

BOZZA 21-1- 2016.

L'abuso come eccesso e la metamorfosi delle tutele soggettive¹.

Francesco Denozza

Questo lavoro contiene in parte uno schema e in parte un riassunto (più che una diffusa esposizione) di una serie di ipotesi, che per brevità esporrò in forma apodittica anche quando dovrebbero essere formulate in forma decisamente ipotetica.

Le ipotesi sono descritte (alcune in maniera più diffusa, altre in maniera appena accennata) nei seguenti paragrafi di cui anticipo i titoli, a servire anche come schema di lettura.

I – La diffusione del ricorso al divieto di abuso (e alle clausole generali, al bilanciamento, ecc.).

Il ricorso alla regola, al principio, o all'argomento, del divieto di abuso² è sempre più diffuso e riguarda oramai il godimento di qualsiasi situazione soggettiva. Questa generalizzazione, unitamente alla diffusione del ricorso alle clausole generali e alle tecniche c.d. del bilanciamento, rappresenta una svolta epocale nella concezione dei diritti, delle posizioni soggettive e della loro tutela.

II – L'evoluzione della nozione di abuso.

Non solo si sta diffondendo il ricorso al divieto di abuso in vari settori del diritto (oggettivo), ma la nozione stessa di abuso si sta approfondendo e dilatando. L' elemento soggettivo, inteso non solo come orientamento della volontà, ma anche come riprovevolezza del comportamento del soggetto,

¹ Come apparirà chiaro (spero) dalla lettura del presente scritto, il riferimento all'eccesso non ha nulla a che vedere con il significato tecnico del termine eccesso quale usato ad es. nella locuzione "eccesso di potere" ed ha invece a che vedere con uno dei significati comuni del termine abuso, come quando lo si usa in proposizioni del tipo " ... ha abusato delle sue forze" " ... è stato distrutto dall'abuso di alcool", ecc.

² Sulla discussione relativa alla natura del divieto di abuso, in particolare, se si tratti o no di un principio generale dell'ordinamento dell'Unione, v. recentemente G.ALPA, *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e sui suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri, Contratto e impresa*, 2015, 245. V. anche A.GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, *Riv. dir. civ.* 2012, I, 297.

non è più, in molti casi di abuso, l'elemento essenziale e necessariamente determinante. Sono oggi configurate ipotesi di abuso in cui il comportamento del soggetto si riduce al compimento di un'azione neutra, o addirittura al semplice godimento dei benefici derivanti da una certa posizione soggettiva, ed in cui il giudizio di abusività dipende pressoché integralmente da un giudizio di eccessività relativamente ai benefici che il soggetto ricava o agli svantaggi che impone ad altri. Sul piano oggettivo si attenua la necessità che il soggetto raggiunga un risultato specificamente contrastante con la funzione del diritto esercitato, e ci si accontenta che l'esercizio del diritto sia in grado di procurare al soggetto un vantaggio giudicato anormale o eccessivo alla luce del complesso delle norme rilevanti.

Molte situazioni soggettive sono selettivamente limitate, nella possibilità di sfruttarle o anche solo di goderne, ricorrendo ad argomenti che non fanno espresso riferimento all'abuso e tuttavia recepiscono, nella sostanza, la struttura del ragionamento in termini di abuso al punto da configurarsi spesso come sue valide alternative funzionali³.

Illustro questa ipotesi con riferimento ad alcuni specifici aspetti di tre importanti problematiche: l'abuso delle libertà garantite dal Trattato; l'abuso della libertà contrattuale e l'abuso della personalità giuridica

III- Le libertà garantite dal Trattato.

La scriminante tra casi di normale esercizio e casi di abuso delle libertà garantite dal Trattato non è necessariamente collegata alla natura del comportamento del soggetto che invoca la libertà in questione e può dipendere invece dalla natura del vantaggio che costui ne ricava, con la conseguenza che lo stesso identico comportamento può essere abusivo o non abusivo in dipendenza del tipo di vantaggio che il soggetto ne può ricavare.

IV- La libertà contrattuale.

Può configurare oggi abuso anche il normale esercizio di un diritto contrattuale volontariamente riconosciuto e perciò acquisito del tutto lecitamente. E' cioè possibile che l'evoluzione della situazione economica in cui sono inserite le parti del contratto determini l'abusività di un

³ D'ora in poi mi servirò del termine *Abuso* (con iniziale maiuscola e in corsivo) per indicare sinteticamente l'insieme delle tendenze indicate nel testo, e cioè l'allargamento e l'approfondimento del ricorso a ragionamenti che in qualsiasi forma utilizzano l'una o l'altra nozione di abuso unitamente alla diffusione di interventi volti a disapplicare regole nei casi in cui la loro applicazione sembra produrre risultati abusivi anche solo nel senso di "eccessivi".

comportamento pur contrattualmente autorizzato (che in un diverso contesto sarebbe pienamente lecito) quando questo comportamento sia foriero per l'altra parte di svantaggi considerati eccessivi.

V- La persona giuridica.

Il principio di separazione della società persona giuridica è messo in discussione non solo in casi in cui si riscontra l'esistenza di un comportamento riprovevole di colui che invoca l'applicazione del principio, ma anche in casi in cui si tratta semplicemente di evitare che il godimento di una posizione soggettiva connessa all'alterità derivante dal principio di separazione, si traduca per il titolare della posizione stessa in un vantaggio considerato eccessivo ed anormale alla luce non solo delle norme societarie, ma di tutta la disciplina nella specie rilevante.

VI. Il divieto di abuso e la natura dei diritti soggettivi.

Questa evoluzione nel senso di un ricorso all'*Abuso* sempre più sviluppato sia in estensione che in profondità, non rappresenta una contingente e casuale reazione a fenomeni che al momento non si riesce a controllare in altro modo, ma è invece profondamente coerente alla concezione neoliberale del diritto in senso oggettivo e alla funzione che ai diritti soggettivi è in questa concezione assegnata.

VII. Il divieto di abuso e l'ordine del mercato.

La funzione di normalizzazione svolta dall'*Abuso* non è in alcun modo incompatibile con l'attuale orientamento nei confronti del mercato e del suo funzionamento. In effetti le due forme di abuso possono essere collegate alle due diverse forme di interazione che hanno luogo nel mercato: le interazioni strategiche, per le quali si tratta essenzialmente di prevenire indebiti e distorti sfruttamenti del potere di contrattazione, e le interazioni parametriche, per le quali si tratta essenzialmente di limitare l'appropriazione di vantaggi eccessivi resi possibili dall'occasionale sfruttamento di fallimenti del mercato o della regolazione.

