. Centrale nell'opera geniana è l'esigenza di scientificità del diritto, in particolare del diritto privato, che la spinge alla ricerca costante di un metodo interpretativo in grado di garantire tale statuto epistemico⁵³⁷. Pur privo di qualsiasi sentimento di disprezzo per il passato, il giurista di Nancy volge lo sguardo al futuro, animato dall'intento di ricostruire l'ordinamento poggiandolo, questa volta, su fondamenta più solide⁵³⁸. L'assunto elementare e fondante del suo pensiero è che il diritto costituisce un'espressione della

⁵³⁴ ID, *Pagina introduttiva*, op. cit., pag. 6. “Personaggio d'un sol libro, perché personaggio dalla straordinaria compattezza e coerenza. Géný vive infatti il privilegio di avere ordito e definito un proprio progetto scientifico e culturale fin dagli anni della giovinezza, di averlo costruito con profonde radici nella propria coscienza morale, e di avervi perciò mantenuto saldamente fedeltà per tutto il lungo itinerario successivo”. Si veda anche, N. BOBBIO, *François Géný: una prefazione*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, 20, 1991, pagg. 181-187.

⁵³⁵ GROSSI, *Pagina introduttiva*, op. cit., pag. 7.

⁵³⁶ *Ibidem*.

⁵³⁷ *Ibidem*. “I problemi che lo dominano e lo tormentano sono la scientificità del diritto (soprattutto del diritto privato) e, quindi, ben al centro delle attenzioni, la ricerca di un metodo che salvaguardi interamente quella scientificità; poi, consequenziali e compenetrati ai primi, il problema delle fonti del diritto privato e della vita delle fonti nel tempo e nello spazio, cioè della loro applicazione/interpretazione”. Sul punto, è interessante l'approfondimento compiuto da C. ATIAS, *L'essai d'epistemologie juridique de François Géný: un chapitre oublié de “science et technique”*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, 20, 1991, pagg. 82-83. “Cette épistémologie n'est ni entièrement originale, ni totalement inféodée à l'épistémologie générale. François Géný est convaincu de la spécificité du droit et de “sa procédure intellectuelle d'investigation, qui s'adapte, comme de soi, à la matière qu'elle met en oeuvre”. Ce n'est pourtant pas une raison pour supposer que les moyens appliqués à la connaissance du droit sont nécessairement étrangers à ceux qu'emploient les mathématiciens, les physiciens, les biologistes ou les historiens. Au résultat, la position de François Géný est prudence et nuance; respectueux des travaux des autres et de leurs domaines d'origine. “Si l'épistémologie des sciences mathématiques et physiques sert de modèle (aux théoriciens de droit) pour diriger leur travail, ils se garderont d'en conclure, *a priori*, une analogie décisive entre les conclusions de l'une et de l'autre critiques””.

⁵³⁸ GROSSI, *Pagina introduttiva*, op. cit., pag. 7.

vita stessa⁵³⁹. Per non degradarsi in mera “*violenza legale*”, esso deve farsi “*specchio fedele*” della natura dell’uomo come animale sociale e della natura più intima della società⁵⁴⁰. Dotato di una spiccata sensibilità, l’autore sa mettere a nudo le ansie e le insoddisfazioni che percorrono la collettività nella *fin de siècle*. Il giurista di Nancy descrive una realtà strabocchevole e intricata, resa ancor più complessa dal moltiplicarsi delle relazioni umane e sconvolta dal progresso tecnologico, dalle innovazioni economiche e dai conflitti sociali: forze che la spingono in un vorticoso e incessante mutamento⁵⁴¹. Géný avverte con lungimiranza il pericolo di un rischioso iato tra un assetto sociale “*complicato e mobilissimo*” e un diritto “*ridotto a cortecchia secca e separata*”, divenuto ormai “*forma inutile perché inadatta a rivestire la realtà sottostante*”⁵⁴². Il discorso pronunciato l’8 novembre del 1900 all’Università di Digione intitolato *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle* risulta in tal senso paradigmatico⁵⁴³.

⁵³⁹ *Ivi*, pag. 16. “Il singolare, nella locuzione trascritta, è che si parla di una sincerità naturale della vita giuridica, dove la forzata trasposizione di un carattere squisitamente umano a segno distintivo di una realtà non sensibile come il diritto è l’efficace strumento retorico per sottolineare la convinzione elementare e fondante di Géný che il diritto è espressione della vita e che la manifestazione giuridica — lungi dall’essere forzatura o artificio — è di essa una sua dimensione connaturale e perciò congeniale e perciò particolarmente espressiva; il diritto, se è diritto e non violenza legale, non può non essere specchio sincero, cioè particolarmente fedele, della natura dell’uomo come animale sociale e della natura più intima della società”.

⁵⁴⁰ *Ivi*, pag. 16.

⁵⁴¹ *Ibidem*. “Per il giurista di fine secolo qui si scrive la dignità della propria scienza, ma qui comincia anche per chi guardi attento alla società nella sua globalità insoddisfazioni e preoccupazioni. Il sociale è colto da Géný, così come doveva apparire a un osservatore non superficiale, allo scorcio dell’Ottocento, nella sua complessità e nella sua mutevolezza; una realtà strabocchevole percorsa e complicata da relazioni sempre maggiormente proliferanti, una realtà — per giunta — che conquiste tecnologiche, nuove frontiere economiche, incisive lotte sociali immettevano in un divenire incessante”.

⁵⁴² *Ivi*, pag. 18.

⁵⁴³ F. GÉNY, *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle*, in *Revue internationale de l’enseignement*, Tome 41, Chevalier-Maresco Editeurs, Paris, 1901, pagg. 16-17. “Cette tendance a atteint son point extrême d’acuité à certains moments de l’histoire, où la souveraineté législative a prétendu dominer la vie même. Abusant de la délégation du peuple, se tenant pour chargé de sceller d’un coup le contrat social, le législateur a cru parfois pouvoir fixer en un instant tout l’ensemble de l’organisation juridique. C’est dans un semblable esprit, aggravé chez nous par le vertige des idées abstraites, qu’ont été, sinon promulgués, du moins conçus et préparés, les codes français modernes. Ainsi s’est peu à peu fait jour et insensiblement, mais très-fermement, constituée une doctrine, issue des plus hautes sphères de la Souveraineté, acceptée par les juristes qui ont pensé y trouver un moyen

La perfetta coincidenza tra legge e diritto viene bollata come un'illusione fideistica e antiscientifica, smentita dall'osservazione empirica della realtà sociale. “*Au fond, le jurisconsulte ne peut longtemps rester sous le mirage vulgaire et croire de bonne foi que la loi écrite arrive à couvrir exactement le contenu de la vie sociale, dont il doit, lui, dégager le règlement total*”⁵⁴⁴. All'epoca in cui egli scrive, prevale infatti nella dottrina una visione estremamente riduttiva del fenomeno giuridico, a cui corrisponde un altrettanto angusta concezione del compito del giurista, recluso nel ruolo passivo di esegeta, mero esecutore di sillogismi giuridici⁵⁴⁵. Géný condanna fermamente quelli che appaiono come i due “*simplicismi*” del suo tempo: sul piano filosofico, il giusnaturalismo⁵⁴⁶, colpevole di un'eccessiva fiducia nella capacità della ragione di comprendere l'essenza della realtà e di dettare regole universalmente valide; sul piano giuridico, l'identificazione del legislatore come unico “*lettore-interprete-codificatore*” delle regole della realtà e il

précieux d'assurer au Droit la certitude désirable, recueillie par la masse du peuple se croyant volontiers émancipée sous la puissance impersonnelle des textes; doctrine suivant laquelle les lois, codes ou autres règlements écrits — œuvre des hommes et destinée aux hommes — gouvernent toute l'organisation pratique et vivante de la Société; non-seulement régnent en fait par la vertu de leur puissance acquise, mais expriment, en droit même, la mesure de la contrainte rigoureusement fixée; peuvent seuls diriger les actions des hommes dans l'ordre extérieur, seuls aussi doivent inspirer les décisions de l'administrateur, les conseils du praticien, les sentences du juge, comme ils guident la conscience de l'interprète désintéressé du Droit; bref, contiennent, nécessairement et par essence, l'ordonnance complète, entière, suffisante à tout, des relations humaines, au sein de la vie nationale”.

⁵⁴⁴ *Ivi*, pag. 19-20. “Outefois, sous la prudente hésitation et l'adroite réserve de cette formule optimiste, on sent que la conviction du savant ne se laissait pas entièrement duper par la candeur de son espoir. [...] Pourtant, il hésite fort à tirer les conséquences logiques d'une conviction intime, qu'il ose à peine s'avouer; et, sous l'influence de sentiments aussi généreux que sages, par modestie et défiance de lui, par crainte d'usurper un pouvoir que la Constitution paraît réserver tout entier à une autorité supérieure, surtout par horreur de l'arbitraire et persuadé que la sécurité des droits individuels, condamnant tout subjectivisme, exige qu'on s'en tienne absolument à une direction tracée d'avance et pour tous, il répugne à suppléer, à l'aide de son jugement personnel, aux lacunes, même béantes, de la législation”.

⁵⁴⁵ GROSSI, *Pagina introduttiva*, op. cit., pag. 20. “Ma ad un male si sovrappone un altro male: credendo indiscutibile un siffatto sistema chiuso e ritenendolo intangibile, gli interpreti-applicatori si sono volentieri legati da se stessi le mani e si sono sentiti legittimati unicamente a esercizi logici tra i vari frammenti componenti il sistema. A una visione riduttiva dell'ordinamento giuridico ha corrisposto pertanto una concezione altrettanto riduttiva del compito del giurista interprete, necessariamente confinato al rango passivo di esegeta, utente meccanico di elementari procedimenti di logica formale”.

⁵⁴⁶ Per un approfondimento circa il pensiero di Géný sul giusnaturalismo, si veda B. OPPETIT, *François Géný et le droit naturel*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, 20, 1991, pagg. 89-117.

conseguente affidamento a esso del monopolio della produzione normativa⁵⁴⁷. La vita, spesso dominata da forze irrazionali, sfugge al dominio esclusivo della ragione, e di ciò è necessario tener conto nell'impresa di ordinarla giuridicamente⁵⁴⁸. La povertà delle sterili formule legali, fondate su un “*progetto unicamente razionale*” e sorde ad altre sollecitazioni, si scontra inevitabilmente con l'inafferrabile ricchezza del reale⁵⁴⁹. Per sintetizzare efficacemente il pensiero di Géný sembra utile richiamare un passaggio contenuto nel *Méthode* nell'*incipit* del paragrafo numero 164:

“Si les principes de justice, immanents à notre morale, et révélés par la raison ou la conscience, constituent la première assise, indispensable et ferme, de toute recherche scientifique, dans la sphère du droit positif, ils n'en sont pas moins [...] insuffisants, pour suggérer à l'interprète les solutions immédiates, qu'il lui faut découvrir, afin de suppléer aux lacunes des sources formelles. [...]. Ici intervient donc, comme matière d'investigation, à la fois riche et féconde, cette nature des choses positive, qui, accessible aux seuls procédés scientifiques, va élargir singulièrement l'horizon du jurisconsulte, et le faire nécessairement

⁵⁴⁷ GROSSI, *Pagina introduttiva*, op. cit., pag. 20. Il rischio, secondo Géný, è quello di sopravvalutare la capacità della ragione come strumento esclusivo per comprendere la realtà sociale che ci circonda. L'eccessivo razionalismo, partendo dal dogma dell'onnipotenza della ragione, ha condotto a un paradosso: attraverso la sovralimentazione dell'analisi giuridica e la sottigliezza ermeneutica, ha finito per sminuire la capacità della ragione stessa di dominare la complessità del reale. Ciò ha generato un sentimento d'impotenza e favorito l'adesione a principi scettici che esprimono il predominio del fatto sull'idea, la relatività assoluta e l'instabilità del divenire, minando così ogni aspirazione alla certezza oggettiva del diritto. Sul punto, GÉNY, op. cit., pag. 22. “Partis du dogme, aveuglement accepté, de la souveraineté de l'intelligence et de l'omnipotence de la raison, nous avons tellement ratiociné, subtilisé, épilogué sur les hommes et sur les choses, que, découvrant chaque jour de nouveaux enchevêtrements, des variétés et des complications infinies, au milieu d'un flux incessant de réalités contingentes, nous en sommes arrivés à nous sentir de plus en plus envahis et débordés par la vie, submergés sous son exubérante richesse, écrasés de son incommensurable puissance, incapables finalement de la dominer pour en saisir toutes les relations, voire même pour en démêler les lignes principales. Par là, notre rationalisme a ruiné la raison même. Et, c'est ainsi que nous nous sommes trouvés tout prêts à accueillir ces principes étranges, exprimant notre suprême impuissance et traduisant notre intime découragement, qui, plus ou moins consciemment sans doute, mais malgré nous-mêmes et en dépit de nos résistances, pèsent encore sur nos âmes de tout le vide de leur scepticisme: prédominance des faits sur les idées, aboutissant chez quelques-uns à l'écrasement de l'esprit par la matière; relativité de la vérité et de l'être, poussée par certains jusqu'à l'identité des contradictoires; perpétuel devenir du monde, capable de justifier une instabilité constante de nos attitudes et décourageant toutes nos aspirations vers la certitude objective. Bref, la pensée générale de notre siècle paraît assez exactement traduite dans cette boutade de Proudhon: “L'absolu est un escroc qui nous trompe sur la qualité de ses marchandises””.

⁵⁴⁸ GROSSI, *Pagina introduttiva*, op. cit., pag. 21.

⁵⁴⁹ Ivi, pag. 22.

sortir du champ, un peu étroit, de l'interprétation des sources, pour proposer, à son étude, le terrain inépuisable des réalités vivantes”⁵⁵⁰.

Grazie a questa intuizione, tesa a recuperare ciò che sta alla base e intorno alla legge scritta — abilmente celato da “*suadentissime finzioni*” —, il diritto “*cessa di proporsi come semplice ombra del legale*” e si apre una nuova dialettica che lo concepisce come concetto infinitamente più ampio della legge. Una rinnovata visione pluralista valorizza fatti prima condannati all'irrelevanza, erigendoli, in virtù della “*loro intrinseca normatività*”, al rango di fonti⁵⁵¹. Nel nuovo sistema auspicato da GénY, la fonte formale non è più “*lo schermo impenetrabile*” che assorbe in sé tutta la giuridicità, ma assume i connotati del “*simbolo d'una realtà che essa non contribuisce a creare ma unicamente a segnalare*”⁵⁵². Pur mosso dall'amara constatazione di un diritto privato inadeguato a ordinare la società e da un'ingiustificata esaltazione della legge, spesso avulsa dal dato della realtà⁵⁵³, GénY non si lascia sedurre dalle statuizioni del “*bon juge Magnaud*”⁵⁵⁴, che aveva fatto del Tribunale di Chateau-Thierry un baluardo dell'equità⁵⁵⁵. Il grande merito del professore francese consiste nell'aver riportato, in un secolo “*sordo e mortificato per il fenomeno interpretativo*”, l'attività ermeneutica al centro del sistema giuridico, ridestando l'attenzione degli scienziati del diritto su di

⁵⁵⁰ GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome second, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1919, pagg. 113-114.

⁵⁵¹ GROSSI, *Pagina introduttiva*, op. cit., pag. 28. “Grazie all'intuizione fertile, che riguarda tutto quanto sta accanto e dietro la legge scritta e che finzioni suadentissime nonché strategie abilissime di potere sovrano avevano soffocato e celato, un duplice recupero — per così dire — si realizza, quello della vita al diritto e quello del diritto alla vita. Il diritto cessa di proporsi come la semplice ombra del “*legale*”, e una dialettica nuova si affaccia, quella fra *droit* e *loi*, nozione e realtà — la prima — infinitamente più larga e ricca della seconda”.

⁵⁵² *Ibidem*.

⁵⁵³ *Ivi*, pag. 29.

⁵⁵⁴ Per un approfondimento circa la figura del magistrato Paul Magnaud (1848–1926) e della sua attività giurisdizionale, si veda R. WEYL, M. PICARD WEYL, *Socialisme et justice dans la France de 1895: “le bon juge Magnaud”*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, 3-4, 1974-1975, pagg. 367-382.

⁵⁵⁵ GROSSI, *Pagina introduttiva*, op. cit., pagg. 32-33. “Verso il *phénomène Magnaud* GénY non ha alcun movimento simpatetico, anche se non lo ritiene irrilevante e ne affronta il tema come oggetto specifico di una delle appendici alla seconda edizione della *Méthode*: per lui si tratta di “*une passade de jurisprudenze*” e, più volte nel corso del suo lavoro, parla di “*une façon d'impressionisme dans l'application du droit*”, di “*sentences purement d'impressionisme*”, di “*impressionisme judiciaire*” e di “*jurisprudence de pur sentiment*””.

essa⁵⁵⁶. In ogni caso, la legge deve essere il punto di partenza dell'interprete; in altri termini la legge deve sempre rimanere la fonte primaria, *“indispensabile per garantire stabilità e certezza a un groviglio spesso assai sedimentato e confuso di rapporti”*⁵⁵⁷. La legge va rispettata, e al suo testo *“non si può far dire altro se non quello che il legislatore volle nel momento della sua emanazione”*; ma per ciò che il legislatore non volle o non seppe prevedere, non può escludersi che debba esserci spazio per altre fonti⁵⁵⁸. In questo terreno di indeterminatezza, dove il legislatore non ha saputo o non ha voluto spingersi, peso decisivo dovrà essere riconosciuto alla consuetudine, alla prassi giurisprudenziale e alla libera ricerca scientifica⁵⁵⁹. A quest'ultima Géný riconosce un ruolo privilegiato: una ricerca che, libera da arbitrio e volontà individuale, deve essere vincolata da *“condizionanti elementi obiettivi”* quali la *“natura delle cose”* e l'esigenza concreta dei rapporti sociali di essere disciplinati⁵⁶⁰. Sono molti gli *“schemi sociali”* che, per Géný, reclamano un'opera di *inventio* da parte della scienza giuridica, *“libera sì nella creazione giuridica, ma assolutamente vincolata dalle richieste oggettive provenienti dalla natura delle cose”*⁵⁶¹. Tra questi spicca la questione dell'*abus du droit*⁵⁶². Sul punto, il giurista di Nancy individua uno spazio vuoto lasciato dall'ordinamento, da colmare mediante la libera ricerca scientifica: *“c'est par le même procédé, encore, que l'on arriverait, je crois, à préciser une théorie, à peine ébauchée par notre jurisprudence, en caractérisant ce que l'on peut appeler l'abus du droit, susceptible d'engager la responsabilité du titulaire”*⁵⁶³. Anche Géný condivide le stesse preoccupazioni di Saleilles nel concepire una teoria tutta incentrata

⁵⁵⁶ *Ivi*, pag. 30.

⁵⁵⁷ *Ivi*, pag. 35.

⁵⁵⁸ *Ivi*, pagg. 36-37.

⁵⁵⁹ *Ivi*, pag. 37.

⁵⁶⁰ *Ibidem*.

⁵⁶¹ *Ivi*, pag. 43. “È folto l'inventario — puntigliosamente redatto da Géný — di schemi sociali, che reclamano non di essere rivestiti dei panni goffi di figure aliene ma già definite nel solco della tradizione giuridica, bensì di essere giuridicamente inventati da una libera ricerca scientifica”.

⁵⁶² *Ivi*, pag. 44. “Proprio perché l'abuso del diritto rappresenta la coagulazione a livello giuridico-formale di istanze precise nascenti sul terreno etico-sociale e tende a proporre una valutazione più complessa della tradizionale nozione di diritto soggettivo, non poteva non dargli grosso rilievo Géný”.

⁵⁶³ GÉNY, *Méthode d'interprétation*, *op. cit.*, pag. 171.

sull'elemento soggettivo⁵⁶⁴, e anche nel suo *Méthode* ritorna il concetto uso anormale del diritto; anche se, in questo caso, meglio articolato e sviluppato⁵⁶⁵. La teoria dell'abuso del diritto, nata nel campo privatistico, viene affiancata alla disciplina dei vizi del provvedimento amministrativo ed, in particolare, ad una delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere: il *detournement de pouvoir*, lo sviamento di potere. Gén y costruisce una sorta di parallelismo tra atti del diritto pubblico e gli atti del diritto privato. Se il provvedimento deve perseguire l'interesse pubblico sotteso alla norma attributiva del potere, pena l'annullabilità dello stesso, anche il titolare del diritto soggettivo deve perseguire gli obiettivi economici e sociali sottesi all'attribuzione della posizione da parte dell'ordinamento, pena la qualificazione dell'esercizio come illecito.

Quoi qu'il en soit, d'ailleurs, il me suffit d'observer ici, que cette question capitale de l'abus du droit, sur laquelle notre législation écrite garde un silence presque complet, exige de l'interprète, pour être judicieusement résolue, une mise en balance de considérations morales, politiques, sociales ou économiques, qui se trouvent engagées dans le conflit des intérêts en présence⁵⁶⁶.

Attraverso quella che Gén y definisce libera ricerca scientifica, compito dell'interprete è quello di individuare le finalità sociali ed economiche sottese all'attribuzione di ogni posizione soggettiva da parte dell'ordinamento e verificare che le stesse non siano state violate dal titolare. E questo a prescindere dall'effettiva intenzione emulativa. Il tentativo di Saleilles e di Gén y di ricondurre a uno schema maggiormente oggettivo la teoria dell'abuso del diritto è commendevole, ma non privo di criticità. Non potendo ricorrere, nella maggior parte dei casi, all'interpretazione autentica della singola disposizione, è inevitabile che la ricerca delle suddette finalità possa dimostrarsi in gran parte, se non arbitraria, almeno condizionata dalle

⁵⁶⁴ *Ivi*, pag. 171-172. "Depuis longtemps constituée, en vue de limiter certains usages excessifs de la propriété foncière, et de compléter, en quelque façon, le système légal des relations de voisinage, cette jurisprudence s'est particulièrement développée, en ces derniers temps, par rapport à diverses manifestations de la liberté individuelle, qui ont paru devoir être réprimées civilement, comme entamant les droits d'autrui".

⁵⁶⁵ *Ivi*, pag. 171. "Cette tendance s'est traduite, notamment, dans une jurisprudence, aujourd'hui fortement assise, qui refuse d'appliquer la maxime traditionnelle *Neminem laedit qui suo iure utitur*, dans tous les cas, où elle reconnaît un véritable abus du droit".

⁵⁶⁶ *Ivi*, pag. 173.

convinzioni morali e sociali del singolo giudice chiamato a giudicare. La difficoltà nell'accertare il fine lesivo sotteso alla condotta non viene superata, bensì semplicemente traslata al momento interpretativo della norma. Una siffatta soluzione comporta l'attribuzione al giudice di un margine discrezionale ancora più ampio e potenzialmente arbitrario, poiché egli è chiamato a valutare non solo i fatti di causa ma anche le finalità economico-sociale della norma stessa. Effettuare un'indagine che va ben oltre la disciplina normativa e che impegna considerazioni non solo di carattere strettamente giuridico ma anche di ordine storico e sistematico. Il risultato è un sistema i cui esiti appaiono ancor meno prevedibili e maggiormente esposti alle sensibilità individuali dell'interprete. Chi potrà mai limitare il giudice, persuaso a decidere in via equitativa la controversia, nell'individuare individuare nel testo della norma una qualsiasi finalità che possa giustificare di volta in volta la soluzione del caso concreto? La nuova lettura della teoria dell'abuso del diritto che era nata proprio per limitare il margine valutativo-discrezionale sotteso all'accertamento dell'elemento soggettivo che regge la condotta, finisce, paradossalmente, per ampliarlo richiedendo all'interprete, e quindi al giudice, considerazioni di natura sistematica sulla norma attributiva. Non deve quindi stupire che la lettura *oggettiva* dell'abuso del diritto non raccolse molto consenso né nella giurisprudenza né nella dottrina maggioritaria.

Chiamato a far parte della prima sottocommissione di riforma del *Code civil* presieduta dal deputato Sarrien ed incaricata di studiare un titolo preliminare del codice, Saleilles fu invitato a presentare una relazione relativa all'opportunità di inserire nel progetto di riforma una disposizione dedicata all'abuso del diritto⁵⁶⁷. Nella seduta del 25 marzo 1905, Saleilles dava lettura

⁵⁶⁷ SALEILLES, *Commission de revision du Code civil, travaux de la première sous-commission*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, Vol. IV, Arthur Rousseau Editeur, Paris, 1905, pagg. 248 e 323. "Conformément aux décisions prises par la sous-section de droit comparé, les deux sous-sections de la première sous-commission se réunirent en séance plénière sous la présidence de M. Sarrien, député, président, le samedi 11 mars 1905, pour prendre connaissance des conclusions fournies par l'examen documentaire de droit comparé fait par MM. Clausel et J. Dubois relativement au titre préliminaire du Code civil. Après un échange de vues portant sur les points les plus intéressants soulevés par cette étude comparative, il fut décidé que différents rapports seraient confiés à divers

del suo rapporto e proponeva l'inserimento nel titolo preliminare del codice di una disposizione sull'abuso del diritto che potesse elevarlo a principio generale dell'ordinamento⁵⁶⁸. La proposta avanzata da Saleilles, in via compromissoria, nell'ottica di ottenere un consenso più ampio possibile tra i membri della commissione, manteneva nella sua formulazione il presupposto dell'elemento soggettivo. “*Un acte dont l'effet ne peut être que de nuire à autrui, sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l'accomplit, ne peut jamais constituer un exercice licite d'un droit*”⁵⁶⁹. Un atto, (*rectius* l'esercizio di un diritto), il cui effetto non può essere che di nuocere ad altri, senza un interesse apprezzabile e legittimo per colui che lo compie, non può mai costituire l'esercizio legittimo di un diritto. L'idea dell'inserimento era giustificata, dal punto di vista strettamente giuridico, di sottrarre la teoria dell'abuso del diritto dalla disciplina generale dell'illecito aquiliano di cui all'art. 1382⁵⁷⁰. Una disposizione siffatta avrebbe rappresentato un buon compromesso⁵⁷¹ tra la ristrettezza della formula del § 226, troppo incentrata sull'elemento intenzionale, e l'eccessiva genericità dell'art. 3 del progetto svizzero dello ZGB⁵⁷². Purtroppo, non siamo in grado di riportare le posizioni

membres de la sous-commission, à l'effet d'étudier certaines questions suggérées par la discussion et d'en présenter un examen complet et définitif, fait au point de vue de leur admissibilité dans le titre préliminaire du Code civil, et non plus seulement au point de vue du droit comparé. C'est ainsi qu'on se demanda s'il n'y aurait pas lieu d'introduire dans le titre préliminaire du Code civil une disposition générale relative à l'abus des droits”. “La première section est chargée d'étudier le *Titre préliminaire du Code civil* et toute la partie relative aux Personnes, jusqu'au livre II, consacré aux biens et à la propriété, exclusivement. Exception a été faite toutefois, dès la première séance de la Commission plénière, pour le chapitre VI du titre V du livre Ier, relatif aux droits et aux devoirs respectifs des époux, lequel a été reporté au programme de la cinquième section, celle qui a dans ses attributions l'étude du contrat de mariage, entendu du régime des biens entre époux”. Sul punto, la prima sottocommissione era così composta: “Cette première section se compose de MM. Clémentel, Brieux, Ditte, Esmein, Forichon, Maxime Lecomte, Louis, Saleilles, Sarrien et Tanon, membres de la commission; et de MM. Barbey, Clauzel, Dard, Dubois, Leven et Pichon, secrétaires”

⁵⁶⁸ *Ivi*, pag. 324.

⁵⁶⁹ SALEILLES, *De l'abus de droit, Rapport présenté, op. cit.*, pag. 348.

⁵⁷⁰ *Ibidem*. “Je crois donc avoir suffisamment établi, non pas que nous devons accepter la théorie de l'abus de droit, c'est un point que je suis tout prêt à discuter et à soutenir quand le moment en sera venu, mais qu'il y a un intérêt supérieur, si on veut l'admettre, à la soustraire au domaine étroit et insuffisant de l'article 1382”.

⁵⁷¹ *Ivi*, pag. 348 in nota. “Comparer cette définition avec la formule vraiment trop étroite, par son caractère de subjectivité absolue, du § 226 du Code civil allemand, et la formule trop large et trop vague de l'art. 3 du projet de Code civil suisse”.

⁵⁷² V. *infra*, pagg. 188 e ss.

e le argomentazioni di ogni singolo componente. È possibile ricostruire ciò che avvenne nel *plenum* solamente basandoci su un sintetico verbale redatto e firmato dallo stesso Saleilles che sarà poi pubblicato, insieme all'intera relazione, nell'edizione del 1905 della rivista *Bulletin de la Société d'études législatives*. In base a quanto riportato nel verbale, siamo in grado di dire che all'esito della discussione, all'interno della sottocommissione emersero orientamenti di segno più restrittivo, orientati a delineare l'abuso del diritto non quale teoria generale da porre a fondamento del Codice civile, bensì come principio speciale, la cui applicazione sarebbe stata circoscritta esclusivamente alle materie e ai diritti tassativamente previsti e disciplinati dalla disciplina settoriale. Introdurre una norma generale sull'abuso del diritto avrebbe avuto l'effetto controproducente di cristallizzare l'evoluzione giurisprudenziale. A parità di voti la sottocommissione prese infine la decisione di non introdurre la norma⁵⁷³. Si demandava al legislatore, nelle singole materie settoriali, la positivizzazione di norme speciali che colpissero l'esercizio abusivo. Nonostante il grande successo giurisprudenziale, la Francia avrebbe continuato a non avere una disposizione dedicata all'abuso del diritto.

⁵⁷³ ID, *Commission de revision du Code*, op. cit., pag. 324. “Une discussion s'éleva à ce sujet, qui porta principalement sur le danger qu'il y aurait, si on craint les surprises d'une formule générale, à n'admettre que des réglementations législatives spéciales et particulières de la théorie de l'abus de droit, ce qui aurait le grave inconvénient d'enrayer l'admirable mouvement de jurisprudence actuel et de constituer un recul sur ce qui existe, puisque, si le principe de l'abus de droit n'était admis que pour certains droits expressément spécifiés, on ne manquerait pas d'en conclure, *a contrario*, que, pour tous les autres, les tribunaux auraient les mains liées et devraient faire machine en arrière. Ce serait un recul, au lieu d'un progrès. Restait le choix entre le système d'un principe général placé au début du Code civil, et celui d'une formule, peut-être tout aussi générale sans doute quant à son application, mais plus restreinte quant à sa portée et à ses effets, à renvoyer à l'art. 1382 du Code civil”.

3.3. L'abuso del diritto nell'esperienza giuridica svizzera. Il giudice come *ministro d'equità*.

Tra i diversi ordinamenti giuridici europei, quello svizzero rappresenta un singolare interesse. Profondamente influenzato tanto dalla tradizione francese quanto da quella di matrice germanica, il sistema elvetico — nei suoi diversi ordinamenti federale e cantonale — esprime spesso una sintesi tra questi due grandi modelli continentali. Ciononostante, esso non si limita sempre a mera opera di mediazione e compromesso, ma dimostra in molti ambiti una spiccata autonomia, tracciando con originale equilibrio soluzioni normative che talvolta potremmo definire financo pionieristiche⁵⁷⁴. L'elaborazione dottrinale e la successiva positivizzazione del principio generale dell'abuso del diritto si ergono, in tale contesto, a caso paradigmatico. Sebbene il suo sviluppo sia storicamente meno centrale rispetto al contributo offerto dalla scienza giuridica francese e tedesca, è nondimeno doveroso, per una compiuta analisi comparativa storico-giuridica, ripercorrere in breve le tappe che condussero all'inserimento — nel Titolo preliminare dello *Zivilgesetzbuch* (ZGB) entrato in vigore il 1° gennaio 1912 — della disposizione di cui all'art. 2 comma 2, la quale sancisce, nella sua formulazione icastica e sintetica: “*il manifesto abuso di un diritto non trova protezione giuridica*”⁵⁷⁵. In un contesto giuridico ancora caratterizzato dalla frammentazione degli ordinamenti privatistici cantonali, il primo tentativo di attribuire la competenza legislativa in materia di diritto privato allo Stato federale tramite una revisione della Costituzione federale del 1848 naufragò in seguito all'esito del referendum del 12 maggio 1872, che respinse, seppur di misura, la proposta di riforma costituzionale⁵⁷⁶. La Costituzione del 19

⁵⁷⁴ SOLIMANO, *op. cit.*, pag. 328.

⁵⁷⁵ Art. 2 comma 2 nella formulazione in lingua tedesca: “Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz”; e nella formulazione in lingua francese: “L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi”.

⁵⁷⁶ P. LUCIEN-BRUN, *Le rôle et les pouvoirs du juge dans le Code civil Suisse, Thèse pour le doctorat es sciences juridiques*, Imprimerie Saint-Bruno, Grenoble, 1920, pag. XI in nota. “Dès 1872, un projet de Constitution fédérale avait voulu donner compétence au législateur fédéral pour toutes les matières de droit civil et procédure; mais cette disposition le fit rejeter, à une faible majorité, par un referendum”. Per una ricostruzione storiografica dettagliata del percorso di codificazione svizzero si veda anche H. CHAUDÉ, *Le nouveau Code civil suisse dans l'œuvre de la codification moderne*, Arthur Rousseau Editeur, Paris, 1909.

agosto 1874 limitò l'attribuzione della potestà legislativa nel campo del diritto privato alla materia dello stato civile; del diritto delle obbligazioni; della proprietà artistica e intellettuale e della perseguibilità per debiti e fallimento⁵⁷⁷. All'esito della riforma costituzionale del 1874, venne emanato, con la legge del 14 giugno 1881, il Codice federale delle obbligazioni. L'unificazione legislativa della disciplina relativa al diritto delle obbligazioni rappresentò un'impresa politico-giuridica notevole e di rilevanza storico-giuridica, in considerazione del radicato particolarismo giuridico elvetico, sino ad allora caratterizzato da un panorama normativo frammentato in circa trenta sistemi cantonali eterogenei, in gran parte di natura consuetudinaria e non codificata⁵⁷⁸. La strenua resistenza dello spirito pubblico alle istanze centralizzatrici giustifica il ritardo cronologico nel perseguimento di tale obiettivo. Tuttavia, la necessità di completare l'unificazione legislativa dell'intero diritto privato si faceva ogni giorno più sentita all'interno dell'intera comunità giuridica elvetica⁵⁷⁹. L'eterogenea legislazione privata

⁵⁷⁷ *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de Code civil suisse du 28 mai 1904*, pagg. 6-7. "Le projet de Constitution de 1872 ayant été repoussé, la compétence législative de la Confédération fut restreinte au droit des obligations et aux transactions mobilières; on recommanda cette solution, en exposant notamment qu'une loi unique était plus particulièrement urgente dans le domaine industriel et commercial. Mais, à cette époque déjà, l'argument n'était pas décisif. D'un côté, effectivement, l'urgence invoquée n'existait pas, — que l'on songe seulement au bail à loyer d'immeubles ou au bail à ferme, — et, de l'autre, des matières où le besoin de promptes réformes se faisait vivement sentir, ainsi le régime hypothécaire, étaient exclues de cette unification partielle du droit privé. En revanche, il est une autre raison qui explique suffisamment la méthode adoptée en 1874: nombre de cantons, même parmi ceux qui ont codifié leur droit civil (Nidwald, Zoug, Glaris et Thurgovie, par exemple), ne possédaient pas de lois sur les questions placées désormais dans la compétence du législateur fédéral. Le code des obligations ne devait ainsi se heurter que dans une faible mesure à un droit cantonal fortement ancré dans la conscience juridique du peuple, et son application n'eut pas à vaincre beaucoup de résistances. On peut dire aussi qu'il n'y avait pas de divergences profondes entre les lois des cantons dotés d'un droit des obligations codifié; spécialement pour tout ce qui intéressait le commerce, les divergences que l'on aurait pu constater étaient de nature plutôt doctrinale. Il en est autrement pour les matières régies par le projet actuel. Le législateur fédéral s'empare ici d'un domaine dans lequel la plupart des cantons ont élaboré des lois complètes, il n'est pas de canton qui n'ait son régime hypothécaire, son régime des tutelles ou des successions, et le droit cantonal règle naturellement les points les plus importants qui se rattachent à ces institutions légales".

⁵⁷⁸ LUCIEN-BRUN, *op. cit.*, pag. XI.

⁵⁷⁹ CARONI, *Quando Saleilles dialogava con Eugen Huber (1895-1911)* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, 40, 2011, pag. 265-266. "Serve magari anche stavolta partire da lontano. Ad esempio dal codice svizzero

vigente nei cantoni svizzeri poteva essere ricondotta a tre principali tradizioni giuridiche. Il primo gruppo, rappresentato dai cantoni della Svizzera romanda, si ispirava direttamente al *Code Napoléon*, recependone in gran parte i principi ed i contenuti. Il secondo, di cui Berna costituiva l'esempio più significativo, traeva fondamento dalla tradizione austriaca dall'ABGB. Il terzo gruppo, infine, attingeva alla scienza giuridica tedesca, trovando nel codice di Zurigo la sua espressione più compiuta e paradigmatica⁵⁸⁰. L'attribuzione della competenza legislativa esclusiva in materia di diritto civile alla Confederazione fu ratificata a seguito dell'esito favorevole del *referendum* popolare del 13 novembre 1898, nel quale si registrò un'approvazione quasi plebiscitaria da parte del corpo elettorale (264.914 voti favorevoli contro 101.762 contrari)⁵⁸¹, sancendo così, a norma del nuovo testo dell'art. 64 co. 2 della Costituzione, il trasferimento della potestà normativa dall'ambito cantonale a quello federale per l'intera materia civilistica. La scelta politica del Consiglio federale era stata quella di non incorporare il codice delle obbligazioni nel nuovo progetto bensì di approntare un codice che potesse completare tutte le materie civilistiche non disciplinate dal codice del 1881. Seguendo il parere del Tribunale federale, che si era espresso nel mantenimento del codice delle obbligazioni, quest'ultimo sarebbe stato

delle obbligazioni, che — sanzionato dal parlamento federale nel 1881 ed entrato in vigore due anni dopo — aveva finalmente unificato gran parte del diritto privato. Come anche dalla determinazione della Società svizzera dei giuristi, che si era battuta per arrivare a tanto, di non accontentarsi di questo primo successo, ma di insistere, per affrettare l'unificazione delle rimanenti aree giusprivatistiche, quelle notoriamente più tradizionali”.

⁵⁸⁰ LUCIEN-BRUN, *op. cit.*, pagg. XII-XIII in nota.

⁵⁸¹ *Message du Conseil fédéral*, pag. 7. Nella relazione dinnanzi all'Assemblea federale il governo riporta i risultati del referendum di ogni cantone e delle città principali città del Paese: “La population totale de la Suisse se composait, au 31 décembre 1900, de 2,322,106 ressortissants du canton où ils avaient leur domicile et de 933,337 non-ressortissants. Cette proportion se retrouve dans la plupart des Etats confédérés (70 contre 30, en chiffres ronds); dans d'autres, elle est de deux tiers contre un tiers, ainsi à St-Gall, de 163,754 contre 86,531, à Zurich, de 261,359 contre 169,677, à Soleure, de 65,652 contre 35,110, en Thurgovie, de 71,872 contre 41,349, dans le canton de Vaud, de 190,996 contre 90,389, à Schaffhouse, de 26,877 contre 14,637, à Zoug, même de 13,817 contre 11,276; dans trois cantons, les non-ressortissants sont en majorité: à Neuchâtel (56,800 ressortissants contre 69,479 non-ressortissants), à Genève (43,550 contre 89,059), à Baie-ville (28,999 contre 82,228)”.

solamente novellato⁵⁸². Nel 1892 Eugène Huber, professore dell'Università di Berna, era stato ufficialmente incaricato dal governo di preparare un *avant-projet* di quello che sarebbe stato il nuovo codice da sottoporre prima proprio al Consiglio federale e, successivamente, all'Assemblea federale⁵⁸³. Come spiega Pio Caroni, prevedendo che si sarebbe giunti in tempi brevi a un'unificazione del diritto privato, la Società svizzera dei giuristi aveva già incaricato nel 1884 Huber di approfondire lo studio dei diversi ordinamenti cantonali, al fine di preparare il terreno all'unificazione legislativa⁵⁸⁴. Convinto che l'impresa richiedesse anche un approfondimento di carattere storico-giuridico, Huber si mise all'opera e redasse tra il 1886 e il 1889 tre volumi dedicati al diritto privato cantonale. Nel 1893 diede alle stampe il quarto volume, "*System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes*"⁵⁸⁵; un'opera che sarebbe successivamente giunta nelle mani di Raymond Saleilles, allora professore di storia del diritto all'Università di Digione. Il vivo interesse suscitato dal contenuto e dall'impostazione metodologica di Huber spinse Saleilles ad avviare una corrispondenza con il collega svizzero, dando vita a un dialogo che si sarebbe protratto per sedici

⁵⁸² *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse (droit des obligations et titre final) du 3 mars 1905*, pag. 6. "Une dernière question se posait. Devions-nous incorporer tout le droit des obligations actuel (à l'exception des matières réglées désormais à une autre place) dans le Code civil, ou convenait-il d'en distraire certaines parties, notamment celles de droit commercial? Ce n'est qu'après mûre réflexion que l'on s'est décidé, en 1881, à faire abstraction d'un Code de commerce proprement dit. Il serait prématuré de changer de système à cette heure, d'autant plus que des motifs sérieux peuvent être invoqués à l'appui de la solution consacrée il y a quelque vingt ans et que cette solution n'a pas présenté de véritables inconvénients. On a pu constater que les transactions n'étaient nullement entravées par les institutions de droit commercial, et que la législation y gagnait en simplicité tout en nous épargnant les controverses qui se rattachent à la définition des actes de commerce. Dans son mémoire déjà cité, le Tribunal fédéral s'est prononcé aussi pour le maintien de l'état de choses créé en 1881, et, dans les préavis des experts que nous avons consultés, nous voyons que personne n'a plaidé la cause de l'élaboration d'un Code de commerce distinct à l'exemple de la France ou de l'Allemagne. Néanmoins, il importait de rechercher si l'une ou l'autre des matières aujourd'hui régies par le Code fédéral des obligations ne devaient pas être abandonnées à la législation spéciale".

⁵⁸³ LUCIEN-BRUN, *op. cit.*, pag. XI

⁵⁸⁴ CARONI, *Quando Saleilles dialogava*, *op. cit.*, pag. 266.