I – La diffusione del ricorso al divieto di abuso (e alle clausole generali, al bilanciamento, ecc.).

La generalizzazione del ricorso all’abuso del diritto, diventato nell’ordinamento interno come in quello dell’Unione (e probabilmente, sia pure in maniera meno terminologicamente lineare, anche negli ordinamenti americano e inglese⁴), una figura centrale, in molti e diversi ambiti disciplinari⁵,

⁴ La questione dello status dell’Abuso in ambito anglosassone è notoriamente controversa (v. recentemente A.DI ROBILANT, *Abuse of rights: The Continental Drug and the Common Law*,) e complicata dal fatto che a nomenclature diverse possono in realtà corrispondere schemi concettuali identici. Cfr. ad es. l’autorevole contributo di J. PERILLO, *Abuse of Rights: A Pervasive Legal Concept*, 27 *Pacific Law Journal*, 1995, 37, in cui si sostiene che la dottrina dell’ abuso “...exists in American law and is employed under such labels as nuisance, duress, good faith, economic waste, public policy, misuse of copyright and patent rights, lack of business purpose in tax law, extortion, and others”). Quanto al diritto inglese basterà ricordare che in quel sistema vale comunque il principio *fraus omnia corrumpit* articolato nel famoso monito di Lord Denning :“No court in this land will allow a person to keep an advantage which he has obtained by fraud. No judgment of a court, no order of a Minister, can be allowed to stand if it has been obtained by fraud. Fraud unravels everything. The court is careful not to find fraud unless it is distinctly pleaded and proved; but once it is proved, it vitiates judgments, contracts and all transactions whatsoever...”(*Lazarus Estates Ltd v Beasley* [1956] 1 QB 702, CA at p 712 e più recentemente lord Sumption [2013] 3WLR 1,SC(E) at para 18.

⁵ Come nota recentemente G.ALPA, *Appunti sul divieto dell’abuso del diritto in ambito comunitario e sui suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri, Contratto e impresa*, 2/2015, 251 “il divieto di abuso si è applicato in materia di libertà di stabilimento, di politica commerciale, di libera circolazione delle merci, di libera circolazione dei lavoratori, di proprietà intellettuale, industriale e commerciale, di libertà, sicurezza e giustizia, di immigrazione e di asilo, di circolazione dei capitali, di concorrenza, di aiuti di Stato, di cittadinanza, di ambiente, di comunicazioni, di insolvenza, anche se il maggior numero di casi in cui si è fatto ricorso all’abuso riguarda la materia fiscale”. Altro elenco in R. IONESCU, *L’abus de droit en droit communautaire*, Tesi presentata il 16 gennaio 2009, Università Autonoma de Barcelona – Université Toulouse I, che esamina una casistica estesa ai contesti della libera prestazione di servizi, libertà di

è oramai un dato assolutamente incontestabile. L'estensione del ricorso all'abuso, o ad argomenti comunque inquadrati nel suo schema concettuale, è anche superiore a quella che può essere registrata osservandone l'uso esplicito, ben noto essendo che spesso la giurisprudenza affronta e risolve casi di abuso senza fare espressa menzione del termine⁶.

La valutazione in termini di abuso può riguardare oramai il godimento di qualsiasi situazione soggettiva, sia di quelle espressamente riconosciute dalla legge in capo soggetti che si trovano in condizioni particolari, sia di quelle che spettano in generale ad intere categorie di soggetti, quando occasionali fattori fattuali abbiano a mettere l'agente in grado di ricavare dal loro godimento la soddisfazione di interessi che appaiono non meritevoli di protezione. Da questo punto di vista mi sembra abbastanza irrilevante che il controllo avvenga in base ad un espresso riferimento all'abuso o attraverso l'invocazione (insieme o in alternativa all'abuso) di clausole generali come la buona fede, la correttezza, ecc⁷. Anche distinzioni tradizionali come quella tra abuso del diritto oggettivo (*fraude à la loi*) e abuso del diritto soggettivo (*abus de droit*) conservano forse una valenza descrittiva, ma non sembrano in grado di richiamare discipline radicalmente diverse⁸.

stabilimento, fiscalità diretta, protezione sociale, cittadinanza europea, diritto delle società, politica agricola comune, fiscalità indiretta, diritto privato internazionale comunitario.

⁶ Cfr. tra i tanti A. SAYDE' *Defining the Concept of Abuse of Union Law*, 33 *Yearbook of European Law*, 2014, 138 e i casi ivi citati alla n.2

⁷ Sul tema del rapporto tra buona fede e abuso del diritto v. nella nostra dottrina recente G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, *I contratti*, 2010, 5 e Id., *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, *I contratti*, 2011, 653; C. SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, *I contratti*, 2012, 5. L'idea di ancorare l'abuso all'utilità conseguita con l'esercizio del diritto e la buona fede alle modalità di esercizio dello stesso, non mi sembra convincente. Non credo che ci possa in nessun caso sganciare da una prospettiva consequenzialista. Una modalità di esercizio del diritto che non avvantaggia l'gente e non danneggia le controparti per quale ragione dovrebbe essere repressa?

⁸ Poco convincente mi sembra il tentativo (di recente v. ad es. A.SAYDE', *Defining the Concept of Abuse of Union Law*, 33 *Yearbook of European Law*, 2014, 138) di tracciare oggi netti confini tra *l'abuse of law* e *l'abuse of right*.

Tale oramai risalente⁹ e costante ricorso alla figura dell'abuso non può non essere posto in correlazione con la diffusione delle clausole generali¹⁰ e ancor più con l'altrettanto diffuso e ormai generalizzato accoglimento delle c.d. tecniche del "bilanciamento"¹¹ e della più generale tendenza a

⁹ Il primo caso di specifico riferimento all'abuso ufficialmente registrato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia è il Caso 33/74, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, [1974] ECR 1299, (*Van Binsbergen*).

¹⁰ Sul ruolo attualmente svolto dalle clausole generali rinvio a F.DENOZZA, *Clausole generali, interessi protetti e frammentazione del sistema*, *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Giuffrè, Milano, 2011, 25.

¹¹ La tecnica del bilanciamento è diventata fondamentale (in forme diverse, ma sostanzialmente in tutti gli ordinamenti occidentali) dapprima nell'interpretazione costituzionale (T. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 Yale L.J. 1987, 943), ed è proprio con riferimento all'ipotesi di potenziale conflitto di diritti individuali fondamentali tra loro o con interessi della collettività, che la tecnica del bilanciamento è stata oggetto dei più accesi dibattiti e delle più raffinate elaborazioni teoriche (v. ad es., tra i più recenti, R. ALEXY, *Formal principles: Some replies to critics*, 12 *Int. J. Constitutional Law*, 2014, 511). Il ricorso alla nozione di bilanciamento sembra essersi oggi esteso al punto da porsi come fattore potenzialmente rilevante nella soluzione di qualsiasi problema interpretativo (difficile dire quanto in questo processo di generalizzazione abbia conservato della sua specificità teorica e quanto abbia invece assorbito da una cultura di semplice buon senso per cui niente si ottiene in cambio di niente). Esso serve oggi non solo ad interpretare leggi che disciplinano rapporti tra privati, ma anche a gestire conflitti più nuovi ed eterodossi come ad es. quelli tra Stati e privati (si pensi al tema oramai scottante dei reciproci diritti spettanti agli Stati in confronto con quelli spettanti ai privati che hanno nel territorio di tali Stati investito) e persino a modellare atti di autonomia privata . Ecco un esempio tratto dalla giurisprudenza interna: "... i principi di correttezza e buona fede nell' esecuzione e nell' interpretazione dei contratti rilevano sia sul piano dell'individuazione degli obblighi contrattuali, sia su quello del bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti: sotto il primo profilo, essi impongono alle parti di adempiere obblighi anche non espressamente previsti dal contratto o dalla legge, ove ciò sia necessario per preservare gli interessi della controparte, mentre, sotto il secondo profilo, consentono al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto..." (CASS. 21 giugno 2011, n. 13583)

ricavare soluzioni di specifici problemi direttamente dal bilanciamento degli interessi in gioco¹² o dall'applicazione dell'ancor più vago¹³ principio di proporzionalità. Nel primo caso (ricorso all'utilizzazione della nozione, o del nucleo argomentativo dei ragionamenti in termini di abuso) l'esercizio effettivo del diritto, o il godimento della posizione soggettiva, vengono confrontati con un modello di uso lecito che non è definito come tale direttamente dalla legge. La repressione dell'abuso è in sostanza una operazione di normalizzazione che richiede il riferimento ad una qualche nozione di normalità (l'uso lecito) e poi una valutazione comparativa tra l' *astratto* normale, e il *concreto*, potenziale anormale.

Nel secondo caso (bilanciamento) diritti e interessi confliggenti vengono comparati ma anche, in qualche modo, confrontati con una qualche unità di misura che consenta di dare senso alla comparazione¹⁴.

In entrambi i casi il giudizio finale sulla liceità di comportamenti e, in definitiva, sul trattamento giuridico da riservare a fattispecie concrete, viene a dipendere non dal loro inquadramento nell'una o nell'altra fattispecie normativa, ma da valutazioni che richiedono all'interprete di riferirsi a parametri che non sono immediatamente determinati dalla norma.

¹² A questo livello epidermico l'accostamento tra abuso e bilanciamento appare quasi spontaneo e non bisognoso di particolari approfondimenti teorici, v. ad es. I. RADOCCIA, *Abuso del diritto come bilanciamento degli interessi*, *Giur. merito*, 2013, 742B

¹³ Come per l'abuso anche per il bilanciamento lo status teorico non è affatto chiaro. Si tratta di una specifica dottrina o di una forma di linguaggio che può segnalare elementi diversi, come il ricorso ad un particolare test, ad un principio generale, ad un modello teorico, ecc ? (si pone il problema in questi termini J. BOMHOFF, *Genealogies of Balancing as Discourse*, 4 *Law and Ethics of Human Rights*, 2010, 108, 110.

¹⁴ In quale misura l'attendibilità del giudizio di bilanciamento dipenda dalla commensurabilità dei due termini bilanciati è controverso. Come osservava alcuni anni fa Justice Scalia " ...it is more like judging whether a particular line is longer than a particular rock is heavy". *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enters inc.*, 486 U.S. 888, 897 (1988). In dottrina v. tra i più recenti, F. URBINA, *Incommensurability and Balancing*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, 1 ss.; V. DA SILVA, *Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision*, 31 *Oxford Journal Of Legal Studies*, 2011, 273; v. anche già F.SCHAUER, *Commensurability and its Constitutional Consequences* 45 *Hastings L.J.*, 1993-1994, 785.

La mia tesi è che la generalizzazione di operazioni interpretative di questo genere implica una svolta epocale nella concezione della tutela dei diritti e delle situazioni soggettive, nonché, in prospettiva, nei criteri e modalità di interpretazione e sistemazione del diritto oggettivo. Per rendersene conto basta una semplice rilettura, in un certo senso “ in controluce”, di tutte le pesantissime obiezioni che storicamente sono state mosse alla stessa configurabilità di una nozione giuridica di abuso del diritto. La paventata penetrazione di un istituto logicamente contraddittorio, in grado di minare dalle fondamenta il sistema e di metterne in discussione qualità così fondamentali come quelle della certezza e della imparzialità, sembra non più l’oggetto di una minaccia dissuasiva, ma cosa oramai sostanzialmente fatta. La realtà è che non esiste più oggi alcuna situazione soggettiva il cui esercizio possa sfuggire a controllo, ed eventuale limitazione, sotto il profilo dell’abuso e non esiste nessun risultato interpretativo basato sul metodo fattispecie legale- sussunzione- disciplina concreta¹⁵, che possa sfuggire a rivalutazione e, se del caso, correzione, in una prospettiva di proporzionalità e di bilanciamento.

II- L’evoluzione della nozione di abuso.