⁵⁸⁵ E. HUBER, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes*, Band I-IV, C. Detloff's Buchhandlung, Bâle, 1886-1893.

anni, dal 1895 al 1911⁵⁸⁶. Nell'anno 1900, il *Département fédéral de justice et police*, il Ministero di giustizia, pubblicò l'*Avant-projet* redatto sotto la direzione scientifica di Huber⁵⁸⁷. A completamento, nel biennio 1901-1902, Huber diede alle stampe – su mandato governativo – l'*Exposé des motifs de l'avant projet du Département fédéral de justice et police* in tre volumi, un commentario analitico di notevole valore giuridico-dottrinale, destinato a costituire il principale strumento ermeneutico per l'interpretazione autentica dell'intero impianto codicistico. La fase successiva di perfezionamento del testo normativo venne affidata a una Commissione di esperti provenienti dal mondo accademico e da magistrati, che elaborò, partendo dal progetto preliminare di Huber, il progetto definitivo nel corso del triennio 1900-1903⁵⁸⁸. Il risultato venne presentato il 28 maggio dinnanzi all'Assemblea legislativa. Seguì l'*iter* parlamentare che durò più di tre anni, dal 1904 al 1907, che si concluse in data 10 dicembre 1907 con l'adozione all'unanimità del testo. Una specifica Commissione di redazione curò quindi la concordanza testuale delle tre versioni linguistiche autentiche (tedesco, francese, italiano), garantendo in tal modo la coerenza giuridico-formale e l'uniformità applicativa sull'intero territorio della Confederazione elvetica⁵⁸⁹. Il codice entrerà in vigore il 1° gennaio 1912⁵⁹⁰. Parallelamente ai lavori dello ZGB, iniziò anche la revisione del Codice delle obbligazioni. Il progetto preliminare, anch'esso redatto da Huber, fu esaminato da due commissioni

⁵⁸⁶ CARONI, *Quando Saleilles dialogava*, op. cit., pagg. 266-267. “Disciplinato e convinto com’era, forse già catturato dalla “missione” vagamente sottesa all’incarico, consegnò tosto il frutto delle sue ricerche. I primi tre volumi dedicati al diritto privato cantonale, fra il 1886 e il 1889. L’ultimo, l’attesa *Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes*, nel 1893. Ora volle il caso, che proprio questa *Geschichte* — tuttora e non senza motivi ammirata — approdasse un giorno sulla scrivania di Raymond Saleilles, allora professore di storia del diritto a Digione. La lesse, ne condivise il taglio e ne scrisse plaudendo sulle pagine della *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*. Huber, nel frattempo rientrava da Halle a.d.S. e incaricato ufficialmente dal governo elvetico di por mano al progetto di un codice civile unitario — registrò con piacere il lusinghiero intervento del collega borgognone e ringraziò. [...] Inizia proprio così, [...], un intenso scambio epistolare fra due giuristi, che finora non si erano mai incontrati, ma che una sintonia di fondo avvicinava”.

⁵⁸⁷ K. EGGER, *La costruzione juridique de l’abus d’un droit privé subjectif*, Université de Lausanne, Faculté de droit, des sciences criminelles et d’administration publique, 2021, pag. 14.

⁵⁸⁸ LUCIEN-BRUN, op. cit., pag. XII.

⁵⁸⁹ *Ibidem*.

⁵⁹⁰ CARONI, *Quando Saleilles dialogava*, op. cit., pag. 270.

tecniche e approvato definitivamente dalle Camere il 30 marzo 1911⁵⁹¹. Come osservato da Solimano, lo *Zivilgesetzbuch* è il frutto di un compromesso tra la tradizione giuridica liberale e il diritto cantonale⁵⁹². Sebbene rifletta l'impianto pandettistico — seppur mediato dall'esperienza del codice di Zurigo —, assunse per i giuristi tedeschi delusi dal BGB il valore di un riferimento alternativo, una sorta di “*anti-BGB*” nel senso di modello strutturale e filosofico differente⁵⁹³. Invero, a differenza del *Bürgerliches Gesetzbuch*, quello elvetico rinuncia deliberatamente a una parte generale, limitandosi a un titolo preliminare di soli dieci articoli. Lo stile normativo è volutamente piano e accessibile, avendo come destinatario ideale il cittadino comune, nel tentativo di contemperare gli interessi collettivi con quelli individuali⁵⁹⁴. Le norme sono spesso caratterizzate da una certa elasticità terminologica, concepita per concedere al giudice un margine interpretativo idoneo a garantire il miglior adattamento del diritto al caso concreto⁵⁹⁵. “*Le Code civil suisse a voulu être un droit populaire, souple, équitable*”⁵⁹⁶. Un diritto popolare⁵⁹⁷ perché, a differenza del BGB, fa a meno di un'opera

⁵⁹¹ LUCIEN-BRUN, *op. cit.*, pag. XII.

⁵⁹² SOLIMANO, *op. cit.*, pag. 329.

⁵⁹³ *Ibidem*.

⁵⁹⁴ *Ibidem*. Sul punto, LUCIEN-BRUN, *op. cit.*, pagg. XII-XIII, “La fusion de nombreuses législations, qui avaient cherché leur inspiration générale dans des modèles étrangers très diverse, et en même temps s’étaient efforcées de maintenir les institutions locales traditionnelles, offrait aux rédacteurs du Code un difficile problème: ils l’ont heureusement résolu. Suivant, d’autre part, de si près le Code civil allemand, le Code suisse ne pouvait pas ne pas être influencé état de la science juridique; il a su cependant garder son originalité et conserver un caractère essentiellement national”. A riprova dell’obiettivo di approntare un codice che potesse dirsi veramente nazionale ed emanciparsi dagli altri modelli europei, l’autore riporta in nota le parole pronunciate nel 1916 dal Presidente della Confederazione elvetica e consigliere federale Giuseppe Motta: “Cette codification est, à mes yeux, l’œuvre intellectuelle et morale la plus remarquable que la Confédération ait réalisée depuis sa fondation. La Confédération a, par elle, montré sa volonté de s’affranchir des influences étrangères. Ceux qui ne cessent de parler du danger de l’influence étrangère, n’ont aucun droit à manifester de la froideur à l’égard de cette œuvre libératrice de la cohésion national”.

⁵⁹⁵ SOLIMANO, *op. cit.*, pag. 329.

⁵⁹⁶ LUCIEN-BRUN, *op. cit.*, pag. XIII.

⁵⁹⁷ A sostegno della lettura che rinveniva nello ZGB un carattere popolare sarebbe intervenuto anche GÉNY, *La technique législative dans la codification civile moderne (à propos du centenaire du Code civil)*, in *Le Code civil 1804-1904: Livre du centenaire, Le Code civil à l'Etranger — La Question de la Revision*, Tome II, Arthur Rousseau Editeur, pag. 1030. “Si le Projet de 1904 a, sur certains points, dessiné plus fermement peut-être les contours des prescriptions légales, il n’a pas

dogmatica ed erudita, di una logica e di un metodo rigorosi; un codice che ha tentato di tradurre in legge le *aspirazioni della coscienza popolare*⁵⁹⁸ e cerca di metterla a disposizione di tutti quelli che sono chiamati ad applicarla. Un diritto flessibile perché rinuncia, almeno nelle intenzioni dei suoi autori, a immobilizzare il diritto in formule rigide e permettere al diritto di adattarsi con maggiore facilità al mutare delle condizioni sociali e all'evoluzione dei costumi. Un diritto equo nell'ottica in cui che ha avuto la preoccupazione e l'ambizione, *très vaste programme*, di moralizzare l'ordinamento; di correggere la rigorosa applicazione della legge e l'esecuzione dei rapporti contrattuali alla luce dei canoni della buona fede e dell'equità⁵⁹⁹. In realtà, in tale contesto, il concetto equità lo si deve intendere nel suo significato proprio, ossia *aequitas celebrina*. Da questa prospettiva si spiega anche la soppressione di tutto quello che viene considerato inutile formalismo e un grande potere riconosciuto al giudice di tenere conto di tutte le circostanze del caso concreto affinché possa emettere una decisione che possa dirsi realmente ispirata al principio di equilibrio e di equità⁶⁰⁰. In tal senso, l'art. 4

notablement altéré la “*manière*” primitive de l'œuvre, et le Message du 28 mai 1904 lui rend légitimement encore ce témoignage qu'il ne pêche point contre l'idéal de concision, qui est celui “*de toute législation populaire*”. Cet abandon, voulu et calculé, dans la technique, ou plutôt cette technique d'un nouveau “*style*”, qui met le Projet suisse à l'opposé des législations casuistiques et le spécifie comme un schéma de directions juridiques plutôt que comme un ensemble de prescriptions destinées à régenter tous les rapports de droits, répond, d'ailleurs, à une conception des rôles respectifs du législateur et de l'interprète, particulière à la récente législation fédérale, et que l'auteur de l'Avant-projet a exprimée d'une façon saisissante. Sans doute, il n'hésite pas à placer la Loi écrite en tête des sources du Droit positif et il lui reconnaît entière souveraineté dans le domaine juridique qu'elle entend régir. Mais il ne se laisse pas illusionner, un seul instant, par la fiction de la plénitude du Droit écrit, et il ne prétend pas la suppléer au moyen d'artifices contraires aux besoins de la vie. Au contraire, il confesse, non sans une certaine complaisance, l'insuffisance foncière de la législation codifiée; et, non seulement il atteste l'autorité de la coutume fédérale, mais il affirme le pouvoir propre du juge à l'effet de compléter les lacunes, souvent volontaires, de la loi”.

⁵⁹⁸ HUBER, *Code civil suisse: exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de justice et police*, Vol. I, Imprimerie Böhler, Berne, 1901, pag. 2. “Le législateur ne peut et ne doit être que l'instrument destiné à formuler les aspirations de la conscience populaire. Il les formulera dans les termes indiqués par l'état de la civilisation, per le courant des idées contemporaines, puisque aussi bien toute autre méthode empêcherait ces aspirations de se dégager et de s'exprimer nettement. Les lois doivent émaner de la conscience populaire, afin que tout homme intelligent qui a étudié les besoins de son époque ait le sentiment qu'elles ont été comme dictées par son cœur et sa raison”.

⁵⁹⁹ LUCIEN-BRUN, *op. cit.*, pagg. XIII-XIV.

⁶⁰⁰ *Ivi*, pag. XIV.

del Codice rappresenta una chiara dichiarazione di intenti: *“il giudice è tenuto a decidere secondo il diritto e l’equità quando la legge si rimette al suo prudente criterio o fa dipendere la decisione dall’apprezzamento delle circostanze, o da motivi gravi”*. L’equità, posta in questa disposizione proprio accanto alla legge, viene elevata a fonte primaria del diritto quando l’ordinamento si rimette al prudente apprezzamento del giudice per la valutazione delle circostanze o dei motivi. Ma ancora più significativo appare il primo articolo del codice che dispone quanto segue: *“la legge si applica a tutte le questioni giuridiche alle quali può riferirsi la lettera od il senso di una sua disposizione. Nei casi previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine, e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore. Egli si attiene alla dottrina ed alla giurisprudenza più autorevoli”*⁶⁰¹. Un vero e proprio giudice-legislatore⁶⁰². Dal punto di vista pratico viene attribuito alla magistratura il compito di colmare le lacune e *“adattare il codice alle situazioni concrete”*⁶⁰³. È secondo questo *caveat* che deve essere intesa la vicenda della codificazione all’interno dello ZGB di una norma dedicata all’abuso del diritto. Fatta eccezione del Codice civile dei Grigioni del 1862 e il *Privatrechtliches Gesetzbuch* del Canton Zurigo nella sua versione del 1887 non si rintracciano nei precedenti codici civili cantonali norme dedicate all’abuso del diritto⁶⁰⁴. In verità, nemmeno il § 229 del Codice grigionese e il § 189 del Codice di Zurigo contenevano un generale divieto di *Schikane*; sancivano piuttosto, seppure con una formulazione alquanto complessa, un limite all’esercizio della proprietà, vietando specificamente gli atti emulativi nell’ambito dei rapporti di vicinato. Il primo, infatti, disponeva che: *“la vicinanza di fondi e le relazioni nelle quali essi vengono a trovarsi reciprocamente per tale motivo, fondano per i loro proprietari l’obbligo di non fare del diritto di proprietà sugli stessi, mediante azioni od omissioni, un uso tale che il vicino ne risulti evidentemente e pregiudizievole impedito*

⁶⁰¹ SOLIMANO, *op. cit.*, pag. 328.

⁶⁰² CARONI, *Quando Saleilles dialogava*, *op. cit.*, pag. 283.

⁶⁰³ SOLIMANO, *op. cit.*, pag. 328.

⁶⁰⁴ LUCIEN-BRUN, *op. cit.*, pag. 43. “Ce n’est pas que la notion de l’abus du droit fût jusque là tout à fait étrangère au droit suisse. Sans doute, l’ancien droit privé ne contenait pas de règle générale pareille: seuls les cantons de Zurich et d’Argovie admettaient le principe allemand de la prohibition de la chicane”. Così anche EGGER, *op. cit.*, pag. 12.

o danneggiato nell'utilizzo della propria proprietà"⁶⁰⁵. Il secondo, compendiando in un'unica norma la disciplina delle immissioni e il divieto di atti emulativi, disponeva che: *"l'utilizzo di un terreno o di un'abitazione di per sé lecito, il quale agisca soltanto in modo sgradevole sugli occhi, le orecchie o il naso del vicino, non autorizza ancora a reclamo. Soltanto quando lo stesso venga esercitato in misura eccessiva o al solo scopo di molestare il vicino, quest'ultimo potrà invocare contro un tale uso smodato o malevolo l'intervento della polizia e, se necessario, il soccorso dell'autorità giudiziaria"*⁶⁰⁶. Al contrario, il Codice civile di Lucerna⁶⁰⁷ del 1839 sanciva espressamente all'art. 732, norma di chiusura del titolo dedicato alla riparazione del danno causato da delitti e da quasi delitti, che: *"chiunque fa uso del proprio diritto nei limiti della legge non è responsabile del danno che può risultarne"*⁶⁰⁸. Nemmeno il Codice federale delle obbligazioni del 1881 conteneva una clausola generale relativa all'abuso del diritto, ma la teoria non era affatto sconosciuta al mondo giuridico elvetico⁶⁰⁹. Prima ancora che il principio venisse codificato nel titolo preliminare dello ZGB, per ragioni di equità ed attingendo dalla giurisprudenza francese e tedesca, sia le corti

⁶⁰⁵ *Ivi*, pag. 12 in nota. § 229: "Die Nachbarschaft von Liegenschaften und die Beziehungen, in welche sie dadurch zu einander treten, begründen für ihre Eigenthümer die Verpflichtung, von dem Eigenthumsrechte an denselben, durch Handlungen oder Unterlassungen, keinen solchen Gebrauch zu machen, dass der Nachbar dadurch an der Benutzung seines Eigentums erweisbar erheblich verfügt oder geschädigt würde

⁶⁰⁶ Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, Druck der Genossenschafts Buchdruckerel, Zürich, 1887, § 189: "Eine an und für sich erlaubte Benutzung des Bodens oder Hauses dagegen, welche bloss auf die Augen, Ohren oder die Nase des Nachbars unangenehm einwirkt, berechtigt noch nicht zu Einsprache. Nur wenn dieselbe im Übermaass oder lediglich um den Nachbar zu ärgern geübt wird, kann dieser auch gegen eine solche übermässige oder böswillige Benutzung die polizeiliche und nötigenfalls die gerichtliche Hülfe anrufen".

⁶⁰⁷ A. DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon*, Tome IV, Deuxième édition, Cotillon, Libraire du Conseil d'Etat, Paris, 1856, pag. 210. "Le Code civil de Lucerne, qui fait quelques emprunts au Code de Berne, fut publié en plusieurs parties: la première (art. 1 à 199) fut promulguée en 1831 et exécutoire à partir du 1er janvier 1832; la seconde partie (art. 200 à 359), publiée en 1832, fut exécutoire le 1er janvier 1833; la troisième partie (art. 360 à 516), terminée en 1837, fut exécutoire le 1er mars 1838; et enfin la dernière partie (art. 517 à 794), terminée le 22 février 1839, fut exécutoire le 1er juillet de cette même année".

⁶⁰⁸ *Ivi*, pag. 238. Art. 732 in lingua francese: "Quiconque fait usage de son droit dans les limites de la loi n'est pas responsable du dommage qui peut en résulter".

⁶⁰⁹ LUCIEN-BRUN, *op. cit.*, pag. 43.

cantionali⁶¹⁰ che il Tribunale federale avevano già riconosciuto, nella seconda metà del XIX secolo, l'esistenza di limiti all'esercizio dei diritti soggettivi⁶¹¹. Il primo limite che i magistrati svizzeri avevano individuato era quello dell'esercizio con intento emulativo. Se il modello della configurazione dell'abuso del diritto segue quello della dottrina tedesca, i magistrati svizzeri mutuano invece dai colleghi francesi la scelta di ricondurre l'esercizio illecito delle posizioni soggettive alla disciplina codicistica del fatto illecito. Invero, nella decisione del 14 ottobre 1899, pronunciandosi in una controversia in materia di lavoro, il Tribunale federale⁶¹² affermava il seguente principio: il diritto (soggettivo) contiene in sé la propria giustificazione, e chi intende farne uso può farlo con o senza una ragione specifica, il che è irrilevante. Tuttavia, la coscienza giuridica moderna tende a moderare l'applicazione del principio secondo cui chi esercita un proprio diritto non lede nessuno, precisando che il diritto – in quanto condizione fondamentale dell'ordine sociale – non può essere utilizzato con il solo scopo di nuocere ad altri, ossia per compiere un atto antisociale. Affinché questa restrizione possa essere applicata, deve essere accertato in modo certo che l'unico movente dell'atto sia la malizia e l'intenzione di arrecare danno.

“Le droit porte en lui-même sa justification et celui qui veut en user peut le faire avec ou sans raison, peu importe. Toutefois la conscience juridique moderne tend à modérer l'application du principe *qui suo jure utitur neminem laedit* en ce sens que le droit, étant la première condition de l'ordre social, ne saurait être employé dans la seule intention de nuire à autrui, c'est-à-dire pour accomplir un acte antisocial. Pour que cette restriction du droit puisse être appliquée, il faut toutefois, qu'il soit établi d'une manière certaine que le seul mobile de l'acte incriminé est la malveillance et l'intention de nuire (Voir Regelsberger, Pandekten, p. 230; Windscheid, Pandekten, I, p. 387, Dernburg Pandekten I, p. 92; Gierke, Deutsch. Privatrecht, I, p. 320)⁶¹³.

La controversia nasceva da un conflitto di lavoro tra il sig. Stucker-Boock, proprietario di una fonderia a Carouge, e la Camera sindacale dei fonditori di

⁶¹⁰ Per un'analisi approfondita circa l'applicazione da parte dei tribunali cantionali del principio dello *Schikaneverbot*, si veda H. TRÜEB, *Der Rechtsmissbrauch (Schikane) im modernen Recht: unter besonderer Berücksichtigung von Art. 2, 2 des schweiz. Zivilgesetzbuches*, Berne, 1909, pagg. 56 e ss.

⁶¹¹ LUCIEN-BRUN, *op. cit.*, pagg. 43-44.

⁶¹² *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral*, Bände 25, II, pagg. 792-807.

⁶¹³ *Ivi*, pagg. 803-804.

Ginevra. In seguito a uno scambio di comunicazioni riguardanti presunte irregolarità nelle condizioni di lavoro e nella retribuzione degli operai, il sindacato – ritenendo che il Sig. Stucker-Boock avesse violato alcuni impegni assunti durante le trattative – deliberava la messa all'indice, *la mise à l'index*, dello stabilimento, misura di boicottaggio finalizzata a impedire l'assunzione di nuova manodopera. La decisione fu resa pubblica, in particolare attraverso un articolo pubblicato sul "*Le Peuple de Genève*", redatto sulla base di informazioni fornite da un esponente del comitato sindacale. Nell'articolo venivano formulate accuse specifiche contro la gestione dell'opificio, le quali si rivelarono successivamente in larga parte infondate o non veritiere. A seguito di tali eventi, sentendosi diffamato, il sig. Stucker-Boock conveniva in giudizio i membri del sindacato domandando il risarcimento dei danni patrimoniali e morali subiti. Condividendo nel merito la decisione della Corte di giustizia di Ginevra, il Tribunale federale condannava i membri del sindacato al risarcimento del danno che veniva quantificato in 500,00 franchi in favore dell'attore⁶¹⁴. L'argomentazione del Supremo Collegio svizzero richiama, in parte, la moderna teoria della cosiddetta *continenza* in materia di diffamazione. Secondo tale principio, l'esposizione dei fatti e la loro valutazione non devono eccedere lo scopo informativo perseguito, escludendo qualsiasi intento denigratorio. Quest'ultima condizione è necessaria affinché la condotta lesiva dell'onore e della reputazione altrui possa considerarsi scriminata, sia dal punto di vista civile che penale, in virtù della prevalenza del diritto alla libera espressione e del diritto di cronaca (cfr. da ultimo, Corte di Cass., n. 16905/2025). Anche se, a ben guardare, in questo caso i sindacati non aveva solo superato i limiti del loro diritto ma avevano riportato dei fatti che si erano poi dimostrati falsi integrando una condotta diffamatoria. In ogni caso, la Corte operava una fondamentale distinzione tra la condotta della messa all'indice in sé, gli scopi e i mezzi utilizzati per attuarla. La *mise à l'index* veniva qualificata come un'azione lecita, in quanto espressione e corollario della libertà individuale e di associazione: ogni lavoratore godeva del diritto di decidere per chi lavorare e sotto quali condizioni, esercitabile sia individualmente che collettivamente attraverso il

⁶¹⁴ *Ivi*, pag. 803.

sindacato. La misura, sebbene intenzionalmente pregiudizievole per il datore di lavoro, costituiva una forma lecita di pressione economica finalizzata al perseguimento del legittimo scopo di migliorare le condizioni di lavoro. Anche la sua pubblicazione della stessa sulla stampa era considerata lecita, in quanto ritenuta mezzo necessario per informare i membri del sindacato e l'opinione pubblica⁶¹⁵. Tuttavia, la Corte stabiliva che l'articolo pubblicato su "*Le Peuple de Genève*" eccedeva i limiti riconosciuti alla libera attività sindacale. I giudici del merito avevano accertato che la pubblicazione era stata effettuata con l'unico intento di danneggiare e gettare discredito sull'imprenditore, ricostruzione accolta dal Tribunale federale. La libertà di azione sindacale non poteva, pertanto, legittimare un comportamento caratterizzato dall'univoco intento di nuocere alla reputazione altrui attraverso la diffusione di accuse prive di fondamento. Il Tribunale federale aveva basato questa decisione sulla dottrina tedesca citando esplicitamente nella motivazione — aspetto curioso quest'ultimo — gli autori di riferimento (Regelsberger, Windscheid, Dernburg e Gierke). Aderendo alla concezione classica del divieto degli atti emulativi, secondo cui l'elemento determinante per configurare l'illecito risiede nell'esclusiva intenzione di nuocere, il Supremo Collegio svizzero aveva sancito il divieto di *chicane* ancor prima del termine dei lavori preparatori del nuovo codice, rinvenendone il fondamento nei principi generali del diritto e nella dottrina tedesca. L'esercizio di un diritto dettato da pura malizia rappresentava infatti una lesione dell'ordine sociale e, per tale ragione, doveva essere considerato inammissibile. Un ulteriore esempio di questa impostazione è possibile ritrovarlo nella sentenza del 20 maggio 1904, sempre in materia sindacale⁶¹⁶.