La figura dell’abuso oltre all’indicato sviluppo per così dire esterno (nel senso della estensione della sua applicazione a nuove ipotesi e ad ambiti sempre più estesi) sta a mio avviso subendo anche uno sviluppo, per così dire interno, nella direzione di un allargamento della nozione¹⁶. Non è facile dare a questa affermazione un senso e un contenuto preciso poiché la stessa molteplicità e varietà delle situazioni nelle quali è oggi invocato l’abuso (o sono comunque sviluppati argomenti

¹⁵ Sul tema della fattispecie v. di recente N. IRTI *La crisi della fattispecie*, *R. d. proc. civ.*, 2014, p. 36 ss. e A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla “fattispecie”*, *Riv. dir. civ.*, 2015, II , 10245

¹⁶ Credo che quella attuale sia una fase ulteriore di un processo storico, in atto da tempo, di progressiva estensione dell’ambito di applicazione del divieto di abuso. In origine strettamente connesso ai c.d. atti emulativi, che richiedono la presenza di un preciso e ben definito orientamento psicologico dell’agente (la volontà di danneggiare per il gusto di danneggiare), poi esteso ad altre ipotesi di in cui la rilevanza dell’atteggiamento psicologico non è più sottoposta a requisiti così stringenti, poi ad ipotesi di abuso c.d. oggettivo (R.IONESCU, *La Cour de Justice des Communautés Européennes et les principes généraux du droit communautaire : l’exemple du principe général d’interdiction de l’abus de droit*)in cui l’elemento psicologico perde di importanza, per arrivare infine all’attuale abuso come eccesso in cui come dico nel testo è l’intera valutazione del comportamento dell’agente a perdere di rilevanza in favore della valutazione degli effetti.

che ne ricalcano il nucleo concettuale centrale) rende particolarmente difficili classificazioni e generalizzazioni. Una caratteristica che mi sembra però concettualmente ineliminabile da ogni costruzione edificata intorno allo schema dell'abuso, attiene alla definizione delle particolari circostanze che possono spostare un concreto evento dalla categoria del normale esercizio del diritto a quella dell'anormalità e quindi dell'abuso. Tradizionalmente si è tentato di definire queste circostanze rilevanti con riferimento al comportamento del soggetto autore del potenziale abuso. In questa prospettiva, il risultato ottenuto dall'azione abusiva è ovviamente considerato e classificato, ma serve essenzialmente a colorare il comportamento del soggetto nella sua dimensione relazionale con la controparte dell'abuso: svantaggio per la vittima con vantaggio dell'agente, svantaggio della vittima senza vantaggio per l'agente, svantaggio per entrambi, come in certi atti puramente emulativi, sproporzione tra l'un vantaggio e l'altro, ecc.

Mi sembra che attualmente abbia invece assunto un'importanza autonoma e crescente il risultato in sé considerato e precisamente il fatto che il soggetto abbia a ricavare dall'esercizio del suo diritto, o dal godimento della posizione soggettiva che ricopre, dei vantaggi in qualche modo eccessivi. Con tutte le cautele del caso vorrei allora descrivere l'evoluzione in atto come quella caratterizzata nel senso di una progressiva crescita di importanza di quello che potremmo provare a chiamare l'"abuso come eccesso", supponendo che anche nel linguaggio giuridico, come in quello comune, sia possibile distinguere un senso dell'abuso come distorsione e approfittamento, da un senso dell'abuso come anormalità ed eccesso. La mia ipotesi allora è che accanto alla tradizionale figura dell'abuso come sfruttamento distorto delle possibilità offerte dal godimento di una certa situazione soggettiva, si stiano diffondendo ipotesi nelle quali viene colpita la possibilità *in sé e per sé* che il soggetto abbia ad appropriarsi di vantaggi (o ad evitare svantaggi) considerati sproporzionati rispetto ad una certa normalità, normalità che viene desunta, e questo è un punto rilevante, non solo e non tanto dalla specifica norma che attribuisce la posizione soggettiva di cui il soggetto gode e che pretende di far valere (il tradizionale requisito del raggiungimento di un risultato contrario a quello per cui il diritto è stato attribuito), ma da tutto il sistema di norme che possono apparire rilevanti nella concreta fattispecie in esame.

Per offrire qualche spunto di riflessione che possa aiutare a chiarire ed a rendere maggiormente verosimile la tesi, userò la prospettiva indicata (progressiva crescita dell'importanza dell'abuso come eccesso) nell'analisi di tre specifici problemi: l'abuso delle libertà garantite dal Trattato e il trattamento dei c.d. letter boxes; l'abuso della libertà contrattuale e della dipendenza economica; il superamento del principio di separazione in casi diversi dall'applicazione delle dottrine del *piercing*;

III- L'abuso delle libertà garantite dal Trattato e la disciplina dei c.d. *letter boxes*.

Il primo caso in cui la Corte di Giustizia ha affrontato direttamente un problema di potenziali abusi commessi attraverso la creazione di c.d. *letter boxes*, e cioè di società prive di reale consistenza economica, è probabilmente il notissimo caso *Centros*¹⁷. Si trattava della costituzione in Inghilterra di una società che non era chiamata a svolgere attività in quel paese, ma, invece, attraverso apposita succursale, in Danimarca. A fronte del rifiuto delle autorità danesi di registrare il *branch office* della società "fittiziamente" inglese, la Corte afferma per contro la perfetta liceità dell'operazione. Nega perciò la natura abusiva di un comportamento che con un eufemismo potremmo definire per lo meno poco lineare e afferma che "... the fact that a company does not conduct any business in the Member State in which it has its registered office and pursues its activities only in the Member State where its branch is established is not sufficient to prove the existence of abuse or fraudulent conduct which would entitle the latter Member State to deny that company the benefit of the provisions of Community law relating to the right of establishment"¹⁸.

Alcuni anni più tardi la Corte torna sul tema dei *letter boxes* nel caso *Cadbury –Schweppes*. In questo caso si trattava di due società stabilite a Dublino al solo scopo di far sì che i profitti derivanti da attività finanziarie interne al gruppo Cadbury Schweppes potessero usufruire del regime tributario irlandese.¹⁹ La Corte conferma che non costituisce di per sé abuso il fatto di stabilire società in paesi dell'Unione che assicurano favorevoli regimi fiscali con lo scopo di godere dei più favorevoli regimi in questione²⁰ e conclude nel senso che questo fatto "...does not therefore preclude reliance ... on Articles 43 EC and 48 EC (see, to that effect, *Centros*, paragraph 18, and *Inspire Art*, paragraph 98)"²¹. La Corte poco dopo osserva però²² che "Having regard to that objective of integration in the host Member State, the concept of establishment within the meaning of the Treaty provisions on freedom of establishment involves the actual pursuit of an economic activity through a fixed establishment in that State for an indefinite period (see Case C-221/89 *Factortame and Others* [1991] ECR I-3905, paragraph 20, and Case C-246/89 *Commission v United Kingdom* [1991] ECR I-4585, paragraph 21). Consequently, it presupposes actual establishment of the company concerned in the host Member State and the pursuit of genuine

¹⁷ Corte di Giustizia, C-212/97 del 9 marzo 1999.

¹⁸ Id., par. 29

¹⁹ Corte di Giustizia, par 18.

²⁰ Id. par 34-38.

²¹ Id., 38.

²² Id., 54.

economic activity there”. Ne deriva la legittimità di restrizioni alla libertà di stabilimento giustificate dall’obiettivo di prevenire “...conduct involving the creation of wholly artificial arrangements which do not reflect economic reality, with a view to escaping the tax normally due on the profits generated by activities carried out on national territory”.

La difficoltà di coordinare le decisioni e le argomentazioni in *Centros* con quelle assunte e sviluppate in *Cadbury Schweppes* è evidente e i tentativi di trovare qualche via di conciliazione non sono mancati²³. A mio avviso la via più semplice è quella di valorizzare la differenza tra i vantaggi ottenuti con l’operazione in *Centros* rispetto a quelli ottenuti con l’operazione in *Cadbury – Schweppes*. In effetti l’operazione, in sé considerata, è nei due casi sostanzialmente identica: in entrambi si tratta della creazione di società destinate a non essere operative nel paese in cui vengono stabilite. In nessuno dei due casi riscontriamo quello svolgimento di genuina attività economica che è secondo la Corte presupposto dalla nozione di stabilimento e condizione e finalità della protezione della libertà di stabilimento nell’Unione. Quindi, dal punto di vista del comportamento del beneficiario del presunto abuso, non esiste alcuna differenza. La differenza è invece rilevante sul piano del beneficio ricavato dal comportamento potenzialmente abusivo. Senza giri di parole, possiamo dire che alla Corte il beneficio ricavato dall’operazione nel caso *Centros* appare conforme a diritto e funzionalmente positivo: la possibilità di scegliersi, attraverso la libera incorporazione nello stato preferito, la legge applicabile appare (alla Corte) assolutamente normale e addirittura necessaria per innescare il processo (presunto) virtuoso della competizione tra ordinamenti. Ben diverso il beneficio che lo stesso comportamento (la creazione di un *letter box*) assicura nel caso *Cadbury –Schweppes*. Qui si tratta invece di sfuggire all’obbligo di pagare le imposte “normally due”. Il beneficio è quindi anormale ed eliminare ogni limite alla possibilità di agevolmente procurarselo avrebbe il non gradito (alla Corte) effetto di mettere in pericolo “... a balanced allocation between Member States of the power to impose taxes”²⁴

Insomma, a parità di condotta ciò che decide è la normalità in un caso, e l’eccessività nell’altro, del beneficio ottenuto dal godimento della posizione soggettiva in questione.

IV- L’abuso della libertà contrattuale.

L’altra serie di problemi su cui vorrei esemplificare le tesi generali esposte all’inizio fa riferimento

²³ V. ad es. L.CERIONI, *The “Abuse of Rights” in EU Company Law and EU Tax Law: A Re-reading of The ECJ Case Law and the Quest for a Unitary Notion*, *EBLR*, 2010, 783.

²⁴ *Id.*, 56

a quelli rubricati nella voce abuso della libertà contrattuale. Come è noto, in questo ambito le obiezioni logico-sistematiche nei confronti dell'*Abuso* trovano rinforzo nella presenza di due libertà contrapposte²⁵. Posto che l'accordo si raggiunge solo a fronte dell'esercizio, in senso concorde, della libertà di entrambi i contraenti, sembra difficile qualificare come un abuso il fatto che una delle parti debba subire gli effetti di una propria manifestazione di volontà. Con il che il vecchio schema si ripropone. Se una parte pretende di esercitare un potere che non le è stato riconosciuto dalla volontà dell'altra, la pretesa va respinta perché non fondata sul contratto. Se il potere le è stato invece riconosciuto dalla volontà della controparte, la possibilità di qualificare la pretesa come abusiva sembra esclusa in radice. L'unica ipotesi di possibile abuso contrattuale sembra allora quella in cui può essere messa in discussione la volontarietà dell'accordo. Ad un consenso non genuino non può essere riconosciuta la capacità di legittimare le azioni da esso autorizzate e di escludere perciò in radice gli abusi. L'attenzione si concentra così sul momento della conclusione del contratto e sull'abuso del potere di fatto che consente ad una delle parti di inserire nel contratto clausole che le garantiscono anomali vantaggi. Le clausole inserite, e i poteri giuridici acquisiti, senza abuso, devono essere, rispettivamente, interpretate ed esercitati nel rispetto della buona fede, ma non sembrano comunque suscettibili di abuso.

Esistono oggi accreditate tendenze interpretative in cui questo schema salta completamente. Il punto di più chiara emersione di queste tendenze si ritrova a mio avviso nell'interpretazione della disciplina dell'abuso di dipendenza economica e in particolare nella soluzione del problema relativo al momento in cui la dipendenza economica deve sussistere per essere rilevante. Mi sembra che si vada a questo riguardo affermando la tendenza a ritenere rilevante non solo la dipendenza esistente al momento della conclusione del contratto, ma anche quella insorta durante l'esecuzione del medesimo²⁶.

²⁵ Un buon riepilogo critico in F. DI MARZIO, *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, *Riv.dir.civ.*, 2011, I, 491.

²⁶ La possibile rilevanza anche di una dipendenza economica sorta nel corso del rapporto è talvolta affermata esplicitamente (v. ad es. Trib. Forlì, 27 ottobre 2010, *Foro it.* 2011, I, 1578, parla esplicitamente dell'eventualità che l'impresa "...una volta instaurato il rapporto, per soddisfare le richieste della committente si trovi nella necessità di effettuare investimenti specifici e non riconvertibili ad altri usi..") mentre altre volte è implicita nell'indicazione dei possibili fattori di dipendenza (v. ad es. P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè Milano 2006, 132: "Elementi sintomatici di una dipendenza di tipo soggettivo possono poi essere in particolare: la convertibilità e l'ammortamento degli investimenti

Nell'esempio classico della clausola contrattuale che autorizza al recesso *ad nutum* con breve preavviso, l'esercizio del diritto di recesso viene sottoposto a scrutinio sotto il profilo dell'abuso a prescindere da ogni indagine sulla situazione esistente al momento della conclusione del contratto e valutando invece l'esistenza della dipendenza (ad es. la mancanza di valide alternative) con riferimento al momento in cui il diritto conferito dalla clausola è esercitato²⁷. Il controllo si sposta

compiuti in funzione dei rapporti commerciali che s'intrattengono con l'impresa dominante; la durata di tali rapporti...").