⁶¹⁵ *Ivi*, pag. 803. "Le fait, en particulier, que la mise à l'index a été rendue publique par la voie de la presse, ne saurait lui donner un caractère illicite. On peut dire de la publication ce qui a été dit plus haut de la coalition. Un acte licite en lui-même ne change pas de nature par le fait qu'il est rendu public. Le droit de la Chambre syndicale de publier dans les journaux la mesure adoptée par elle ne saurait d'ailleurs être contesté. Lorsqu'une association nombreuse, dont les membres sont disséminés dans tout le pays, croit devoir, pour la sauvegarde de ses intérêts, adopter une mesure de combat, elle a incontestablement le droit de la porter à la connaissance de ses membres par la voie de la presse. Elle a de même le droit d'invoquer, par cette voie, l'appui des travailleurs non syndiqués, en les invitant à se solidariser avec le syndicat et à ne pas se laisser embaucher par le patron mis à l'index. Chaque citoyen est libre de faire appel au public pour l'intéresser à sa cause, lors même que son appel serait de nature à nuire à d'autres citoyens ou classes de citoyens".

⁶¹⁶ *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral*, Bände 30, II, pagg. 271-286.

La vicenda, per la verità abbastanza triste, ha per protagonista la sig.ra Dina-Emma Droz-Schindler, una *guillocheuse* (incisore di decorazioni su metalli preziosi, tipico del settore orologiero svizzero) che risiedeva a La Chaux-de-Fonds, cittadina del Canton Neuchâtel, al confine con la Francia. Dopo aver appreso l'arte dell'incisione, prima da ragazza e poi nell'*atelier* del marito, la signora Droz, in seguito al fallimento di quest'ultimo, cercava un impiego come operaia specializzata presso la ditta J. Ditesheim & Frère. Dopo una prima prova tecnica disturbata dall'ostilità degli altri operai della ditta, una seconda prova, svolta in assenza del personale, veniva giudicata soddisfacente e i fratelli Ditesheim, titolari della ditta, decidevano di assumerla⁶¹⁷. Tuttavia, fin da subito la sig.ra Droz-Schindler si scontrava con la rigida struttura sindacale dell'azienda e dell'intero settore. A La Chaux-de-Fonds esistevano, infatti, due sindacati distinti, uno dei patroni e uno degli operai, legati da una convenzione che regolamentava minuziosamente gli apprendistati, le assunzioni e le condizioni di lavoro⁶¹⁸. Il comitato del sindacato operaio, contrario all'ingresso di una donna nell'azienda, prendeva la decisione di rifiutare l'ammissione della sig.ra Droz-Schindler adducendo due motivi principali. Il primo era che l'art. 77 dello statuto dell'organizzazione sindacale escludeva le donne dal mestiere; il secondo era che la signora non aveva svolto un regolare percorso di apprendistato. Ma non solo. Il sindacato, attraverso i suoi rappresentanti, non si limitò a rifiutare l'iscrizione, ma scrisse sia alla signora che ai datori di lavoro, i fratelli Ditesheim, invitandola espressamente a licenziarsi "*per non creare conflitti*".

⁶¹⁷ *Ivi*, pagg. 271-272. "En juillet 1899, Georges Droz [marito della signora Dina-Emma Droz-Schindler] entra comme ouvrier dans l'atelier J. Ditesheim et frère, et sollicita de ces derniers une place pour sa femme comme guillocheuse à la ligne droite. Ils répondirent qu'ils étaient bien d'accord, mais à condition que son travail fût jugé suffisant et satisfaisant, cela ensuite d'un examen passé sous leurs yeux. Un premier examen ne donna pas de résultat, en raison des circonstances dans lesquelles il eut lieu, vu l'attitude des ouvriers de la fabrique Ditesheim, qui paraissaient voir de mauvais œil l'entrée de dame Droz dans l'atelier. Après une seconde épreuve, qui eut lieu en l'absence des ouvriers, le travail de la demanderesse fut jugé satisfaisant et elle fut admise par J. Ditesheim et frère" [n.d.r.].

⁶¹⁸ *Ivi*, pag. 272. "Il existe, en effet, dans cette localité deux syndicats, — celui des patrons et celui des ouvriers. — Ces deux syndicats sont liés entre eux par une convention du 29 avril 1888, intitulée "*Convention entre la fédération des chefs d'atelier décorateurs, et la fédération des ouvriers graveurs et guillocheurs*"; cet acte détermine les rapports entre les patrons et les ouvriers graveurs membres des deux syndicats, tant en ce qui concerne l'organisation syndicale, que le mode de travail, les apprentissages et les interdictions".

I Ditesheim, temendo tensioni con la manodopera sindacalizzata, accettarono il fatto compiuto ed esercitarono il recesso dal contratto di lavoro. La signora Droz-Schindler fu costretta a lasciare il lavoro il 4 novembre 1899, trovandosi impossibilitata a trovare un nuovo impiego in altre fabbriche sindacalizzate della città, uniche in grado di offrire un lavoro stabile per la sua specializzazione. Dopo aver esaurito senza successo tutti i ricorsi interni all'organizzazione sindacale, la signora Droz-Schindler intentò una causa per danni contro i rappresentanti dell'organizzazione chiedendo, a titolo di risarcimento del danno, la somma di 2500,00 franchi per la perdita del posto di lavoro e le conseguenti difficoltà economiche. Il Tribunale Federale si trovò a dover decidere era se le azioni del sindacato e dei suoi rappresentanti costituissero un atto illecito ai sensi dell'articolo 50 del Codice delle obbligazioni del 1881, il quale prevedeva: “*chiunque è tenuto a riparare il danno cagionato ad altri con atti illeciti sia volontariamente, sia per negligenza od imprudenza*”⁶¹⁹. La corte decise di confermare la sentenza del Tribunale cantonale di Neuchâtel: rigettò il ricorso e negò il risarcimento articolando su due piani argomentativi la propria decisione. Pur riconoscendo la sussistenza di un nesso di causalità tra la condotta del sindacato e il pregiudizio economico-patrimoniale subito dalla sig.ra Droz — consistito nella sostanziale preclusione dell'esercizio della professione nel contesto locale di La Chaux-de-Fonds — il Supremo collegio operò una netta distinzione tra la lesione di un mero interesse economico e la violazione di un diritto soggettivo, giuridicamente tutelato. Nella motivazione della sentenza, la corte affermò che la finalità perseguita dal sindacato — il miglioramento delle condizioni lavorative dei propri associati attraverso la limitazione della concorrenza, il controllo degli accessi alla professione mediante regolamentazione degli apprendistati e, *in subiecta materia*, l'esclusione delle donne — fosse di per sé lecita e rientrante nell'ambito dei principi di libertà associativa e contrattuale. Pur nell'evidente disparità di trattamento e nel potenziale effetto restrittivo verso i non appartenenti all'organizzazione, il

⁶¹⁹ Edizione certificata autentica dall'autorità competente Codice federale delle obbligazioni in vigore dal primo gennaio 1883, J. Dalp'sche Buchhandlung, Berne, 1882, pag. 24.

sindacato agiva nell'esercizio di prerogative riconosciute dall'ordinamento. I datori di lavoro, dal canto loro, avevano esercitato la propria autonomia negoziale sottoscrivendo accordi che limitavano volontariamente la propria libertà di scelta del personale, senza con ciò violare obblighi giuridici verso terzi. Venne, in particolare, affermato che la sig.ra Droz- Schindler non vantava alcun diritto soggettivo all'assunzione da parte dei fratelli Ditesheim. Il licenziamento, peraltro, aveva rispettato il preavviso contrattualmente previsto. Inoltre, applicando in senso rigoroso e restrittivo la teoria tedesca dello *Schikaneverbot*, nel caso di specie i magistrati non avevano ritenuto sussistere elementi che potessero far ritenere che l'operato del sindacato fosse dettato da intenti vessatori e persecutori nei confronti della ricorrente, la sig.ra Droz-Schindler. Non era stato riscontrato alcun abuso del diritto. Sebbene potesse essere considerata moralmente riprovevole, la condotta sindacale era invece finalizzata alla tutela di interessi collettivi e all'applicazione di regole statutarie di carattere generale⁶²⁰.

“Il est vrai que la conscience juridique moderne tend à modifier le principe *qui suo jure utitur neminem laedit*, en ce sens que le droit, étant la première condition de l'ordre social, ne saurait être employé dans la seule intention de nuire à autrui. Mais, en l'espèce, il résulte nettement des faits de la cause qu'en se constituant en syndicat et en édictant les règlements de leur association, les ouvriers de la Chaux-de-Fonds n'ont pas eu en vue de nuire à certaines personnes déterminées. Bien que le syndicat ait voulu exclure la demanderesse de l'atelier de J. Ditesheim et frère, ce n'était pas là son but final qui est beaucoup plus général”⁶²¹.

Queste pronunce ebbero il merito di preparare il terreno alla codificazione del divieto dell'abuso nel codice⁶²². Se la decisione è stata quella di rinunciare all'inserimento di una parte generale, non significa che i principi generali dell'ordinamento non debbano guidare l'interpretazione del diritto e

⁶²⁰ *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral*, Bände 30, II, pag. 284. “Il est indiscutable que ce système économique est basé sur l'égoïsme; chacun cherche à attirer le plus possible à soi, au détriment des autres. La loi contient des dispositions pour réprimer la concurrence déloyale; mais le but de ces dispositions n'est pas d'établir une certaine répartition des gains, elles visent uniquement les moyens employés pour la modifier. On peut blâmer ce système au point de vue moral et social, et par des considérations d'humanité; mais il n'est pas illégal, tant qu'il n'existe pas de disposition ou de règle légale qui limite cette liberté”.

⁶²¹ *Ibidem*.

⁶²² I. AUGSBURGER-BUCHELI, *Genèse de l'article 2 du Code civil suisse*, in, P. WIDMER, B. COTTIER, *Abus de droit et bonne foi*, Ed. universitaires, Fribourg, 1994, pag. 33.

l'evoluzione dello stesso⁶²³. Tra questi principi, uno dei più importanti è quello della *bonne foi*, che deve informare tutto l'ordinamento e non solo la disciplina delle obbligazioni⁶²⁴. Ma come si vedrà a breve, il concetto di buona fede è considerato da Huber quasi perfettamente sovrapponibile al concetto di equità. Non si tratta di buona fede equitativa: in questo contesto buona fede ed equità sono intese come sinonimi.

Nell'*Avant-projet* redatto da Huber e pubblicato nel 1900 compariva nella formulazione dell'art. 664, disposizione che definiva il contenuto del diritto di proprietà, un espresso divieto di atti emulativi. "*Le propriétaire d'une chose peut en user de la manière la plus absolue, pourvu qu'il ne le fasse pas dans le but évident de nuire à autrui*". Disposizione che, ad un'analisi superficiale, andava a riprendere, semplificandole, le due norme contenute nel Codice dei Grigioni e nel Codice del Cantone di Zurigo. Tuttavia, è lo stesso Huber a descriverne la portata ben più ampia nel secondo volume dell'*Exposé des motifs*. Vengono posti dei seri limiti ai poteri dominicali. "*À côté des droits, il importe de définir les obligations du propriétaire. Nous avons discuté ce point ailleurs [...]. On peut "nuire à autrui" par légèreté, ou à dessein et dans une intention reprehensible (jalouse, etc.). Le législateur n'a pas à entrer dans des détails à ce sujet*". Non viene compiuta la scelta di

⁶²³ HUBER, *Code civil suisse: exposé des motifs*, op. cit., pag. 21. "Si nous avons renoncé à rédiger une partie générale, ce n'est cependant pas que des principes généraux ne doivent point trouver place dans la loi; et nous considérons même les principes généraux comme les assises de notre œuvre. Le législateur pourrait-il ne pas les avoir devant les yeux, lorsqu'il entreprend de régler les détails du code? Ces principes doivent avoir reçu, dans l'intime relation des institutions entre elles, une expression qui donne à chaque détail sa vie propre. Ils présideront à l'interprétation de la loi et dirigeront le développement ultérieur du droit. Mais voyons ce qu'il faut entendre par là".

⁶²⁴ *Ivi*, pagg. 23-24. "Un autre principe d'une portée aussi générale que le précédent consiste dans la sanction donnée à la bonne foi. Bien que, de sa nature, cette règle ait sa place marquée surtout dans le droit des obligations, on en rencontre de fréquentes applications dans les autres sphères du droit. Il suffira de citer le registre foncier, les effets de la possession, la mesure de l'indemnité pour les changements qu'on a fait indûment subir à la propriété, les fiançailles, le mariage. En somme, chacun ne doit bénéficier de la protection des lois, que dans la mesure où l'exige la bonne foi requise dans les affaires et qu'en tant qu'il a été lui-même de bonne foi. Mais la règle ci-dessus n'apparaît dans le projet que par ses applications particulières; elle ne revient, en des termes assez généraux, que dans les éventualités où l'on prévoit que la partie coupable de mauvaise foi pourra, en l'absence même de tout dommage, être condamnée à payer à l'autre une indemnité équitable à titre de satisfaction personnelle".

valorizzare eccessivamente l'elemento soggettivo al fine di restringere il campo applicativo della disposizione. L'abuso stesso viene considerato inconciliabile con il concetto di diritto di proprietà: *“il suffit qu'il y ait “but évident de nuire à autrui”, que, par exemple, un individu élève un mur d'une grande hauteur uniquement pour priver son voisin de soleil. Le droit de voisinage de l'art. 644 ne renferme pas les sauvegardes nécessaires. Au contraire, le devoir general du propriétaire nous offer une précieuse garantie contre un abus du droit, abus inconciliable avec la notion même de la propriété”*⁶²⁵. Ancor più significativo è il fatto che il divieto di *schikane* non venga inteso da Huber come principio speciale circoscritto alla disciplina della proprietà, bensì come espressione di un principio generale, idoneo a trovare applicazione anche in relazione a tutte le altre disposizioni dell'ordinamento, come ad esempio nel campo del diritto delle obbligazioni⁶²⁶. In sede di discussione davanti al Consiglio nazionale, Huber avrebbe peraltro affermato che il principio del divieto dell'abuso del diritto era già stato applicato in ambito giurisprudenziale, e che la scelta di inserirlo nel testo progettuale mirava pertanto a positivizzare una norma già affermata nel diritto vivente. In realtà, la potenziale portata applicativa dell'art. 2 co. 2 dello ZGB avrebbe finito per superare ampiamente l'originario orientamento giurisprudenziale dello *Schikaneverbot*⁶²⁷. La documentazione relativa ai lavori preparatori del civile si presenta significativamente lacunosa per quanto riguarda la scelta di espungere il secondo comma dell'art. 664 ed introdurre una norma generale da inserire nel titolo preliminare⁶²⁸. I verbali delle riunioni della Commissione di redazione del gennaio 1904 sono infatti così incompleti da non permettere di ricostruire

⁶²⁵ ID, *Code civil suisse: exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de justice et police*, Vol. II, Imprimerie Bùchler, Berne, 1901, pag. 42.

⁶²⁶ ID, *Code civil suisse: exposé des motifs*, Vol. I, *op. cit.*, pagg. 9 e ss.

⁶²⁷ LUCIEN-BRUN, *op. cit.*, pag. 44. “En déclarant devant le Conseil National que le principe de l'abus du droit était déjà appliqué et qu'on ne sanctionnait que ce qui était en fait du droit existant, M. Huber, s'il songeait peut-être à prévenir par là des oppositions possible, réduisait donc avec trop de discrétion la portée du principe nouveau. Car, en dehors des applications indirectes que le Codea fait de l'abus de droit à plusieurs des matières principaux où la pratique avait pose la question avant même que la doctrine s'en emparât, contrôle de l'union conjugale et de l'autorité domestique, droit de propriété, usure, louage de services à durée indéterminée et droit de grève, clauses prohibitives de concurrence, l'art. 2, par sa formule catégorique et très générale, ajoute assurément au droit antérieur”.

⁶²⁸ EGGER, *op. cit.*, pag. 31.

con precisione le intenzioni originarie dei componenti della commissione⁶²⁹. La norma, in un primo momento collocata nell'art. 3 del codice, compare improvvisamente nel testo del progetto presentato alle Camere nel 1904. Tuttavia, il rinvenimento di numerose bozze manoscritte contenenti la formulazione attuale della norma nei documenti di Huber, hanno spinto alcuni autori, primo fra tutti Hans Merz, ad attribuire la paternità della disposizione al giurista dell'Università di Berna⁶³⁰. È verosimile che i redattori, constatata la scarsa risonanza dottrinale e l'assenza di dibattito suscitata dal secondo comma dell'art. 664 dell'*Avant-projet*, abbiano deliberatamente optato per un approccio normativo più ambizioso. Davanti al Consiglio nazionale è sempre Huber a giustificare la scelta tecnica di accostare la norma sul divieto di abuso del diritto alla norma della buona fede⁶³¹. Il divieto di *Rechtmissbrauch*, prosegue Huber relazionando in lingua tedesca, non è altro che un corollario, una declinazione del generale principio della *Treu und Glauben*⁶³². La nozione di esercizio abusivo di un diritto non può essere considerata contraddittoria: i limiti di una posizione soggettiva sono insiti nella sua essenza. Spetterà ai tribunali, sulla base delle singole disposizioni e ai principi generali dell'ordinamento, delineare tali confini nella loro applicazione concreta⁶³³. Ma è nel messaggio del Consiglio federale all'Assemblea legislativa del 28 maggio 1904 che viene palesata la vera portata normativa della disposizione. Si osserva come l'art. 3 (successivamente collocato nell'art. 2 comma 2 nella versione definitiva del testo) abbia sostanzialmente generalizzato il divieto di abuso del diritto, estendendone l'ambito di applicazione all'intera sfera dei diritti soggettivi, superando l'impostazione restrittiva adottata dal progetto del 1900, che, dal punto di vista testuale, lo limitava al solo ambito della proprietà. Tale formulazione di carattere generale assume pertanto la funzione di uno *strumento normativo straordinario*, finalizzato a fornire tutela laddove i rimedi ordinari si rivelino

⁶²⁹ *Ivi*, pag. 31.

⁶³⁰ H. MERZ, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Einleitung und Personenrecht, Einleitung: Artikel 1-10 ZGB*, Band I, Stämpfli & Cie, Bern, 1962, pag. 229.

⁶³¹ *Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse, Conseil national*, 1906, pag. 1037.

⁶³² *Ibidem*.

⁶³³ *Ibidem*.

inadeguati a fronteggiare situazioni di pregiudizio che, in assenza di un simile correttivo, comprimerebbero irrimediabilmente le esigenze di giustizia del caso concreto. Si voleva consegnare nelle mani dei giudici uno strumento in grado di moralizzare l'ordinamento; uno strumento in grado di correggere anche quelle convenzioni caratterizzate da un evidente squilibrio contrattuale. Come avrebbe icasticamente sintetizzato il sig. Hoffamn, deputato al Consiglio di Stato per il Cantone di San Gallo, la norma aveva l'obiettivo di contrastare "*les exigences à la Schylock*"⁶³⁴.

"Les trois articles suivants sont destinés à fixer quelques notions générales concernant l'étendue des droits civils. L'article 3 vise l'abus que les personnes pourraient faire de leurs droits; le projet de 1900 en disposait déjà de même (art. 644), mais en limitant au droit de propriété la défense de l'exercer abusivement. Des considérations pratiques militent en faveur de notre formule, toute générale. Nous avons créé là une sorte de recours extraordinaire, qui doit assurer le respect de la justice au profit de ceux qui souffriraient de l'abus évident qu'un tiers ferait de son droit, lorsque les moyens ordinaires ne suffisent pas à les protéger"⁶³⁵.

Ulteriore prova della portata equitativa che i redattori vollero attribuire alla norma sull'abuso del diritto è rinvenibile in una lettera del carteggio intercorso tra l'autore materiale della disposizione, Eugen Huber, e Raymond Saleilles⁶³⁶. Benché l'epistolario sia dimezzato⁶³⁷, dato che è stato possibile rinvenire solamente le lettere inviate dal giurista borgognone, è comunque possibile, almeno per quanto riguarda l'argomento di questa trattazione,

⁶³⁴ *Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse, Conseil d'Etat*, 1907, pag. 114.

⁶³⁵ *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de Code civil suisse du 28 mai 1904*, pag. 14.

⁶³⁶ Le missive inviate da Saleilles a Huber nel periodo tra il 1895 e il 1991 sono state raccolte da A. ARAGONESES, in *Recht im Fin de siècle, Briefe von Raymond Saleilles an Eugen Huber (1895-1911)*, Vittorio Klostermann, 2007.