²⁷ Emblematica la fattispecie esaminata da Cass. 23 luglio 2014, n. 16787, I contratti, 2015, 241, con nota di Lamicella. Si trattava del recesso esercitato nei confronti di alcuni concessionari della Mazda. Il caso è complesso in fatto (il recesso era stato esercitato a cascata da Mazda nei confronti di Sidauto, suo importatore in Italia e da quest'ultima nei confronti delle concessionarie di vendita) e presentava vari motivi di discussione in diritto. Quello che qui interessa è sottolineare che la Cassazione dà per scontato che l'abuso di dipendenza economica sia stato perpetrato grazie al fatto che Mazda era l'unico soggetto in grado di consentire alle concessionarie "... di continuare a vendere le automobili con quel marchio e di effettuare le sostituzioni dei pezzi di ricambio nelle automobili già vendute". La dipendenza è perciò individuata nella presenza di elementi di debolezza delle concessionarie che non erano presenti al momento della conclusione del contratto (quando esse potevano verosimilmente scegliere di fare i concessionari anche per altre marche di automobili) e che sono invece nate in seguito alla costituzione del rapporto. Con riferimento ad un' altra peculiare fattispecie v. Trib. Milano, Sez. specializzata in materia d'impresa, 8 luglio 2014, n. 9024/14 relativa ad un ristorante "dipendente" dalla possibilità per i suoi clienti di usufruire di un adiacente parcheggio, il titolare del parcheggio viene condannato senza che la motivazione della sentenza si ponga minimamente il problema di chi fosse arrivato prima, e in particolare di cosa avesse eventualmente indotto il padrone del ristorante ad aprire un esercizio in una zona priva di parcheggi pubblici accessibili. Con il che sembrerebbe qui acquisito che chiunque può godere dei benefici del divieto di abuso, anche se si è volontariamente messo nelle condizioni di debolezza che consentono ad un altro di dominarlo. Persino alcune sentenze che pure negano nella specie sottoposta la loro esame l'esistenza della dipendenza e dell'abuso accettano tuttavia l'idea che possa essere rilevante anche la dipendenza sorta durante l'esecuzione del rapporto e argomentano perciò in base alla possibilità che la parte aveva di evitare la dipendenza (chi le ha chiesto di fare eventuali investimenti idiosincratici?) e alla convenienza che ha avuto a tenere i comportamenti che l'hanno creata (ad es.: Trib. Milano, 10 marzo 2015, Fall.to E. s.a.s c. R. s.p.a., al riguardo v. anche P. FABBIO, op cit alla nota precedente dove a p. 141 ss. parla della dipendenza "auto-indotta".

dall'inserimento abusivo nel contratto di una clausola sproporzionata, all'esercizio abusivo del potere conferito da una clausola legittimamente (con piena volontarietà di entrambe le parti) inserita. Il risultato è che lo stesso identico esercizio del potere conferito dalla stessa identica clausola, ad es. recesso *ad nutum* con breve preavviso, autorizzato da apposita clausola contrattuale, potrà essere considerato abusivo o non abusivo a seconda delle circostanze esistenti al momento della dichiarazione di recesso. Ad es. potrà essere considerato perfettamente legittimo là dove la controparte abbia adeguate alternative di mercato in cui riciclare immediatamente i suoi investimenti, mentre potrà essere considerato abusivo quando comporti un' ingente perdita di investimenti idiosincrici non ammortizzati. Potrà perciò essere abusivo o non abusivo non per la natura del comportamento dell'agente o per le finalità da lui perseguite, ma per il tipo e l'entità dei risultati che produce.

Un altro aspetto di questa vicenda merita anch'esso segnalazione. La possibile abusività dell'esercizio del potere conferito da una clausola contrattuale volontariamente concordata non è la semplice ed aproblematica espressione del principio per cui può essere soggetto a controllo l'esercizio di qualsiasi prerogativa. Qui c'è un problema specifico che nasce dalla difficoltà di considerare abusivo un comportamento (la dichiarazione di recesso) che è proprio quello che la clausola inserita nel contratto mirava a rendere possibile. L'argomento si comprende meglio ragionando in termini di funzione della clausola. Le clausole relative al recesso hanno, tra l'altro, la funzione di allocare in un certo modo i rischi connessi all'esecuzione del contratto, in particolare il rischio che lo svolgimento del rapporto prenda un corso tale da incidere negativamente sulla convenienza economica del contratto. La clausola che autorizza il recesso *ad nutum* scarica questo rischio integralmente in capo alla parte che potrebbe avere interesse ad una certa prosecuzione del rapporto. Quando la parte che per qualsiasi ragione non trova più conveniente il contratto esercita il recesso *ad nutum* arreca certamente un danno ad una controparte che avrebbe invece un qualche interesse a proseguire il rapporto. Si tratta però proprio del danno che la controparte ha accettato di poter essere costretta a subire nel momento in cui è stato deciso che il rischio (che qualcuno deve comunque correre) sarebbe stato corso da lei. Il divieto di abuso in questo caso cessa di essere lo strumento per colpire l'anomalo esercizio di prerogative pur spettanti al soggetto, e diventa un limite sostanziale alle prerogative che un soggetto può acquisire. La presenza del divieto di abuso impedisce in questo caso alle parti di allocare il rischio contrattuale come meglio credono²⁸,

²⁸ Il punto è ben sottolineato e vigorosamente criticato da M. R. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso, e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n.20106/2009*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di Pagliantini, Giappichelli, Torino, 2010, 69, a p.86s.

ponendolo magari integralmente a carico di una delle parti, ed impone, invece, che il rischio sia sempre, almeno in una certa misura, ripartito su entrambe. La prevenzione dell'eventualità che un soggetto ricava vantaggi, o subisca danni, eccessivi, viene qui realizzata attraverso l'introduzione di una regola sostanzialmente corrispondente ad un divieto imperativo.

V Il superamento del principio di separazione della persona giuridica.

L'ultimo spunto ci conduce verso l'insieme di problemi raggruppabili sotto la rubrica dell'abuso della persona giuridica. Qui il problema è ovviamente complicato dall'incrocio con altro istituto di dubbia natura, quale è appunto quello della persona giuridica. Ignorerò qui questo aspetto che ci costringerebbe a prendere posizione in un dibattito con origini oramai lontane (ma non per questo necessariamente inattuale) il cui punto di emersione più elevato resta probabilmente il ben noto dissenso tra Savigny e Gierke relativamente alla intima natura (finzionistica o realistica) della personalità giuridica.²⁹ Ciò che mi interessa, in linea con il senso del discorso che sto qui cercando di portare avanti, è il fatto che le discipline connesse al riconoscimento della personalità giuridica (centrate intorno al principio della tendenziale alterità tra soci e società il c.d. *Trennungsprinzip*) creano comunque situazioni soggettive da cui i titolari ricavano vantaggi (ad es. la possibilità per il socio di non rispondere dei debiti della società) che talora possono risultare eccessivi e/o tradursi in eccessivi svantaggi per altri con conseguente possibilità che la situazione soggettiva in questione, come qualsiasi altra posizione soggettiva, venga considerata strumento o, almeno, occasione, di abusi.

Come è noto, gli esempi più rilevanti in cui il principio di separazione può essere superato sono costituiti dalle classiche fattispecie raggruppate sotto la rubrica del c.d. *piercing the corporate veil*.

Qui la presenza dello schema tradizionale dell'abuso è molto evidente. Al di là dei (pur importantissimi) dettagli attinenti alla esatta definizione dei casi in cui il *piercing* deve essere ritenuto ammissibile, caratteristica comune a tutte le costruzioni dell'istituto è la rilevanza attribuita all'esistenza di comportamenti (per lo più dei soci, ma in ipotesi anche di non soci) scientemente contrari alle finalità perseguite dalle norme che hanno attribuito loro la posizione soggettiva di alterità nei confronti dei rapporti instaurati dalla società, posizione soggettiva di cui godono proprio grazie all'esistenza giuridica di quest'ultima. Decisiva ai fini del trattamento da riservare alla

²⁹ Tra gli autori che sono ritornati in epoca relativamente recente sul tema v. P.MONTALENTI, *Persona giuridica, gruppi disocietà, corporate governance*, Cedam, 1999.

fattispecie è perciò l'esistenza di precisi comportamenti contraddittori con le finalità della norma sulla limitazione di responsabilità, e atti a frustrarne gli obiettivi.

In realtà il *piercing* è sempre stato solo uno dei molti casi di possibile abuso del principio di separazione. Sfruttando la metafora del velo un autore ebbe a proporre, alcuni anni fa, di aggiungere al *piercing* o più in generale al *penetrating the veil*, almeno altre tre categorie da lui battezzate: *Peeping behind the veil; Extending the veil; Ignoring the veil*³⁰.

In tutta questa complicata casistica³¹ l'aspetto che maggiormente mi interessa riguarda il ruolo giocato dal profilo attinente a quella che può essere variamente chiamata *fraud, circumvention, shame, avoidance*, ecc. Questo profilo che, come ho appena detto, è centrale nelle ipotesi raccolte sotto la rubrica del *piercing*, sta diventando nei casi più recenti di superamento del principio di alterità sempre meno rilevante. E' infatti crescente il numero di casi in cui le norme sull'alterità sono disattese pur in assenza di specifici comportamenti aventi intenti fraudolenti o, comunque, specificamente volti a realizzare risultati contrastanti con le finalità di queste norme. Si tratta, alla fine, di casi in cui il riferimento all'abuso non compare nemmeno e che però hanno del ragionamento in termini di abuso, almeno di quello che ho chiamato abuso come eccesso, la caratteristica essenziale di implicare un selettivo superamento del principio di separazione in tutti i casi in cui il suo rispetto sembra in grado di procurare a qualcuna delle parti vantaggi (o svantaggi) eccessivi, o comunque non coerenti con lo scopo perseguito non tanto (come nel *piercing*) dalle norme che attuano il principio di separazione, quanto da altri, indipendenti, sistemi di norme che con quelle (attuative del principio di separazione) non hanno nessuna sostanziale connessione.

Vorrei partire da un caso in cui uno dei nostri organi giudicanti fa espresso riferimento al diritto europeo al fine di risolvere un caso interno. Il problema affrontato in questo caso dal TAR -

³⁰ S. OTTOLENGHI, *From Peeping Behind the Corporate Veil, to Ignoring it Completely*, 53 *Mod. L. Rev.*, 1990, 338. Nella prima categoria possiamo collocare i casi in cui il superamento del principio di separazione si concretizza nel fatto che l'osservazione al di là del velo modifica il trattamento giuridico cui sarebbe altrimenti soggetta la persona giuridica. Un esempio famoso riguarda l'applicazione delle leggi emanate durante l'ultima Guerra mondiale con riferimento alla nazionalità delle società. Una società incorporata in Inghilterra ma con una compagine sociale composta da soci di nazionalità tedesca deve essere considerata come un cittadino inglese o come il cittadino di uno stato nemico? (una più attuale versione del tema riguarda il problema della nazionalità delle società negli arbitrati internazionali).

³¹ Prescindo qui dagli sviluppi del superamento del principio di separazione motivato da esigenze di tutela dei lavoratori dipendenti che ha motivazioni ovviamente peculiari.

Pescara³² riguarda la possibilità di scaricare sulla controllante la responsabilità per atti di inquinamento compiuti dalla controllata. Il TAR così argomenta “...atteso che si verte in materia comunque di rilievo anche comunitario, e quindi nell’applicazione di direttive comunitarie attuate nel nostro ordinamento, il Collegio ritiene che ai fini della loro corretta applicazione e quindi dell’accertamento di illeciti ambientali commessi da gruppi societari debba essere accolta la *concezione sostanzialistica di impresa fatta propria dalla giurisprudenza comunitaria* (giurisprudenza maturata soprattutto in tema di concorrenza), e quindi applicato il principio della *prevalenza dell’unità economica del gruppo rispetto alla pluralità soggettiva delle imprese controllate*, secondo cui per illeciti commessi dalle società operative la responsabilità si estende anche alle società madri, che ne detengono le quote di partecipazione in misura tale, come nel caso di specie, da evidenziare un rapporto di dipendenza e quindi escludere una sostanziale autonomia decisionale delle controllate stesse [corsivo mio]”.