⁶³⁷ CARONI, *Quando Saleilles dialogava*, op. cit., pagg. 267-268. "Inizia proprio così, [...], un intenso scambio epistolare fra due giuristi, che finora non si erano mai incontrati, ma che una sintonia di fondo avvicinava. Ne conosciamo purtroppo solo la metà, quelle 105 lettere, cartoline e biglietti vari, che Saleilles recapitò fra il febbraio 1895 e la fine del 1911 all'interlocutore bernese. Le cui risposte sono introvabili, ma a ben vedere non del tutto. Tant'è che è plausibile immaginarle tempestive, dettagliate, esaurienti, poiché solo così potevano placare la sete conoscitiva e l'intelligente, stimolante, occasionalmente puntigliosa curiosità di Saleilles. Anche se dimezzato, l'epistolario documenta per intero l'operosità, la cultura, la rispettosa amicizia di colleghi che sapevano e sentivano di guardare nella stessa direzione, di condividere gli stessi valori e di nutrire le analoghe speranze".

ricostruire in gran parte il contenuto delle missive inviate da Huber dalle risposte di Saleilles. Interessato alla norma relativa all'abuso del diritto, in quanto anch'esso impegnato nelle attività della commissione istituita nel 1904 in occasione del centenario del *Code Napoléon*⁶³⁸ (*supra*), in data 11 febbraio 1905 Saleilles invia una lettera chiedendo chiarimenti circa la norma dell'abuso del diritto (l'art. 3) contenuta nel titolo preliminare del progetto presentato all'Assemblea legislativa nel maggio dell'anno precedente. Il giurista francese non perde l'occasione per far notare l'endemico astio nei confronti dei cattolici all'interno della comunità giuridica, osservando quanto segue: più i suoi colleghi sono anticlericali, più sono tradizionalisti e conservatori nel campo del diritto.

Je vois dans le Journal de Genève de ce matin que la Commission du Code civil vient de clore sa première session et qu'elle a achevé tout ce qui concerne le Titre Préliminaire et le Premier Livre, celui relatif aux Personnes. C'est la partie, précisément, qui m'intéresse tout particulièrement parce que la Commission nommée chez nous pour Réviser le Code civil s'est divisée en plusieurs Sections, chacune correspondant à la Première Section, qui est précisément chargée d'étudier le titre Préliminaire et le livre relatif aux Personnes. Je me heurte à un très grand parti pris de routine et de conservation mesquine et étroite. J'ai cependant obtenu. À l'exemple du principe admis par vous dans votre titre Préliminaire, que l'on met au moins à l'étude la question de l'abus de droit, et que, au début du titre "des Personnes", on plaçait la réglementation de droit Privé des Personnes Morales et des Fondations. [...] En France, on n'est radical que contre la Liberté religieuse, en tout le reste on piétine sur place. Et je remarque que plus j'ai affaire aux anticléricaux plus je trouve conservateurs et traditionalists sur le terrain du droit⁶³⁹.

La risposta di Huber non si sarebbe lasciata attendere. Nella sua replica, il giurista bernese illustrò l'obiettivo e la portata del principio secondo l'idea

⁶³⁸ *Ivi*, pagg. 274-275. "Saleilles fu tra questi, *révisionniste* della prima ora: membro influente della commissione extraparlamentare istituita nel dicembre 1904, ne frequentò assiduamente i lavori fin che visse. Ma senza nutrire soverchie speranze, come confessò ripetutamente a Huber". L'autore si riferisce, tra le molte, al contenuto della lettera del 29 dicembre 1904, in *Recht im Fin de siècle*, *op. cit.*, pagg. 130-131, "Cependant j'ai pu, sans en courir de trop grands, aller, il y a huit jours, à la première réunion de cette commission de Révision du Code civil que vient de nommer le Ministère de la Justice. Mon impression est, de plus en plus, que ce n'est pas encore cette première Commission qui accomplira l'œuvre tant désirée. Il y a trop coutumes et préjugés accumulés contre notre Projets de réforme. Dans tout le monde du Palais, chez les Magistrats ed avocats, on est très décidé à procéder par voie d'obstruction".

⁶³⁹ *Ivi*, pagg. 131-132, lettera dell'11 febbraio 1905.

della Commissione, fornendo anche esempi concreti di fattispecie in cui si sarebbe potuta configurare la fattispecie dell'abuso. Uno in particolare, quello relativo alla risoluzione del contratto di locazione, colpì Saleilles per la sua portata esplicativa. Preliminarmente, nella lettera inviata in data 14 marzo 1905, il giurista francese riporta le difficoltà incontrate nella commissione in cui egli era membro nel convincere i suoi colleghi ad inserire una norma generale nel titolo preliminare sul modello del progetto del codice svizzero.

“Sur cette question de l’abus du droit, je me heurte aux méfiances et surtout, je crois, aux ignorances les plus enracinées. J’ai proposé d’en admettre le principe dans le titre Préliminaire, à l’exemple de votre Project. Et, très habilement, on a présenté un amendement qui ne touche pas encore aux question de fond, mais seulement aux questions de méthode. On veut en renvoyer l’examen à propos des obligations délictuelles, parce que, chez nous, dans la Jurisprudence, c’est toujours sur le terrain de la réparation délictuelle, sur l’art. 1382, que la question s’est posée, par la bonne raison que, dans l’état actuel, il n’y avait pas d’autre texte auquel elle pu s’accrocher”⁶⁴⁰.

Aveva comunque chiesto e ottenuto la possibilità di redigere un rapporto sull’opportunità di positivizzare un tale principio nel *Code*; rapporto di cui si sarebbe data lettura ai membri della commissione. Ma ecco l’esempio che tanto soddisfa Saleilles e che spiega la portata della norma sull’abuso del diritto. “*L’exemple que vous m’indiquez du bailleur qui veut mettre son locataire à la porte à l’expiration du bail, alors que celui-ci est dangereusement malade et que, d’autre part, l’appartement n’est encore loué à personne, est excellent pour la démonstration que j’ai en vue*”⁶⁴¹. Il locatore

⁶⁴⁰ *Ivi*, pag. 133, lettera del 14 marzo 1905. “En demandant ce renvoi, on espère enterrer la question, parce que la Sous-Section qui est chargée d’étudier cette partie spéciale du Projet ne paraît guère disposée, moins encore que la nôtre, à entrer dans cette voie. J’ai défendu mes idées de mon mieux; et j’ai enfin obtenu que l’on me permît de faire un Rapport sur la question, portant principalement sur l’intérêt qu’il peut y avoir à donner au principe une formule générale écrite au frontispice de la codification, au lieu de la restreindre à une conception plus étriquée qui ne prendrait place que dans les obligations à propos des délits et quasi-délits. Et sur ce point l’exemple que vous m’indiquez dans votre lettre me sera très précieux; car si la question ne porte que sur la question de réparation délictuelle, le résultat ne peut se traduire que par voie d’indemnité et de dommages intérêts, alors que ce que j’entends et ce que je veux, c’est que, le droit faisant défaut on puisse, par avance, en refuser l’exécution et prendre, par conséquent, des moyens préventifs, sans attendre qu’il y ait lieu à réparation”.

⁶⁴¹ *Ibidem*.

che, o per scadenza del contratto o a seguito di risoluzione per morosità, sfratta il conduttore malato o bisognoso senza che vi sia un nuovo inquilino pronto a subentrare, sta commettendo un abuso. In questo caso, i doveri di solidarietà sociale comprimono il diritto di proprietà al punto da non permettere lo sfratto anche quando il conduttore occupi ormai senza titolo l'immobile. La parte debole può richiedere l'intervento del giudice al fine di bloccare l'esercizio moralmente e socialmente deplorevole, ma formalmente ineccepibile, del proprietario. Il giudice è chiamato a correggere lo squilibrio economico delle parti, soccorrendo la parte più debole e censurando la condotta della parte economicamente più forte: un vero e proprio ministro d'equità. Ci si colloca al di là della mera repressione degli atti emulativi, superando altresì la tradizionale nozione di buona fede oggettiva, intesa come standard comportamentale di correttezza e lealtà. A tal fine, il giudice è investito di un potere correttivo volto a riequilibrare le posizioni delle parti caratterizzate da un eccessivo divario economico-patrimoniale, assurgendo al ruolo di garante dell'equilibrio negoziale. Equilibrio contrattuale che, essendo frutto dell'autonomia contrattuale tradizionalmente, deve ritenersi in genere insindacabile in sede giurisdizionale.

Colto il reale significato della norma, si era si era alzata qualche voce critica. Fuori dall'Assemblea legislativa la norma era stata tacciata da alcuni giuristi di essere contraddittoria e antigiuridica. Alfred Henri Martin, professore di diritto all'Università di Ginevra, in un intervento sulla rivista *Revue de droit suisse* risalente al 1906 aveva fortemente criticato la formulazione della norma⁶⁴². Il diritto è per sua essenza assoluto e perde ogni utilità se non può essere esercitato fino in fondo. “*L'essence du droit est de pouvoir être exercé. Un droit dont on ne peut pas se servir est absolument inutile*”⁶⁴³. Martin, in particolare, cerca di dimostrare che l'applicazione delle regole generali sulla responsabilità da fatto illecito sono pienamente

⁶⁴² A. H. MARTIN, *L'abus du droit et l'acte illicite*, in *Revue de droit suisse*, 25, Verlag von Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1906, p. 31. “Nous sommes arrivés à la conclusion que la notion dell'abus du droit, dans le sens d'exercice illicite du droit, est contradictoire et antijuridique, et qu'il est facile d'en tirer des conséquences fâcheuses pour l'ordre public”.

⁶⁴³ *Ivi*, pag. 31.

sufficienti e che, se era giuridicamente accettabile l'orientamento giurisprudenziale volto alla repressione della *shikane*, lo stesso non poteva dirsi per l'art. 2 comma 2 dello ZGB che avrebbe lasciato troppo potere discrezionale in mano ai giudici e aperto la strada a decisioni potenzialmente arbitrarie⁶⁴⁴. L'anno precedente era apparso sulla rivista *Journal des tribunaux* un articolo firmato da Eugène Cordey⁶⁴⁵, che poneva l'accento sulla difficoltà che avrebbero incontrato i magistrati svizzeri, in gran parte giudici onorari, nell'applicare una norma di difficile interpretazione anche per i giuristi professionisti. “*Nous n'avons en Suisse que fort peu de Tribunaux qui ne soient pas composés exclusivement de laïques. Comment exiger d'eux qu'ils appliquent sainement un texte de loi qui, pour les jurists eux-mêmes, est hérissé de difficultés et confine à l'un des problèmes les plus délicats? Ne seront-ils pas exposés à abuser eux-mêmes étrangement de cette notion du droit, sous prétexte d'équité?*”⁶⁴⁶.

Tuttavia, le paure dei critici della teoria dell'abuso del diritto non si concretizzarono. Paradossalmente, dopo l'entrata in vigore dello Zivilgesetzbuch nel 1912, nell'unico ordinamento europeo che aveva positivizzato e previsto un così ampio potere giurisdizionale, il Tribunale federale fece raramente ricorso all'art. 2 comma 2 dello ZGB⁶⁴⁷. E quando lo fece, ne ridusse considerevolmente il perimetro applicativo. Tra le poche decisioni del supremo Collegio svizzero che menzionarono la norma sull'abuso del diritto, possiamo ricordare quella 5 febbraio 1946. La causa opponeva il sig. Bieri, venditore di un podere agricolo, al sig. Schneuwly, acquirente⁶⁴⁸. La vicenda prendeva le mosse da un contratto di compravendita non solo perfettamente concluso, ma anche integralmente eseguito da entrambe le parti: l'acquirente aveva adempiuto al versamento del prezzo ed era divenuto proprietario del fondo a seguito della trascrizione nel registro

⁶⁴⁴ *Ivi*, pagg. 46-47. “Nous avons exposé les raisons, pour lesquelles la théorie de l'abus du droit nous paraît inadmissible. Il nous reste à démontrer qu'elle est superflue et qu'il est facile de satisfaire aux besoins de justice que ses défenseurs invoquent, en appliquant tout simplement les règles générales de la responsabilité résultant des actes illicites”.

⁶⁴⁵ E. CORDEY, *La notion de l'abus de droit: à propos de l'art. 3 du Projet de Code civil suisse*, in *Journal des tribunaux*, 58, 1905, pagg. 98-107.

⁶⁴⁶ *Ivi*, pag. 107.

⁶⁴⁷ LUCIEN-BRUN, *op. cit.*, pagg. 49-52.

⁶⁴⁸ *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral*, Bände 72, II, pagg. 39-45.

fondario, mentre il venditore, rimasto nell'immobile nella veste di conduttore, aveva onorato il pagamento del canone pattuito per un oltre un anno. A distanza di due anni dalla stipula, il signor Bieri, ritenendo non più vantaggioso il negozio di compravendita concluso precedentemente, promuoveva azione giudiziale volta all'annullamento del contratto, eccependo un vizio formale⁶⁴⁹. Nello specifico, sosteneva l'invalidità dell'atto notarile deducendo l'inidoneità di uno dei due testimoni, da lui stesso proposto, in quanto suo bracciante, il sig. Knecht. Invero, la legge notarile del Cantone di Friburgo, all'art. 76 capoverso 6, precludeva a soggetti legati da un rapporto di lavoro subordinato con una delle parti svolgere la funzione di testimone sancendo, in caso di violazione, l'annullabilità dell'atto. Pur avendo la possibilità di risolvere la controversia negando al sig. Bieri la legittimazione ad invocare la nullità basata sulla legge notarile – attesa la circostanza che egli stesso aveva proposto il proprio dipendente, il sig. Knecht, nella veste di testimone, e considerato che la *ratio* della disposizione era evidentemente finalizzata a proteggere la controparte – il Tribunale Federale preferì basare la propria decisione sul richiamo all'art. 2 ZGB⁶⁵⁰. Secondo il Supremo Collegio elvetico, infatti, sebbene il contratto fosse

⁶⁴⁹ *Ivi*, pagg. 39-40. “Bis zum 27. April 1942 war der Kläger Bieri Eigentümer eines landwirtschaftlichen Heimwesens in Muhrenvorsatz. An diesem Tage verkaufte er es an den Beklagten Pfarrer Schneuwly. Der Preis betrug Fr. 31,000. Er wurde vom Käufer durch Übernahme der Hypothekarbelastung und Barzahlung sofort erlegt. Zusätzlich vereinbarten die Parteien, dass Bieri als Pächter gegen Entrichtung eines Pachtzinses von jährlich Fr. 1200.- für drei Jahre auf der Liegenschaft bleiben könne. Die Verschreibung des Geschäftes fand in der Wohnung des Klägers statt, wohin sich der Beklagte in Begleitung eines Notars eigens begeben hatte. Dieser verlangte, nachdem der Kaufvertrag ausgefertigt war, zwei Zeugen. Der Verkäufer nannte seinen Nachbarn X. und seinen Knecht F. B. Er bemerkte, dass ausser ihnen in der näheren Umgebung niemand erreichbar sei und er diese Zeugen auch aus Diskretionsgründen bevorzuge. Weder der Notar noch der Käufer erhoben Einwendungen. Die beiden Zeugen wurden herbeigerufen, nahmen vom Inhalt der Urkunde Kenntnis und unterzeichneten diese mit den Kontrahenten und dem Notar”.

⁶⁵⁰ *Ivi*, pag. 41. “Hinsichtlich der Anwendbarkeit des Art. 2 ZGB bleibt es übrigens ohne Einfluss auf das Schicksal der Klage, ob Nichtigkeit oder blosser Anfechtbarkeit des Kaufvertrages angenommen wird. Auch wenn man ersteres voraussetzen wollte, könnte der Argumentation des Klägers nicht beigegeben werden. Seine grundlegende Behauptung, die Geltendmachung der aus einem Formmangel resultierenden Nichtigkeit stelle niemals einen Rechtsmissbrauch dar, ist offensichtlich irrig. Richtig ist nur, dass die Anrufung des Formmangels an sich keinen Rechtsmissbrauch bedeutet. Dagegen können im konkreten Fall die Umstände so liegen, dass die Geltendmachung des Formfehlers als rechtsmissbräuchlich erscheint und die Einrede nach Art. 2 ZGB gegeben ist”.

formalmente viziato, il venditore, il sig. Bieri, aveva esercitato in mala fede il potere di impugnazione previsto dalla norma notarile, abusandone con il solo fine di eludere un contratto del quale si era pentito in un secondo momento. Confermando la pronuncia del giudice di merito, il Tribunale Federale rigettava pertanto il ricorso e dichiarava la piena efficacia del contratto di compravendita⁶⁵¹.

In definitiva, il profilo forse più significativo emerso dall'analisi della clausola generale sull'abuso del diritto nell'ordinamento svizzero risiede nella dialettica tra la *potestas iudicis* conferita dal legislatore e la *prudentia* esercitata dalla magistratura nella sua applicazione. Sebbene il legislatore avesse munito l'interprete di uno strumento di equità sostanziale di potenziale assai invasiva, in grado di modificare gli esiti dei rapporti giuridici secondo criteri unicamente equitativi, i giudici elvetici, consapevoli della carica eversiva insita in tale potere e della conseguente necessità di auto-limite, ne circoscrissero deliberatamente l'ambito operativo. Pur in presenza di un esplicito fondamento normativo che avrebbe legittimato decisioni *secundum aequitatem*, le corti svizzere privilegiarono, non senza una certa dose di coraggio, il primato della certezza del diritto e dell'autonomia contrattuale, impiegando l'art. 2 co. 2 ZGB con estrema parsimonia. Il successivo evolversi dell'ordinamento, caratterizzato dall'avvento di una compiuta legislazione sociale e dall'espansione dello stato del benessere, avrebbe peraltro reso obsolete molte delle potenziali applicazioni della norma, consegnandola progressivamente a un ambito di interesse prevalentemente storiografico.

⁶⁵¹ *Ivi*, pag. 45. "An diese Auslegung des kantonalen Rechtes ist das Bundesgericht gebunden. Die Tatsache, dass eine Formvorschrift dem Schutze der einen Partei dient, schließt nun allerdings nicht notwendigerweise das Klagerecht der anderen aus. Es mag dem Kläger auch eingeräumt werden, dass ausnahmsweise die Interessenlage einmal umgekehrt sein kann, als die Vorinstanz angenommen hat. Hier aber trifft das jedenfalls nicht zu. Der Kläger hatte weder im Zeitpunkte des Vertragsschlusses noch zwei Jahre später ein schutzwürdiges Interesse an der Beobachtung des Art. 71 Ziff. 6 des Notariatsgesetzes. Er selbst hatte den Beizug seines Knechtes als Zeuge angeregt und aus Diskretionsgründen direkt gewünscht, mithin not nur die Verletzung der Formvorschrift (obzwar unbewusst) herbeigeführt, sondern daraus auch einen persönlichen Vorteil gezogen. Es widerspricht daher offenkundig Treu und Glauben, wenn er heute unter Anrufung eben dieser Formverletzung sich vom Vertrage loszusagen versucht".

3.4. Epilogo

Avviandoci verso la conclusione del nostro lavoro sull'evoluzione della teoria dell'abuso del diritto, appare doveroso sunteggiare la vicenda del recepimento nel contesto giuridico italiano della. Non ci soffermeremo sul periodo storico del XIX secolo. Sul punto, deve ritenersi completa ed esaustiva la ricostruzione effettuata da Giovanni Cazzetta⁶⁵². Con riferimento all'oggetto di questa trattazione, vorremmo, invece, approfondire l'analisi di uno dei più ambiziosi e avanguardistici progetti di riforma approntati nei primi anni del XX secolo: il progetto italo-francese di Codice delle obbligazioni. Nel 1906, il Ministro di Grazie e Giustizia Nicolò Gallo affidava ad un gruppo di oltre trenta giuristi, tra i quali spiccano i nomi di Vittorio Polacco, Vittorio Scialoja ed Emilio Bensa, l'incarico di riformare il Codice civile Pisanelli⁶⁵³.

⁶⁵² Facciamo riferimento al saggio nel saggio *Abuso del diritto e forma di unità del giuridico* pubblicato in *Rivista di diritto civile* e all'opera *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*. In quest'ultima, nel capitolo intitolato *Certezza del diritto e società del codice. Il problema dell'abuso del diritto*, partendo dall'ormai celebre sentenza Renault del 2009, l'autore ricostruisce efficacemente il recepimento e l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale della vicenda dell'abuso del diritto, considerato alla stregua di un'araba fenice, nel contesto francese e, soprattutto, nel contesto giuridico italiano. Con riferimento al XIX secolo, facendo riferimento ad una perenne tensione tra il principio del *neminem laedere* e quello del *qui iure suo utitur neminem laedit*, prendendo le mosse dall'opera del giurista toscano F. DEL ROSSO, *Saggio di diritto privato attuale preceduto da introduzione di diritto naturale e seguito da note perpetue di gius romano*, Vol. III, Pieraccioni, Pisa, 1844, Cazzetta ripercorre l'evoluzione del pensiero giuridico dei principali giuristi: passando per la scuola dei commentatori, dove è d'obbligo il riferimento a L. BORSARI, *Commentario al Codice civile italiano*, Utet, Torino, 1878, la nota di Vittorio Scialoja alla sentenza della Cassazione fiorentina del 13 dicembre 1877, il plauso di G. SOLARI all'inserimento del § 226 da parte del legislatore tedesco nel nuovo BGB in *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste nel diritto privato* risalente al 1906, lo scontro dottrinale tra G. P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. I. Colpa contrattuale*, Bocca, Torino, 1897 e L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società editrice libraia, 1901, relativo alla materia del recesso *ad nutum*. Richiamate anche la sentenza della Corte d'appello di Napoli del 2 luglio 1901 e la decisione della Cassazione napoletana del 26 maggio 1903 nell'ambito della configurabilità o meno di limiti al diritto di libera organizzazione sindacale. Il capitolo giunge fino ai primi anni della Repubblica dove vengono ricostruiti i tentativi, rivelatisi successivamente fallimentari, di positivizzare, in sede di Assemblea costituente, la figura dell'abuso del diritto nel testo costituzionale.

⁶⁵³ SOLIMANO, *op. cit.*, pag. 330. "Le celebrazioni di inizio secolo del centenario del *Code civil* e del Codice austriaco inducono i Governi a insediare delle Commissioni di riforma. A Parigi i membri (fra i quali figura Saleilles) non approdano ad alcun risultato concreto. In Italia il Ministro della Giustizia Nicolò Gallo, un politico guadagnato alla causa solidaristica, nel 1906 affida l'incarico di riformare il codice civile del 1865 a ben trenta giuristi".

L'impellente necessità di superare il Codice del 1865 era già stata ampiamente segnalata nel 1885 da Enrico Cimbali, esponente della cosiddetta corrente eterodossa⁶⁵⁴. *“In mezzo a tanta vertigine di rivolgimenti e di trasformazioni, quasi nave incantata che solca tranquilla le onde burrascose dell’oceano seminate di moribondi e cadaveri, il diritto civile sembra non risenta per nulla l’influenza rivoluzionaria dei nuovi tempi”*⁶⁵⁵. La morte del Ministro, avvenuta il 7 marzo del 1907, sancisce l’arresto dei lavori⁶⁵⁶ ma nel 1916 si assiste ad un nuovo tentativo di riforma⁶⁵⁷. L’idea era già stata avanzata da Vittorio Scialoja in un discorso al Senato risalente al 1905⁶⁵⁸. Mentre a *Verdun*

⁶⁵⁴ *Ivi*, pag. 320. “Ci siamo soffermati sulla figura di Enrico Cimbali, perché essa rappresenta il giurista eterodosso normotipo: nel suo pensiero si ritrovano non poche di quelle costanti che caratterizzano l’azione di figure di altri civilisti, pur molto diversi fra loro. Essi avviano una polemica contro il diritto romano, che essi considerano un ostacolo all’adeguamento del diritto all’incandescente realtà sociale e parimenti l’emblema di un diritto monoclasse, inapplicabile ad una società soggettivamente composita come quella di fine Ottocento”.

⁶⁵⁵ CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti sociali ed economici con proposte di riforma della legislazione vigente*, Unione tipografica-editrice, Torino, 1885, pag. 5. Tra le proposte avanzate giovane siciliano, che morirà prematuramente nel 1887, solo due anni dopo la pubblicazione della sua opera principale, vi è quella della dell’approvazione di leggi speciali nell’attesa della realizzazione di un nuovo codice di diritto privato sociale. Sul punto, si veda, ID, *op. cit.*, pagg. 39-40. “Or non è dubbio che da mezzo secolo in qua, specialmente per effetto dello spirito potente di associazione e della forza onnipotente dei capitali, alimentata dallo sviluppo meraviglioso delle scienze fisico-chimiche, dai progressi giganteschi della grande industria e dall’espandersi prodigioso del credito, siasi compiuta una trasformazione così profondamente radicale nel mondo economico, da produrre per naturale conseguenza una immensa serie di rapporti corrispondenti nel mondo giuridico, interamente nuovi ed assolutamente ignoti alle legislazioni civili vigenti, che trassero l’ispirazione delle regole in esse contenute da un ordine di fenomeni economico-sociali quasi del tutto modificati o spariti. E poichè qualunque classe di fenomeni dell’umana attività estrinsecantesi in rapporti ed attinenze sociali dà luogo sempre a diritti ed obbligazioni, in quanto chè bisogna determinare la sfera e la misura della medesima per mantenere l’equilibrio *proportio hominis ad hominem* fra le varie forze umane agenti e reagenti, ne deriva la conseguenza inesorabile che tutti i fenomeni nuovi della vita agricola, commerciale ed industriale, che rappresentano i diversi lati del fenomeno economico, non trovano nessuna norma regolatrice atta a governarli nei codici civili vigenti. Onde il bisogno, divenuto imperioso negli Stati moderni, di emanare leggi speciali apposite per governare e disciplinare, a misura che si presentano, fenomeni e rapporti sociali nuovi, aventi la loro ragion d’essere non già in una causa transitoria ed isolata, ma determinati bensì da un complesso di cause permanenti, frutto del principio trionfante di socialità, che assicurano la crescente diffusione e la frequente riproduzione dei medesimi”.

⁶⁵⁶ SOLIMANO, *op. cit.*, pag. 330.

⁶⁵⁷ *Ivi*, pag. 330.

⁶⁵⁸ SCIALOJA, *L’intesa giuridica fra l’Italia e la Francia. Discorso pronunciato alla Sorbona il 18 aprile 1918*, in *Rivista di diritto civile*, Società Editrice Librai, Roma-Milano-Napoli, 1918, pagg. 144.

il primo conflitto mondiale raggiunge la sua fase più sanguinosa e distruttiva, nel novembre del 1916 un comitato di giuristi si riunisce nella Sala degli Arazzi della Corte d'appello di Milano, sede del Collegio degli Avvocati milanesi⁶⁵⁹. L'obiettivo è la redazione di un progetto di legge volta a riformare la disciplina delle obbligazioni civili e commerciali⁶⁶⁰. Pochi giorni dopo, si costituisce a Parigi l'omologo comitato francese che prende il nome di *Comité Français pour l'union l'égislative entre les nations amies et alliées*. Presidente è il decano dell'Università di Parigi Larnaude, vicepresidente è il decano onorario della stessa facoltà, Lyon-Caen, e segretario è nominato Capitant, professore a Parigi di diritto civile e legislazione comparata⁶⁶¹. Nella conferenza del 18 aprile 1918 tenutasi alla Sorbona, a guerra ancora in corso, Scialoja ne delinea con maggior precisione le ragioni dell'idea di un codice delle obbligazioni condiviso con i francesi⁶⁶². A tal riguardo, il giurista torinese asserisce che “*la progressiva espansione e l'alta frequenza*” di rapporti economici “*anche se solo di ordine e apparentemente nell'interesse privato*” avrebbe inevitabilmente reso necessario, “*con la solidarietà*

⁶⁵⁹ CHIODI, “*Innovare senza distruggere*”: il progetto italo-francese di Codice delle obbligazioni e dei contratti, in *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, a cura di G. ALPA e G. CHIODI, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pagg. 53-54.

⁶⁶⁰ *Ibidem* in nota. “Il Comitato italiano, formato da ventiquattro giuristi, comprendeva tra gli altri: Scialoja (presidente), Ascoli, Bensa, Chironi, Cogliolo, Leonardo Coviello, D'Amelio, Marghieri, Polacco, Segrè, Simoncelli, Sraffa e Vivante. Della Commissione Reale faranno invece parte, oltre a Scialoja (presidente), Ascoli, Bensa, Polacco, Leonardo Coviello, Segrè, nuovi componenti come Bonfante, Brugi, de Ruggiero, Fadda, Vassalli, Verzi e Maroi (segretario). Il Comitato francese contava tra i suoi membri ben quarantanove giuristi, tra i quali: Larnaude, Lyon-Caen, Capitant, Colin, Demogue, Gaudemet, GénY, Josserand, Julliot de la Morandière, Ripert e Thaller”. Così anche SCIALOJA, *L'intesa giuridica fra l'Italia e la Francia*, op. cit., pagg. 144-145. “Nel novembre 1916 si costituì un “Comitato italiano per una alleanza legislativa fra le nazioni amiche” al fine di predisporre e promuovere verso il Governo la revisione della nostra legislazione in concordanza con analoga revisione del diritto francese in modo da formare un diritto comune delle obbligazioni civili e commerciali. Si decise che d'accordo con analogo Comitato francese venisse stabilito il programma generale degli studi per la revisione sopra indicata e che il Comitato avesse pure per scopo: a) la revisione delle norme concernenti la risoluzione dei conflitti di leggi con l'intento di raggiungere anche in questo punto la desiderata uniformità fra i due paesi; b) la revisione delle convenzioni internazionali relative alla esecuzione dei giudicati stranieri; c) che il Comitato studiasse infine la possibilità di estendere il lavoro di unificazione legislativa alle altre nazioni amiche”.

⁶⁶¹ *Ivi*, pag. 145.

⁶⁶² CHIODI, “*Innovare senza distruggere*”: il progetto italo-francese, op. cit., pag. 47.

dell'interesse sociale", unificare mediante un libero accordo fra il Regno d'Italia e la Repubblica francese "il sistema regolatore giuridico di tutti questi rapporti"⁶⁶³. L'economia europea avrebbe imposto, "con l'uguaglianza dei negozi", anche "l'uguaglianza di norme giuridiche"; al contrario, non vi sarebbe alcuna ragione logica per giustificare l'idea che "l'identico rapporto per l'identico interesse particolare" debba sottostare ed essere regolato da "regole di diritto difformi, per il solo variare di un elemento estrinseco, quale il territorio"⁶⁶⁴. Come osservato da Giovanni Chiodi, si lavora per una comune piattaforma legislativa⁶⁶⁵. Il progetto transnazionale cerca di perseguire un'unità giuridica; un'unica "lingua del diritto"⁶⁶⁶ che permetta all'Europa di ritrovare le proprie radici e di salvare il patrimonio spirituale europeo "affinché esca vittorioso dalla crisi che lo investe e travaglia e meglio adatto ai più ardui uffici della futura pace"⁶⁶⁷. Riconosciuta l'utilità dell'unificazione legislativa almeno per quanto riguarda l'ambito dei negozi commerciali, prosegue Scialoja, "possano facilmente accordarsi per formare mediante studi comuni leggi, le quali siano liberamente accettate come

⁶⁶³ SCIALOJA, *L'intesa giuridica fra l'Italia e la Francia*, op. cit., pagg. 134-135. Sul punto, l'autore sostiene: "è il mio fermo convincimento che il problema dell'uniformità di una parte del diritto privato tra gli Stati più civili si sarebbe imposto a studiosi e legislatori di Europa, per naturale svolgimento di fatti e di principii, ancorché la guerra non fosse scoppiata. [...] Tale è infatti la natura del diritto; il quale non può non accompagnare lo sviluppo della vita di relazione tra gli uomini, in ciò che essa viene costituendo di universale e costante. Tra la spontaneità dei prossimi rapporti e il ripetersi cosciente e volontario dei successivi, il diritto s'inserisce come un atto riflesso della ragione, per dettare le condizioni tipiche della loro utile ripetizione, del loro stabile regolamento in conformità ai loro fini. Poiché il diritto è definizione, è logica, è ordine, è misura, è legge per questa sua funzione che disciplina i rapporti umani commisurandoli astrattamente allo scopo, dando a tutti la certa proporzione del loro modo di costituirsi e di esibirsi e così garantendone la possibilità e la continuità".

⁶⁶⁴ *Ivi*, pag. 135 e 137-138. "L'unità del regolamento giuridico scaturita dall'universalità e costanza dei rispettivi ordini di fatti ne avrebbe come sole fecondato il campo modificandone indefinitamente lo sviluppo ordinato, con accresciuto vantaggio universale. [...] Or mentre i nostri eserciti combattono, oggi più strenuamente che mai, tutti saldamente fusi nella mischia terribile su questa gloriosa terra di Francia, ch'è la *communis patria* di tutti gli spiriti liberi del mondo; a noi studiosi, a noi giuristi e ai nostri legislatori spetta un non meno importante compito, intimamente connesso con quello dei nostri eserciti: salvare il patrimonio spirituale che ci è confidato, restaurarlo dove appaia vulnerato, amarlo di nuove e più potenti difese".

⁶⁶⁵ CHIODI, "Innovare senza distruggere": il progetto italo-francese, op. cit., pag. 49.

⁶⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁶⁷ SCIALOJA, *L'intesa giuridica fra l'Italia e la Francia*, op. cit., pag. 138.

proprie dai singoli Stati”, senza alcuna rinuncia all’indipendenza legislativa da parte di nessuno⁶⁶⁸. Il giurista torinese era animato da un’ulteriore preoccupazione: attraverso questa operazione, intendeva preservare con successo la tradizione giuridica italo-francese. Egli sosteneva da tempo che la legislazione italiana e francese versava ormai in una condizione di arretratezza rispetto a quella tedesca, avendo perso la sua iniziale capacità di attrazione a vantaggio del BGB. Il suo scopo ultimo era quindi restituire a quel modello il suo originario ruolo di riferimento⁶⁶⁹. Anche Alfredo Ascoli si pone sul segno di Scialoja per quanto riguarda gli scopi da realizzare⁶⁷⁰. Non si tratta solo di un codice condiviso con la Francia, si tratta di un vero e proprio nuovo modello giuridico. Diffondere la civiltà latina ai nuovi Stati che si stavano formando a seguito della conclusione del conflitto e al ridisegno della carta politica europea⁶⁷¹. Come riportato da Chiodi, nel contributo *“L’unificazione del diritto delle obbligazioni”* pubblicato all’interno della rivista *Monitore dei tribunali* del 1928, all’esito del lavoro conclusosi l’anno prima, l’Ascoli spiega il necessario compromesso

⁶⁶⁸ *Ivi*, pag. 144. “L’adozione della legge non deve essere fondata che sulla persuasione della bontà di essa e sui vantaggi risultanti dalla eguaglianza giuridica con gli altri Stati; il mantenimento della legge stessa e l’accordo per le eventuali modificazioni deve dipendere dall’esperienza fatta di quei vantaggi. In tal modo si evita l’ostacolo che ha fin qui resi vani i tentativi poc’anzi ricordati e si raggiunge il fine mantenendo la piena libertà ed indipendenza di ciascun paese. Ben diverso è il pensiero manifestato in Germania in uno scritto pubblicato da Otto Frankl nella *Zeitschrift für Handelsrecht* del 1916, che sostiene dovere la Germania e l’Austria unirsi in unica legislazione per opporsi al resto del mondo. Noi volgiamo invece liberamente accordarci per permettere anche al resto del mondo di acconsentire alla nostra concorde azione legislativa e prender parte ai benefici della comunione del diritto”.

⁶⁶⁹ CHIODI, *“Innovare senza distruggere”: il progetto italo-francese*, op. cit., pag. 53.

⁶⁷⁰ *Ivi*, pag. 55.

⁶⁷¹ *Ivi*, pagg. 55-56. “Anche negli scopi da realizzare, l’Ascoli si rivela perfettamente consonante con lo Scialoja. Si era trattato, infatti, di forgiare non soltanto un nuovo diritto italo-francese, ma anche un ulteriore modello di diritto europeo, se non di diritto universale; di fare un’opera “nazionale”, ma non “nazionalistica”: “fare un codice, che per la chiarezza della forma..., per la precisione delle sue norme, per la completezza di esse, per la rispondenza ai progressi della scienza e degli studi, potesse presentarsi come il codice migliore, il modello più recente e perfetto di un codice”. [...] Ciò lo candidava a veicolo della civiltà latina: “il nuovo codice verrà a mettere in gran valore, permettetemi la metafora commerciale, la marca latina. Un buon codice, moderno, che si presenti con la doppia etichetta italiana e francese avrà grande forza di diffusione nel mondo”. Diffondere la “civiltà latina”, innanzitutto agli Stati di nuova formazione, rientrava dunque tra le legittime aspettative degli artefici”.

raggiunto in sede di commissione: “*i francesi da soli avrebbero fatto opera troppo francese, noi da soli opera leggermente tedesca. Riuniti ci siamo contemperati, ci siamo frenati, ci siamo frenati, ci siamo reciprocamente migliorati*”⁶⁷². La relazione dell’Ascoli a questo primo progetto viene pubblicata insieme ai lavori della Commissione Reale per il dopoguerra presieduta, anche in questo caso, da Scialoja. Per quanto riguarda la disciplina del fatto illecito, il giurista livornese spiega le ragioni delle differenti scelte normative apportate rispetto al codice Pisanelli e, dal punto di vista comparatistico, non risparmia critiche al modello della responsabilità aquiliana proprio del codice tedesco⁶⁷³. La rubrica dei delitti e quasi delitti, a differenza di quella relativa ai quasi contratti, non viene mantenuta. “*La distinzione fra delitti e quasi delitti non ha alcun valore pratico*” poiché la maggior parte della scienza giuridica è concorde nel ritenere che non vi sia alcuna differenza di trattamento⁶⁷⁴. È parsa, quindi, scelta ragionevole, continua l’Ascoli, sopprimere queste due categorie di fonti dell’obbligazione e riunire gli artt. 1151 e 1152 e la prima parte dell’art. 1153 del codice Pisanelli, corrispondenti agli artt. 1382 e 1383 e alla prima parte del 1384 del *Code Napoléon*, in un’unica e concisa disposizione, che abolisce tutto ciò che appare superfluo, esprimendo in modo più chiaro la regola della responsabilità per colpa. Da qui la critica al codice tedesco, colpevole di mostrarsi troppo dispersivo nel disciplinare la materia della responsabilità civile. “*Il codice germanico non contiene una disposizione generale di principio come i nostri codici; ha una serie di disposizioni particolari dal cui insieme l’interprete è obbligato a dedurre la teoria della responsabilità per colpa*”⁶⁷⁵. Anche la formulazione del § 226 pecca di imprecisione eccessiva

⁶⁷² *Ivi*, pag. 58.

⁶⁷³ A. ASCOLI, *Disegno preliminare di una legge uniforme sulle obbligazioni, relazione sul titolo delle fonti delle obbligazioni in Commissione reale per il dopo guerra. Studi e proposte della prima sottocommissione presieduta dal Sen. Vittorio Scialoja, questioni giuridiche amministrative e sociali giugno 1918 – giugno 1919*, Tipografia Artigianelli, Roma, 1920, pag. 366.

⁶⁷⁴ *Ibidem*.

⁶⁷⁵ *Ivi*, pag. 366. “Il § 823 contiene la sanzione della responsabilità per la lesione intenzionale o colposa del diritto alla vita, all’integrità personale, alla libertà e agli altri diritti o per contravvenzione alla legge avente per oggetto la difesa della persona. Il § 824 contiene la sanzione della responsabilità per la diffusione, dolosa o colposa, di notizie contrarie alla verità con pregiudizio altrui; il § 825 contiene la sanzione della responsabilità per seduzione della donna e il § 826

genericità, al punto da poter ricomprendere, proprio in forza di questa sua ampia portata, sostiene Ascoli, tutte le disposizioni in materia di responsabilità civile. “*Tutte queste disposizioni sono integrate dal § 226 che è collocato nel titolo dell’esercizio dei diritti e che proibisce di esercitare un diritto al solo scopo di nuocere agli altri*”⁶⁷⁶. All’interno del progetto la norma dedicata alla responsabilità aquiliana, l’art. 50, in modo sintetico, quasi lapidario, prevede che: “*ciascuno è obbligato a risarcire il danno arrecato ad altri per colpa*”⁶⁷⁷. Sebbene la giurisprudenza francese avesse in quegli anni ricondotto all’art. 1382 del Code, norma principale della responsabilità aquiliana, il generale divieto di esercizio abusivo di un diritto, il progetto preliminare del 1919 tace completamente sull’argomento. Nella versione del 1927, invece, l’articolo dedicato alla responsabilità da illecito appare molto più articolato. L’art. 74 apre la Sezione VI del progetto dedicata agli *atti illeciti*. Al primo comma si prevede che: “*qualunque fatto colposo che cagioni danno ad altri obbliga colui che l’ha commesso a risarcire il danno*”. Ma è

infine della responsabilità per danni causati dolosamente in modo contrario alla morale”. Sul punto, in ottica comparatistica con la disciplina attuale della responsabilità aquiliana, sembra opportuno richiamare CASTRONOVO, *Responsabilità civile, op. cit.*, pagg. 52-53. “[...] si può osservare che, benché la concezione normativa del danno sia partita in Germania dalla constatazione dell’insufficienza della *Differenztheorie* per spiegare sino in fondo alcune ipotesi risarcitorie, per il modo stesso in cui essa definisce il danno e individua la funzione del risarcimento, per così dire di rimando, se ne può trarre un’idea di fondo consistente nel superamento della tutela accordata soltanto ai diritti soggettivi secondo la previsione del § 823. Se da questo paragrafo si ricava che la responsabilità in esso prevista è sanzione di tutela di un diritto o di un interesse giuridicamente tutelato, con questo asseverando l’insufficienza di un’idea di risarcimento che si limiti a pretendere atto del danno come pura perdita patrimoniale, la generalizzazione contenuta nella definizione normativa del danno come lesione di un interesse tutelato supera le limitazioni insite nella previsione analitica della norma. La lesione di ogni diritto è di interesse giuridicamente tutelato è in grado di generare responsabilità, anche al di là dei confini che il legislatore storico ha inteso segnare. Il § 823 I, infatti, nomina certi diritti soggettivi e poi evoca il diritto soggettivo in generale con il sintagma *sonstiges Recht*; il § 823 II rende rilevante ogni interesse che, pur non ammontandolo a diritto soggettivo, risulti protetto da una *Schutzgesetz*, da una norma legislativa di protezione, che ne manifesta la tutela ad opera dell’ordinamento rendendola giuridicamente rilevante. L’una e l’altra categoria avrebbero potuto sfociare, ove intese nella loro precisa portata letterale — la prima rendendo tutelabile qualunque diritto soggettivo, l’altra ogni interesse risultante effettivamente tutelato dalla legge — nella stessa ampiezza di tutela che il nostro aggettivo *ingiusto*, potremmo dire in un colpo solo e senza bisogno di frantenderlo come clausola generale, da sempre è in grado di consentire”.

⁶⁷⁶ ASCOLI, *Disegno preliminare, op. cit.*, pag. 366.

⁶⁷⁷ *Ivi*, pag. 380.

al secondo comma che va a completare la principale disposizione sull'illecito aquiliano, che compare un riferimento all'abuso del diritto. “*É ugualmente tenuto al risarcimento colui che ha cagionato danno ad altri eccedendo, nell'esercizio del proprio diritto, i limiti posti dalla buona fede o dallo scopo per il quale il diritto gli fu riconosciuto*”⁶⁷⁸. Questa disposizione riflette pienamente il pensiero di Raymond Saleilles — deceduto poco prima dell'inizio dei lavori della commissione nel 1912 — e del suo amico François Gény, che ne fu invece membro per la parte francese. Il riferimento “*allo scopo per il quale il diritto gli fu riconosciuto*” non sembra lasciare molto margine di incertezza. È la stessa formula riportata prima da Saleilles e, con ancor maggior precisione, da Gény nella *Méthode*⁶⁷⁹. Ad un primo sguardo, può sembrar che la proposta di introdurre una siffatta disposizione, così formulata, sia stata avanzata dalla parte francese, posto che già Saleilles aveva provato ad inserire una disposizione generale relativa all'abuso del diritto durante i lavori della sottocommissione di riforma del 1904, in occasione del centenario del *Code*⁶⁸⁰. Un confronto tra questo secondo comma e la proposta contenuta nel Rapporto di Saleilles del 25 marzo 1905 rivela, in effetti, una notevole somiglianza nella formulazione⁶⁸¹. Un altro indizio del fatto che la norma sia frutto di un'iniziativa francese è che lo stesso Ascoli, nel 1928 a progetto concluso, nel contributo “*Il nuovo codice delle obbligazioni e dei contratti*” pubblicato sulla *Rivista di diritto civile*, forse manifestando la stessa diffidenza che aveva palesato sul § 226 del BGB, non faccia alcun riferimento alla norma che reprime l'abuso del diritto nella disciplina della responsabilità da aquiliana. Viene fatto riferimento alla norma che tempera il rigore del primo comma dell'art. 74, ossia l'art. 76, la quale prescrive che, se il danneggiato non ha potuto ottenere il risarcimento da chi è tenuto alla sorveglianza, il giudice può, in considerazione della condizione delle parti, condannare l'autore del danno ad un'equa indennità. Viene accennata la

⁶⁷⁸ CHIODI, “*Innovare senza distruggere*”: *il progetto italo-francese*, op. cit., pag. 364. La versione in lingua francese così recita: “Art. 74. Toute faute qui cause un dommage à autrui oblige celui qui l'a commise à le réparer. Doit également réparation celui qui a causé un dommage à autrui en excédant, dans l'exercice de son droit, les limites fixes par la bonne foi ou par le but en vue duquel ce droit lui a été conféré”.

⁶⁷⁹ V. *supra*, pag. 166 e ss.

⁶⁸⁰ V. *supra*, pagg. 185-187.

⁶⁸¹ V. *supra*, pag. 186.

nuova disciplina dell'art. 85 che permette la risarcibilità dei danni morali, presentata come regola di grande equità, ma nessun accenno alla norma che positivizzava il divieto di esercizio abusivo di un diritto⁶⁸². “*Non sono piccole modificazioni queste, né sono semplici innovazioni di ordine tecnico, sono al contrario innovazioni di grande importanza civile ed anche sociale*”⁶⁸³.

Tuttavia, come riporta Chiodi, le dinamiche redazionali della norma appaiono ben più articolate⁶⁸⁴. Furono infatti i giuristi francesi a caldeggiare l'inserimento, nel secondo comma dell'art. 74, della generica formula dell'*abus de droit*⁶⁸⁵. Tuttavia, l'idea di ancorarne la repressione a parametri più “oggettivi” — quali la violazione della buona fede e il perseguimento di uno scopo illecito — sembra sia stata avanzata proprio da Vittorio Scialoja. Invero, come riporta Roberto de Ruggiero nel suo contributo al volume *Studi in onore di Alfredo Ascoli*⁶⁸⁶, il giurista torinese, che per tutta la vita aveva considerato la nozione di abuso del diritto contraddittoria ed estranea alla tradizione romanistica, si trovò a dover scendere a compromesso. Riuscì quindi a convincere la controparte francese a rinunciare a una formula tanto

⁶⁸² ASCOLI, *Il nuovo codice delle obbligazioni e dei contratti*, in *Rivista di diritto civile*, in *Rivista di diritto civile*, Società Editrice Librai, Roma-Milano-Napoli, 1928, pagg. 63-64. “Profonde sono le innovazioni nella materia degli atti illeciti. Si mantiene, è vero, la norma generale dell'art. 1151 cod. civ. che qualunque fatto colposo che cagioni un danno ad altri obbliga colui che l'ha commesso a risarcirne il danno (art. 74): ma accanto a questa regola, che non si poteva abbandonare senza danno per l'applicazione pratica del diritto, e che lo stesso Cod. germanico, pur non formulandola, ha applicato nelle sue disposizioni principali, sono stati introdotti numerosi temperamenti. Tale la disposizione dell'art. 76 per cui, pur escludendosi per regola la responsabilità a carico delle persone prive di discernimento, si ammette che, ove il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento dalla persona tenuta a sorvegliare l'autore del danno, possa il giudice, in considerazione delle condizioni delle parti, condannare l'autore del danno ad una equa indennità. Analogamente l'art. 77 esime da responsabilità chi cagiona danno ad altri per la legittima difesa di sé o d'un terzo, ma accanto a questa difesa, si pone l'altra che chi cagiona danno ad altri per preservare se stesso o per proteggere un terzo da un danno imminente e molto più grave non è tenuto al risarcimento, se non nella misura che il giudice riterrà equa. In fine, in questa stessa sezione degli atti illeciti sono state codificate due regole di grande equità, la compensazione delle colpe (articolo 78) e la risarcibilità dei danni morali (art. 85)”.

⁶⁸³ *Ivi*, pag. 64.

⁶⁸⁴ CHIODI, “*Innovare senza distruggere*”: *il progetto italo-francese*, *op. cit.*, pag. 110-111.

⁶⁸⁵ *Ivi*, pag. 110 e 111 in nota.

⁶⁸⁶ R. DE RUGGIERO, *Il progetto del codice delle obbligazioni e dei contratti dinanzi alla critica*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli. Pubblicati per il XLII anno del suo insegnamento*, Casa editrice Giuseppe Principato, Messina, 1931, pagg. 773-809.

generica in favore di un più preciso riferimento alla buona fede oggettiva e allo scopo della posizione giuridica attribuita dall'ordinamento, così da evitare la positivizzazione di un concetto da lui ritenuto inaccettabile⁶⁸⁷. Appare comunque paradossale che il secondo comma dell'art. 74 sia stato materialmente redatto da Vittorio Scialoja, forse il più strenuo oppositore della teoria dell'abuso del diritto. La norma, persino in questa formulazione, conferiva in ogni caso un ampio potere discrezionale al giudice⁶⁸⁸. Non è dunque affatto certo che, sul piano pratico, la sua applicazione avrebbe avuto una portata più circoscritta rispetto a una disposizione che facesse esplicito riferimento alla nozione di abuso del diritto. Dopo quasi mezzo secolo di dibattito dottrinale, l'art. 74 comma 2, così formulato, avrebbe consacrato l'abuso del diritto come autonoma figura di illecito⁶⁸⁹. Il testo del Progetto italo-francese sarebbe stato interamente riproposto come Progetto ufficiale del libro delle obbligazioni del 1936⁶⁹⁰. Tale scelta non deve destare sorpresa, poiché l'adozione integrale del testo italo-francese si configurò come una conseguenza logica, dato che la componente italiana della Commissione coincideva con quella la Commissione reale per la riforma dei codici⁶⁹¹.

⁶⁸⁷ CHIODI, *"Innovare senza distruggere": il progetto italo-francese*, op. cit., pag. 111 in nota.

⁶⁸⁸ *Ivi*, pag. 110. "Le scelte più controverse del codice, comune, vanno ricercate tra quelle che davano maggiori poteri discrezionali al giudice, consentendogli un controllo tanto sui contratti quanto sull'esercizio dei diritti, dando attuazione concreta a correnti dottrinali che da tempo reclamavano la fissazione di limite alla libertà contrattuale o all'esercizio di un diritto, in nome della giustizia, della morale, dell'equità, della solidarietà sociale".

⁶⁸⁹ CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, op. cit., pagg. 68. "Una annotazione finale circa l'abuso del diritto, implicita in quanto abbiamo detto fin qui, è opportuno fare per chiarire la natura di questa figura. La previsione dell'art. 74 del Progetto del libro delle obbligazioni, poi non filtrata nel codice del 1942, viene in genere richiamata come se esse, invece di essere cancellata, fosse stata accolta come secondo comma dell'art. 2043 c.c. Ora, come risulta da quanto abbiamo detto in queste pagine, la mancata adozione di tale regola non significa che l'interprete debba ignorare l'abuso del diritto; e però la scelta negativa del legislatore ha un significato formale che è bene esplicitare. La formula adottata dall'art. 74 avrebbe consacrato l'abuso del diritto come autonoma figura di illecito; e così, più o meno consapevolmente, gli interpreti la accreditano ogni volta che ne fanno menzione. Non è questa però la qualificazione attuale dell'abuso del diritto nel nostro ordinamento".

⁶⁹⁰ CHIODI, *"Innovare senza distruggere": il progetto italo-francese*, op. cit., pag. 45.

⁶⁹¹ CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, op. cit., pagg. 41-42. "Se infatti il primo progetto del libro delle obbligazioni della Commissione reale per la riforma dei codici (1936), riproducendo quello della Commissione italo-francese, fu ben presto messo da parte, la rimozione non riguardò nella sostanza la parte riguardante i fatti

Sebbene anche il progetto del 1936 sarebbe stato in seguito superato, la struttura portante in materia di fatti illeciti rimase sostanzialmente immutata, conservando un'impronta quasi identica a quella elaborata dalla Commissione italo-francese⁶⁹². Tuttavia, nella Relazione al progetto definitivo del Libro delle obbligazioni del 1940, il Guardasigilli Dino Grandi sottolineò l'eliminazione, dalla versione finale, del secondo comma dell'art. 74, norma che “*tanti dissensi aveva sollevato*”⁶⁹³. La motivazione di tale scelta legislativa fu ricondotta alla tutela del principio di certezza del diritto, con l'intento di scongiurare il pericolo di un utilizzo eccessivo e distorto della figura stessa dell'abuso. Epilogo che pare coerente con la posizione espressa sul tema da Mariano D'Amelio, figura centrale nei lavori di redazione del Codice del 1942. Alto magistrato, già Capo di Gabinetto del Ministero di Grazia e Giustizia tra il 1906 e il 1910 e, in seguito, primo Presidente della Corte di cassazione unificata succedendo a Ludovico Mortara, D'Amelio fu nominato presidente della Commissione incaricata di coordinare la revisione dei testi preliminari⁶⁹⁴. Già nel 1937, in una voce del *Nuovo Digesto Italiano*, l'alto magistrato aveva manifestato una certa freddezza verso la figura dell'abuso del diritto⁶⁹⁵. D'Amelio prendeva atto della fortuna che la dottrina dell'abuso del diritto aveva conosciuto negli anni recenti, dopo aver “*destato tra noi, come dottrina, scarso interesse*”, notando come essa avesse “*dato vita a molteplici trattazioni*” dalle quali erano emerse le “*più varie e opposte tendenze*”⁶⁹⁶. Identificava come posizioni estremiste sia coloro che vi scorgevano una “*rinascita dell'idealismo giuridico*”, sia quelli che giungevano a “*negare la possibilità dell'esistenza di una dottrina di tal nome*”⁶⁹⁷. Contrariamente a questi ultimi, D'Amelio è propenso a escludere in modo assoluto un possibile rilievo della figura. Ritene infondata l'obiezione per cui l'espressione “*abuso del diritto*” costituisse una

illeciti, la quale rimase nell'impianto quasi uguale a quella della Commissione italo-francese”.

⁶⁹² *Ibidem*.

⁶⁹³ Ministero di Grazie e Giustizia, *Codice civile, Libro delle obbligazioni, Relazione del Guardasigilli al progetto definitivo*, Roma, 1940, pag. 230.

⁶⁹⁴ Ministero della Giustizia, *I lavori preparatori dei codici italiani*, Biblioteca Centrale Giuridica, 2013, pag. 6.

⁶⁹⁵ D'AMELIO M., *Abuso del diritto*, in *Nuovo Digesto italiano*, Vol. I, 1937, p. 49.

⁶⁹⁶ *Ibidem*.

⁶⁹⁷ *Ivi*, pag. 49.

contradictio in terminis, osservando che “il diritto, in vero, non è un concetto assoluto”. In altri termini, il fenomeno giuridico è, per sua natura, proporzione “e come tale ha un limite”; superato tale limite, esso cessa di essere “forza sociale protetta dall’autorità dello Stato”⁶⁹⁸. Tuttavia, D’Amelio metteva in guardia da un utilizzo non ponderato della figura, avvertendo della necessità di “guardarsi dall’abuso dell’abuso del diritto”⁶⁹⁹. La soluzione, a suo avviso, stava nel “cercare nell’intimità dell’istituto e ritrovando esattamente il limite del diritto quando non è fissato dalla legge”⁷⁰⁰. Questo rappresenta il punto dirimente: il problema consisteva proprio nel “ricercare il limite del diritto quando non è fissato dalla legge”, senza ricorrere a costruzioni teoriche come il conflitto tra diritti o tra diritto e morale⁷⁰¹. D’Amelio concentrava la sua analisi sulle posizioni dottrinali di Louis Josserand, che egli riconosce come l’autore più lucido sulla materia. Ne riprendeva la distinzione fondamentale: laddove la legge fissa un limite, l’esercizio del diritto è libero; tuttavia, analogamente a quanto accade per la libertà, anche del diritto si può abusare. Tale abuso può configurarsi in forma soggettiva, qualora dettato dall’intenzione maliziosa del titolare, ovvero in forma oggettiva, allorché il diritto venga esercitato in contrasto con la sua funzione sociale, indipendentemente dalla mala fede del suo titolare⁷⁰².

⁶⁹⁸ *Ibidem*. “La massima comune ammessa che *summum ius est summa iniuria*, non esprime un diverso pensiero. Si tratta, anche qui, del problema del limite, così essenziale in diritto. Se il limite è fissato dalla legge positiva, la questione non si pone neppure, perché al di là dello stesso vi ha il non-diritto o l’attività illegale e il danno che essa cagiona è *iniuria datum*. Se il limite non è espresso è da vedere se non sia nella stessa natura del diritto. A cercarlo con obiettività e a buon volere lo si trova sempre. Il superarlo è violazione negli effetti eguale a quella della violazione del limite espresso. In tal modo respingendo l’obiezione principale contro la concezione dell’abuso del diritto”.

⁶⁹⁹ *Ibidem*.

⁷⁰⁰ *Ibidem*.

⁷⁰¹ *Ibidem*. “Coloro che hanno creduto di impostarlo diversamente, immaginando che l’abuso del diritto sia un caso di conflitto di diritto o un conflitto fra il diritto e la morale o un turbamento dell’equilibrio degli interessi hanno pienamente giustificato le acute critiche rivolte alle loro concezioni. [...] Il problema, dunque, consiste nel ricercare il limite del diritto quando non è fissato dalla legge”.

⁷⁰² *Ivi*, pag. 49. “Il più chiaro scrittore al riguardo è stato il Josserand, il quale nota che quando vi è limite fissato dalla legge al diritto, il suo esercizio è libero, ma come si abusa della libertà così si può abusare del diritto, e ciò per cattiveria del titolare (abuso subiettivo) o anche indipendentemente dalla mala fede del titolare, usando il diritto contro la sua stessa finalità (abuso obiettivo)”.

L'attenzione di D'Amelio si volgeva quindi ai tentativi di recepimento legislativo della figura. Il magistrato osservava come, dopo il dibattito dottrinale, il diritto positivo avesse iniziato a intervenire per sancire con norme generali il limite all'esercizio dei diritti. In questa prospettiva, menzionava l'art. 2 del Codice civile svizzero e il § 226 del BGB tedesco, pur notando come quest'ultimo sembrerebbe riferirsi più specificamente agli atti emulativi che non alla generale teoria dell'abuso. Rilevava, tuttavia, che una disposizione più precisa e compiuta era contenuta nel progetto di codice italo-francese delle obbligazioni, il sopracitato art. 74, e nel progetto del Libro IV del codice italiano⁷⁰³. In particolare, il progetto ministeriale per il nuovo codice civile italiano aveva elevato a principio generale la teoria, avendo inserito nella parte generale l'art. 7, formulato nel seguente tenore: *“Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è riconosciuto”*. In conclusione, l'analisi di D'Amelio sembrava convergere verso un giudizio negativo sull'opportunità di introdurre una norma generale sull'abuso del diritto nel nuovo Codice civile⁷⁰⁴. La figura, con le sue implicazioni di una potenziale commistione tra la sfera giuridica e la sfera morale, gli appariva come un retaggio culturale di tempi ormai trascorsi. La scelta di non positivizzare il principio, in questo caso, si rivela essa stessa un potente strumento di politica del diritto, a dimostrazione di come il legislatore possa talvolta guidare la politica del diritto giuridica più con il silenzio e l'astensione che attraverso l'approvazione di nuove discipline.

⁷⁰³ *Ibidem*. “Come si è accennato, dopo la dottrina la legislazione è intervenuta per fissare con norma generale il limite ai diritti non esplicitamente limitati da norme particolari. Vanno ricordati all'uopo l'art. 2 del Codice svizzero e il § 226 del Codice tedesco (sebbene quest'ultimo sembri accennare piuttosto agli atti di emulazione che all'abuso del diritto). Ma più precisa disposizione contiene il progetto del codice italo-francese delle obbligazioni (art. 74) e il progetto del Libro IV del Codice italiano”.

⁷⁰⁴ *Ivi*, pag. 50.

Indice delle fonti

- *Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse, Conseil national*, 1906;
- *Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse, Conseil d'Etat*, 1907;
- *Edizione certificata autentica dall'autorità competente Codice federale delle obbligazioni in vigore dal primo gennaio 1883*, J. Dalp'sche Buchhandlung, Berne, 1882;
- *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Achter Band, Verlag von Veit & Comp., Leipzig, 1905, VI 485/03;
- *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Dritter Band, Verlag von Veit & Comp., Leipzig, 1903, I 340/02;
- *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Verlag von Veit & Comp., Leipzig, VII 468/07;
- *Journal officiel de la République français. Débats parlementaires. Sénat. Séance du 25 novembre 1890*;
- *Journal officiel de la République français. Débats parlementaires. Sénat. Séance du 27 décembre 1890*;
- *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle: ou Journal des audiences de la Cour de cassation et des Cours royales*, Tome II, M. Dalloz, 1856;
- *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle: ou Journal des audiences de la Cour de cassation et des Cours royales*, Tome II, M. Dalloz, 1873;
- *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle: ou Journal des audiences de la Cour de cassation et des Cours royales*, Tome I, M. Dalloz, 1891;
- *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle: ou Journal des audiences de la Cour de cassation et des Cours royales*, Tome II, M. Dalloz, 1893;
- *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle: ou Journal des audiences de la Cour de cassation et des Cours royales*, Tome II, M. Dalloz, 1895;
- *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle: ou Journal des audiences de la Cour de cassation et des Cours royales*, Tome I, M. Dalloz, 1897;
- *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de Code civil suisse du 28 mai 1904*;
- *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse (droit des obligations et titre final) du 3 mars 1905*;
- Ministero della Giustizia, *I lavori preparatori dei codici italiani*, Biblioteca Centrale Giuridica, 2013.

- Ministero di Grazie e Giustizia, *Codice civile, Libro delle obbligazioni, Relazione del Guardasigilli al progetto definitivo*, Roma, 1940;
- *Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, administrative et de droit public*, Fondé, Tome I, par J. B. Sirey, Librairie de La Société ou Recueil général des lois et des arrêts et du Journal du Palais, Paris, 1898;
- *Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, administrative et de droit public*, Tome I, Fondé par J. B. Sirey, Librairie de La Société ou Recueil général des lois et des arrêts et du Journal du Palais, Paris, 1818;
- *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral*, Bände 25, II;
- *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral*, Bände 30, II;
- *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral*, Bände 72, II;

Bibliografia

- ALBANESE A., *Il rapporto obbligatorio: profili strutturali e funzionali*, in *Quaderni del dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore*, Libellula Edizioni, Tricase, 2014;
- *Buona fede contratto legge*, in *Europa e diritto privato*, Fasc. 1, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021;
- ALCIATO A., *De praesumptionibus*, in *Mediolanensis jureconsulti celeberrimi operum*, Tomus IV, Sumptibus haeredum Lazari Zatzneri, Francofurti, 1617;
- ARAGONESES A., *Recht im Fin de siècle, Briefe von Raymond Saleilles an Eugen Huber (1895-1911)*, Vittorio Klostermann, 2007;
- ARANGIO-RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, XIV edizione, Casa editrice dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2012;
- ARMINJON P., NOLDE B. B., WOLFF M., *Traité de droit comparé*, Tome I, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, Paris, 1950;
- ATIAS C., *L'essai d'epistemologie juridique de François Gény: un chapitre oublie de "science et technique"*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, 20,1991;
- ASCOLI A., *Disegno preliminare di una legge uniforme sulle obbligazioni, relazione sul titolo delle fonti delle obbligazioni in Commissione reale per il dopo guerra. Studi e proposte della prima sottocommissione presieduta dal Sen. Vittorio Scialoja, questioni giuridiche amministrative e sociali giugno 1918 – giugno 1919*, Tipografia Artigianelli, Roma, 1920
- *Il nuovo codice delle obbligazioni e dei contratti*, in *Rivista di diritto civile*, in *Rivista di diritto civile*, Società Editrice Librai, Roma-Milano-Napoli, 1928;
- AUER F., *Das Stadtrecht von München nach bisher ungedruckten Handschriften mit Rücksicht auf die noch geltenden Rechtssätze und Rechtsinstitute*, Verlag der Litterarisch-Artistischen Anstalt, München, 1840;
- AUGSBURGER-BUCHELI I., *Genèse de l'article 2 du Code civil suisse*, in, WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, Ed. universitaires, Fribourg, 1994;
- BARASSI L., *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Fratelli Bocca editori, Torino, 1898;
- *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società editrice librai, 1901;

- BARCELLONA M., *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Rivista di diritto civile*, 2, Wolters Kluwer, Cedam, Milano, 2014;
- BESELER G., *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, II Auflage, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin, 1866;
- BIANCA M., *Diritto civile*, Vol. III, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019;
- BOBBIO N., *François Génys: una prefazione*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, 20, 1991;
- BÖCKING E., *Pandekten des römischen Privatrechts aus dem Standpunkte unseres heutigen Rechtssystems*, Erster Band, Adolf Marcus, Bonn, 1843;
- BORSARI L., *Commentario al Codice civile italiano*, Utet, Torino, 1878;
- BRUNI L., ZAMAGNI S., *L'economia civile. Un'altra idea di mercato*, il Mulino, Bologna, 2015;
- CAPITANT H., *Les transformation du droit civil français depuis cinquante ans*, in *Les transformation du droit civil dans les principaux pays depuis cinquante ans (1869-1919). Livre du cinquantenaire de la Société de législation comparée*, Vol. I, Librairie Général de droit et de jurisprudence, Paris, 1922;
- CARONI P., *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. IX, Giuffrè editore, Milano, 1980;
- *Quando Saleilles dialogava con Eugen Huber (1895-1911)* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, 40, 2011;
- CASTRONOVO C., MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè Editore, Milano, 2007;
- CASTRONOVO C., *Responsabilità civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2018;
- *Problema e sistema del danno da prodotti*, Giuffrè Editore, Milano, 1979;
- CAVANNA A., *Storia del diritto moderno in Europa, Le fonti ed il pensiero giuridico*, Vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 2005;
- *Storia del diritto moderno in Europa, Le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. I, Giuffrè Editore, Milano, 1982;
- CAVINA M., TAVILLA E., *Dalla critica umanistica al paradigma della modernità*, in Aa.Vv., *Tempi del diritto. Età medievale, moderna, contemporanea*, Giappichelli Editore, Torino, 2022;
- CAZZETTA G., *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Giappichelli Editore, Torino, 2012;
- *Abuso del diritto e forma di unità del giuridico*, in *Rivista di diritto civile*, n. 3/2017, Wolters Kluwer;

- *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Giuffrè Editore, Milano, 1991;
- CHARMONT J., *L'abus du droit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, Vol. I, Fondé par J.B. Sirey, Librairie de La Société ou Recueil général des lois et des arrêts et du Journal du Palais, 1902;
- CHAUDÉ H., *Le nouveau Code civil suisse dans œuvre de la codification moderne*, Arthur Rousseau Editeur, Paris, 1909;
- CHIODI G., *Vittorio Scialoja*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Vol. II, il Mulino, Bologna, 2013;
- *“Innovare senza distruggere”: il progetto italo-francese di Codice delle obbligazioni e dei contratti*, in *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, a cura di G. ALPA e G. CHIODI, Giuffrè Editore, Milano, 2007;
- CHIRONI G. P., *La colpa nel diritto civile odierno. I. Colpa contrattuale*, Bocca, Torino, 1897
- CIMBALI E., *La proprietà e i suoi limiti nella legislazione italiana*, in *Archivio giuridico*, Vol. XXIV, Pisa, 1880;
- *La nuova fase del diritto civile nei rapporti sociali ed economici con proposte di riforma della legislazione vigente*, Unione tipografica-editrice, Torino, 1885;
- COHENDY E., *Nota alla sentenza della Cour de cassation, 11 giugno 1890*, in *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle: ou Journal des audiences de la Cour de cassation et des Cours royales*, Tome I, M. Dalloz, 1891;
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile, Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Vol. I, Tredicesima edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2023;
- CORDEY E., *La notion de l'abus de droit: à propos de l'art. 3 du Projet de Code civil suisse*, in *Journal des tribunaux*, 58, 1905;
- COVIELLO N., *La responsabilità senza colpa*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Fratelli Bocca editori, Torino, 1897;
- D'AMICO G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, Vol. I, 2010;
- *Prescrizione, Verwirkung e buona fede, tra certezze del diritto e prospettive di riforma*, in *Pactum Rivista di diritto dei contratti*, 2, 2022;
- D'AMELIO M., *Abuso del diritto*, in *Nuovo Digesto italiano*, Vol. I, 1937;
- DALLA MASSARA T., *Abuso del diritto e dolo generale: un confronto tra modelli concettuali*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Fasc. 4, Giuffrè Editore, Milano, 2016;
- DE BÉRIER F. L., *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013;

- DE RUGGIERO R., *Il progetto del codice delle obbligazioni e dei contratti dinanzi alla critica, in Studi in onore di Alfredo Ascoli. Pubblicati per il XLII anno del suo insegnamento*, Casa editrice Giuseppe Principato, Messina, 1931;
- DE SAINT-JOSEPH A., *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon*, Tome IV, Deuxième édition, Cotillon, Libraire du Conseil d'Etat, Paris, 1856;
- DE VAREILLES-SOMMIÈRE M., *La définition e la notion juridique de la propriété*, in *Rev. Trim. dr. civ.*, Paris, 1905;
- DEL ROSSO F., *Saggio di diritto privato attuale preceduto da introduzione di diritto naturale e seguito da note perpetue di gius romano*, Vol. III, Pieraccioni, Pisa, 1844;
- DEMOLOMBE C., *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Vol. XXIV, Auguste Durand Libraire, Paris, 1868;
- DERNBURG H., *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts*, Erster Band, Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, Halle, 1875;
- *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens*. Zweiter Band, Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, Halle, 1899;
- DESSERTAUX M., *Abus de droit ou conflit de droit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, Vol. I, Fondé par J.B. Sirey, Librairie de La Société ou Recueil général des lois et des arrêts et du Journal du Palais, 1906;
- DOMAT J., *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Vol. II, Seconde Edition, Pierre Aubouin. Libraire de Masseigneurs les Enfants de France, Paris, 1697;
- EBEL F., *Sachsenspiegel*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. IV, Erich Schidt Verlag;
- ECKHARDT K. A., *Sachsenspiegel I Landrecht*, Scientia Verlag Aalen, Göttingen, 1973;
- EGGER K., *La costruzione juridique de l'abus d'un droit privé subjectif*, Université de Lausanne, Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique, 2021;
- EICHENHOFER P., *Rechtsmissbrauch*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019;
- ERLER A., KAUFMANN E., SCHMIDT-WIEGARD R., *Neidbau*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. III, Erich Schidt Verlag;
- ESMEIN A., *Nota alla sentenza della Cour de cassation, 9 giugno 1897*, in *Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, administrative et de droit public*, Fondé par J. B. Sirey, Librairie de La Société ou Recueil général des lois et des arrêts et du Journal du Palais, Paris, 1898;

- FEZER K. H., in *Teilhabe und Verantwortung. Die personale Funktionsweise des subjektiven Privatrechts*, München, 1986;
- FÖRSTER F., *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts*, Druck und Verlag von Georg Reimel, Berlin, 1865;
- GAROFALO L., *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, Cedam, Padova, 2006;
- GRENIER J., *Discours prononcé dans la séance du Corps législatif du 6 pluviôse an XII (27 janvier 1804), en présentant le vœu d'adoption*, in *Législation civile, commerciale et criminelle ou commentarie et complement des Code français*, a cura del barone LOCRÉ, Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, Bruxelles, 1836;
- GÉNY F., *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle*, in *Revue internationale de l'insegnement*, Tome 41, Chevalier-Maresco Editeurs, Paris, 1901;
- *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome second, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1919;
- *La technique législative dans la codification civile moderne (a propos du centenaire du Code civil)*, in *Le Code civil 1804-1904: Livre du centenaire, Le Code civil à l'Etranger — La Question de la Revision*, Tome II, Arthur Rousseau Editeur;
- GIANZANA S., *Le acque nel diritto civile italiano*, Vol. I, Unione tipografico-editrice, Torino, 1879;
- GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Eugenio e Filippo Cammelli, Firenze, 1874;
- GLÜCK C. F., *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar*, Johan Jakob Palm, Erlangen, 1807;
- GOUDSMIT J. E., *Cours des Pandectes, ouvrage traduit de nééri andais, sous la direction de l'auteur*, Tome I, A. Durand & Pedone Lauriel, Leide-Paris-Bruxelles, 1873;
- GROSSI P., *Pagina introduttiva (ripensare Geny)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 20, Giuffrè editore, Milano, 1991;
- *L'invenzione del diritto*, Editori Laterza, Urbino, 2017;
- HABERL S. E., SOMMA A., *Sciogliere l'individuo nell'ordine economico. L'abuso del diritto nell'esperienza tedesca*, in *Ricerche giuridiche*, Vol. 5, n. 2, 2016;
- HAFERKAMP H. P., *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre – Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens?*, Berlin Verlag, Berlin, 1995;
- *Schikaneverbot*, in Aa.Vv., *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003;

- *Die exceptio doli generalis in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914*, in *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896-1914)*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2000;
- *Bemerkungen zur deutschen Privatrechtswissenschaft zwischen 1925 und 1935- dargestellt an der Behandlung der exceptio doli generalis*, in *Forum Historiae Juris, Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte*;
- HARPER F. V., JAMES F., *The Law of Torts*, Vol. I, Boston-Toronto, 1956;
- HOBBS E. J., *L'età degli imperi. 1875-1914*, Gius. Laterza, Roma-Bari, 1987;
- HUBER E., *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, Band I-IV, C. Detloff's Buchhandlung, Bâle, 1886-1893;
- *Code civil suisse: exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de justice et police*, Vol. I, Imprimerie Bühler, Berne, 1901;
- *Code civil suisse: exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de justice et police*, Vol. II, Imprimerie Bühler, Berne, 1901;
- HUBER K., *Über den Rechtsmißbrauch*, Berna, 1910;
- HUFELAND G., *Lehrsätze des Naturrechts und damit verbundenen Wissenschaften*, Christ. Heinr. Cuno's Erben, Jena, 1790;
- IANNARELLI A., *Funzione sociale della proprietà e disciplina dei beni*, in *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, a cura di F. MACARIO e M. N. MILETTI, *Atti dell'incontro di studio Roma, 9 ottobre 2015*, Roma Tre-Press, Roma, 2017;
- JAKOBS H. H., SCHUBERT, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches. Allgemeiner Teil*, Teilband I, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1985;
- JOSSERAND L., *De l'Abus des droits*, Éditeur Arthur Rousseau, Paris, 1905;
- *De l'Esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, Deuxième édition, Libraire Dalloz, Paris, 1939;
- KANT I., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Frankfurt-Leipzig, 1791;
- LAROMBIÈRE L., *Théorie et pratique des Obligations ou Commentaire des Titres III et IV, Livre III du Code civil articles 1101 à 1386*, Tome VII, Nouvelle Edition, A. Durand et Pedone-Lauriel Éditeurs, Paris, 1885;
- LAURENT F., *Principes de droit civil français*, Tome XX, A. Durand & Pedone Lauriel, Paris-Bruxelles, 1876;
- LUCIEN-BRUN P., *Le rôle et les pouvoirs du juge dans le Code civil Suisse, Thèse pour le doctorat en sciences juridiques*, Imprimerie Saint-Bruno, Grenoble, 1920;

- MARTIN A. H., *L'abus du droit et l'acte illicite*, in *Revue de droit suisse*, 25, Verlag von Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1906;
- MASSETTO G. P., *Buona fede nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Utet, Torino, 1988;
- MATAJA V., *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie*, Leipzig, 1888;
- MAYER-LÜBKE W., *Romanisches Etymologisches Wörterbuch*, Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1911;
- MECCARELLI M., *The Limits of Equality: Special Law in the Age of Legal Monism in Italy (19th–20th Centuries)*, in Aa.Vv., *Law and Diversity: European and Latin American Experiences from a Legal Historical Perspective*, Vol. I, Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, Frankfurt am Main, 2023;
- MENDER A., *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen, 1890;
- MENGONI L., *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore»*, in C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI (a cura di), *Scritti I, Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011;
- MERKEL A., *Juristische Encyclopädie*, Berlin-Leipzig, 1885;
- MERZ H., *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Einleitung und Personenrecht, Einleitung: Artikel 1-10 ZGB*, Band I, Stämpfli & Cie, Bern, 1962;
- MEVIUS D., *Commentarium in Ius Lubecense*, Joachim Wild, 1664;
- MOLLWO C., *Das rote Buch der Stadt Ulm*, Druck und Verlag von W. Kohlhammer, Stuttgart, 1905;
- NÄHE M., *Das Schikaneverbot des § 226, Zur Schikane*, 1913;
- NICOLUSSI A., *Limiti del pacta sunt servanda, buona fede "equitativa" e dimensione sociale del contratto*, in *Jus*, 2, Vita e pensiero, 2021;
- *Le obbligazioni*, Wolters Kluwer, Milano, 2021
- OPPETIT B., *François Génys et le droit naturel*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, 20, 1991;
- ORLANDI M., *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in *Rivista di diritto civile*, 56, 2010;
- *Ermeneutica del silenzio*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 5, 2021;
- ORLANDO V. E., *Saggio di una nuova teoria sul fondamento giuridico della responsabilità civile*, in *Archivio di diritto pubblico*, 3, Palermo, 1893;

- PADOA SCHIOPPA A., *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, il Mulino, Bologna, 2007
- PALMIERI A., PARDOLESI R., *Nota a Cass. 18 settembre 2009 n. 20106*, in *Il foro giuridico italiano*, 2010;
- PINO G., *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *Ragion pratica*, 24, il Mulino, 2005;
- PLANIOL M., *Commento alla sentenza del 22 e del 28 luglio 1896*, in *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle: ou Journal des audiences de la Cour de cassation et des Cours royales*, Tome I, M. Dalloz, 1897;
- *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, Deuxième édition, Tome II, Librairie Cotillon, F. Pichon, Successeur, Éditeur, Paris, 1902;
- *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, Onzième édition, Tome II, Librairie générale de droit & de Jurisprudence, Paris, 1931;
- POLLOCK F., *The Law of Torts, A Treatise on the principles of obligation arising from Civil Wrongs in the Common Law*, Fourth Edition, Stevens and Sons, London, 1895;
- *The law of torts: a treatise on the principles of obligation arising from civil wrongs in the common law: to which is added the draft of a Code of civil Wrongs prepared for the Government of India*, Eleventh Edition, Stevens and Sons, London, 1920
- PORCHEROT E., *De l'abus de droit*, Dijon, 1901;
- PORTALIS J. É. M., *Exposé de motifs VI, Fait par M. Portalis, conseiller d'état et orateur du gouvernement, dans la séance du corps législatif du 26 nivôse an XII (17 janvier 1804)*, in *Législation civile, commerciale et criminelle ou commentarie et complément des Code français*, a cura del barone LOCRÉ, Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, Bruxelles, 1836;
- PUCHTA G. F., *Pandekten*, Dritte verbesserte Auflage, Verlag von Johann Ambrosius Barth, Leipzig, 1845;
- *Cursus der Institutionen*, Zweiter Band, Achte Auflage, Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1875
- PUFENDORF S., *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem*, Felicem Bielkium, Ienae, 1721;
- *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*, Londini Scanorum, 1672;
- RAMDOHR M. H., *Rechtmißbrauch*, in *Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts*, Vol. 46, Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1902;
- RANIERI F., *Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du Civil Law*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1998;

- *Eccezione di dolo generale*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Vol. VII, Utet, Torino, 1991;
- *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Lefevre Giuffrè, 1972;
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, Società editrice il Mulino, Bologna, 1998;
- RESTIVO C., *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2, 2010;
- RICCOBONO S., *La teoria dell'abuso del diritto nella dottrina romana*, in *Bollettino dell'Istituto di diritto romano*, Vol. XLVI, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1939;
- RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Edizioni scientifiche italiane, Milano, 1964;
- ROTONDI M., *L'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, Società Editrice Librai, Milano, 1923;
- *Aemulatio*, in *Per il XIV centenario della codificazione di Giustiniano*, Tipografia cooperativa, Pavia, 1934;
- RÜCKERT J., *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, 2. Auflage, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2022;
- SABBIONETI M., *Democrazia sociale e diritto privato. La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, Giuffrè, Milano, 2011;
- SALEILLES R., *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, Troisième Édition, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1914;
- *Les accidents de travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Rousseau, Paris, 1897;
- *De l'abus de droit, Rapport présenté à la première sous-commission de la Commission de revision du Code civil*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, Vol. IV, Arthur Rousseau Editeur, Paris, 1905;
- *Commission de revision du Code civil, travaux de la première sous-commission*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, Vol. IV, Arthur Rousseau Editeur, Paris, 1905;
- SAVIGNY C. F., *System des heutigen römischen Rechts*, Erster Band, Bei Veit und Comp., Berlin, 1840;
- *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, Erster Band, Nicolaischen Buchhandlung, Berlin, 1815;
- SCHUBERT W., *Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB, Einführung, Biographien, Materialien*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1978;

- SCHULZ G., *Disputatio Juridica de actione contra aedificantem ex aemulatione*, Regiomonti (Königsberg), Typis Reusnerianis, 1712;
- SCHNEIDER K., *Treu und Glauben im Civilprozesse und der Streit über die Prozessleitung. Ein Beitrag zur Beantwortung der Prozessleitungsfrage*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1903;
- SCIALOJA V., *Commento alla sentenza del 13 dicembre 1877 della Suprema Corte di cassazione di Firenze*, in *Il Foro italiano*, 1878;
- *Degli atti di emulazione*, in *Studi giuridici*, Vol. III, parte I, Anonima romana editoriale, Roma, 1932;
- *Del divieto di atti emulativi in materia di acque*, in *Studi giuridici*, Vol. III, parte I, Anonima romana editoriale, Roma, 1932;
- *Aemulatio*, in *Studi giuridici*, Vol. III, parte I, Anonima romana editoriale, Roma, 1932;
- *Voce Aemulatio*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, Vol. I, Parte II, Sez. I, Leonardo Vallardi, Milano, 1892;
- *L'intesa giuridica fra l'Italia e la Francia. Discorso pronunciato alla Sorbona il 18 aprile 1918*, in *Rivista di diritto civile*, Società Editrice Libraiia, Roma-Milano-Napoli, 1918;
- SOLARI G., *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste nel diritto privato (1906)*, edizione postuma a cura di Paolo Ungari, Giuffrè Editore, Milano, 1980;
- SOLIMANO S., *Un secolo giuridico. Legislazione, cultura e scienza del diritto civile in Italia e in Europa (1814-1916)*, in Aa.Vv., *Tempi del diritto. Età medievale, moderna, contemporanea*, Giappichelli Editore, Torino, 2022;
- SOURDAT J. B., *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, Vol. I, De Cosse, Paris, 1852;
- *Traité Général de la Responsabilité ou l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, Tome I, Deuxième Édition, Imprimerie et Librairie Général de jurisprudence Cosse, Marchal et Billard, Paris, 1872;
- SPENCER H., *First principles of a new system of philosophy*, D. Appleton and Company, New York, 1865;
- STAUB H., *Kommentar zur Allgemeinen deutschen Wechselordnung*, I. I. Heines Verlag, Berlin, 1896;
- STEINBACH E., *Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung*, Manz'sche k.u.k. Hof-Verlags-u. Univ.-Buchhandlung, Wien, 1898;
- STRYK S., *De jure aemulationis Dissertationum Juridicarum Francofurtensium de Selectis Utriusque Juris materiis*, Vol. III, Firenze, Giuseppe Celli, 1838;

- STRIETHORST T., *Rechts-Grundsätze der neuesten Entscheidungen des Königlichen Obertribunals*, Erster Band, Zweite Ausgabe, Verlag von C. Grobe, Berlin, 1855;
- *Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlichen Ober-Tribunals gelangt sind*, Erster Band, Verlag von J. Guttentag, Berlin, 1867;
- *Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlichen Ober-Tribunals gelangt sind*, Verlag von J. Guttentag, Berlin, 1852;
- *Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlichen Ober-Tribunals gelangt sind*, Verlag von J. Guttentag, Berlin, 1853;
- *Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlichen Ober-Tribunals gelangt sind*, Verlag von J. Guttentag, Berlin, 1855;
- THIBAUT A. F. J., *System des Pandektenrechts*, Erster Band, Achte verbesserte Ausgabe, Druck und Verlag von Friedrich Mauke, Jena, 1834;
- THOMASIIUS C., *Fundamenta juris naturae et gentium exsensu communi deducta*, Auditorii Thomasiani, Halle-Lipsia, 1705;
- TOULLIER C. M. B., *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, Vol. VI, Paris, 1824;
- *Droit civil français, suivant l'ordre du Code ouvrage dans lequel on taché de réunir la théorie*, Tome XI, Warée, Oncle, Libraire de la Cour royale, Paris, 1824;
- TRÜEB H., *Der Rechtsmissbrauch (Schikane) im modernen Recht: unter besonderer Berücksichtigung von Art. 2, 2 des schweiz. Zivilgesetzbuches*, Berne, 1909;
- VENEZIAN G., *Danno e risarcimento fuori dai contratti*, in *Opere giuridiche*, Vol. I, Roma, 1919;
- VON GIERKE O. in *Deutsches Privatrecht. Erster Band. Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1895;
- *Die soziale Aufgabe des Privatrecht*, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1889;
- VON RÖMER C. G., *Die exceptio doli, insbesondere im Wechselrecht*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, Bd. 20, Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart, 1875;
- VON WÄCHTER C. G., *Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts*, Zweiter Band. Allgemeine Lehren, Verlag der J. B. Mehlner'schen Buchhandlung, Stuttgart, 1842;
- WELZEL H., *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs. Ein Beitrag zur Ideengeschichte des 17. Und 18. Jahrhunderts*, Berlin, 1958;

- WEYL R., PICARD WEYL M., *Socialisme et justice dans la France de 1895: "le bon juge Magnaud"*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, 3-4, 1974-1975;
- WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrecht*, Erster Band, Verlagshandlung von Julius Buddeus, Düsseldorf, 1862;
- *Lehrbuch des Pandektenrecht*, Erster Band, Siebente durchgesehene und vermehrte Auflage, Büttner & Coening, Frankfurt am Main, 1891;
- *Diritto delle Pandette*, Prima traduzione italiana degli avvocati C. FADDA e P. E. BENSA, Vol. I, Unione tipografico-editrice, Torino, 1902.