Al di là della questione se il richiamo alla giurisprudenza europea sia qui appropriato e se il contenuto del richiamo sia corretto (nel senso dell’effettiva esistenza nell’ordinamento comunitario di una concezione sostanzialistica di impresa), merita di essere sottolineato il fatto che i giudici abruzzesi non ritengono di doversi impegnare in alcun accertamento circa l’esistenza di peculiari comportamenti della controllante idonei a fondare una peculiare responsabilità di quest’ultima. A loro avviso la controllante deve comunque rispondere. E se questa impegnativa affermazione trova nella sentenza un minimo di giustificazione, al di là dell’argomento che invoca l’autorità dei giudici europei, questa giustificazione la si rintraccia poche righe dopo il brano citato, là dove il TAR nota che “ ... tale applicazione sostanzialistica favorisce l’effetto utile dell’applicazione di principi fondamentali della materia comunitaria in questione, quale quello secondo cui “chi inquina paga”. Con il che il TAR dichiara di riallacciarsi a quella giurisprudenza del Consiglio di Stato che ritiene applicabili in materia regole sostanzialistiche “ ... che consentono, per la migliore e immediata tutela di fondamentali interessi superindividuali, di derogare al generale principio della personalità e, in ossequio al canone del “chi inquina paga”, di onerare chi abbia beneficiato delle valenze economiche, anche latenti, di un bene-impresa dei correlativi costi dell’internalizzazione delle diseconomie esterne prodotte”³³.

Vanno sottolineati qui due aspetti peculiari. Il primo aspetto, già sottolineato a commento della sentenza del TAR, è l’irrelevanza dell’inesistenza di intenti specificamente elusivi. La responsabilità della società diversa da quella autrice materiale dell’inquinamento è affermata in via generale, con

³² TAR Abruzzo- Pescara, 30 aprile 2014, n. 204, *Edison S.p.A. c. Ministero dell’Ambiente*

³³ Consiglio di Stato, 5 dicembre 2008, n. 6055, Regione Lombardia c. Edison S.p.A.

riferimento a situazioni nelle quali sembra essere pacifica l'assenza di alcuna particolare macchinazione. Il secondo aspetto attiene alla indicazione delle finalità perseguite con il superamento del principio di separazione, finalità che non fanno riferimento alla repressione di un uso distorto della personalità giuridica, ma al fatto che altrimenti le norme rilevanti (che sono quelle sull'inquinamento e non quelle sulla limitazione della responsabilità) non sarebbero applicate in maniera corretta e da tutto ciò la società che invoca la sua posizione soggettiva di soggetto separato trarrebbe un vantaggio incongruo ed eccessivo.

La mia ipotesi è che non siamo in presenza di occasionali eccessi giurisprudenziali, suggeriti magari da eccezionali esigenze equitative, ma di picchi di emersione di una tendenza che in varia misura è presente anche in altri ordinamenti a cominciare da quello dell'Unione cui i nostri giudici amministrativi espressamente si riferiscono. Alludo ovviamente alla teoria c.d. della *single entity* le cui principali applicazioni sono probabilmente quella che consente di non considerare rilevanti a fini *antitrust* le intese che coinvolgono società appartenenti ad un gruppo suscettibile di essere considerato come una unica entità economica, e quella che consente di estendere alla controllante le sanzioni per violazione delle norme antitrust irrogate ad una controllata.

La versione ufficiale di quest'ultima applicazione è forse meno draconiana di come tende a presentarla il TAR- Pescara, poiché ufficialmente l'estensione della sanzione non è mai automatica. Essa richiede invece la sussistenza di un preciso presupposto e cioè che la "... controllata non determina in modo autonomo la sua linea di condotta sul mercato, ma si attiene, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società controllante, in considerazione, in particolare, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra i due enti giuridici"³⁴. Il fatto però è che la nozione di "*società che non determina in modo autonomo la sua linea di condotta*" finisce in pratica per identificare un rapporto che è sostanzialmente coincidente con quello che intercorre in via assolutamente normale tra una società controllante e una società controllata. Non si richiede infatti che la società controllante abbia in qualche modo assunto una posizione di comando ulteriore rispetto a quella che la legge le conferisce per il fatto di essere controllante. L'esercizio normale dei poteri spettanti alla controllante sembra più che sufficiente a determinare l'estensione della sanzione. Per altro verso non è neppure sufficiente che la controllante si sia astenuta dall'esercitare i poteri societari ad essa spettanti, posto che come è stato di recente ribadito al fine di stabilire l'eventuale autonomia della controllata "...deve essere preso in considerazione l'insieme degli elementi pertinenti relativi ai vincoli economici, organizzativi e giuridici intercorrenti fra tale autore

³⁴ Così recentemente nel caso *Portielje* la Corte ha riassunto la sua giurisprudenza in materia, Corte di Giustizia, C-440/ 11 P, del 11 luglio 2013, 38.

e il suo ente controllante e, in tal modo, tener conto della realtà economica. L'assenza di adozione di una decisione di gestione da parte dell'ente controllante nel rispetto delle esigenze di forma previste dal diritto delle società non può pertanto di per sé essere sufficiente al riguardo”³⁵.

Se poi si passa all'esame delle circostanze che sono state prospettate come ipotetiche possibili esimenti è facile constatare che si tratta per lo più di circostanze oggettive che fanno riferimento alla situazione complessiva ben più che all'analisi dell'abusività di singoli comportamenti delle parti. E' il caso ad es. della natura finanziaria dell'attività della controllante o della transitorietà del controllo.

Vorrei riservare infine un cenno al dibattito recentemente (ri)animato da alcune pronunzie della giurisprudenza inglese. Riesaminando più o meno approfonditamente la situazione complessivamente vigente in quel sistema giuridico a partire dal noto caso fondante il principio di separazione,³⁶ la giurisprudenza recente si è particolarmente soffermata sull'istituto del *piercing*, istituto che ha corso il rischio di essere addirittura estromesso dall'ordinamento inglese e il cui ambito di applicazione è sembrato a diversi giudici meritevole di ridimensionamento³⁷. La peculiarità che mi sembra però di cogliere in questo dibattito è che il potenziale ridimensionamento dell'istituto del *piercing* non sembra immaginato come un ripristino dei privilegi che ai soci derivano dall'applicazione del principio di separazione, ma piuttosto come conseguenza della

³⁵ Id., 66.

³⁶ Si tratta come tutti sanno del ben noto *Salomon v A Salomon and Co Ltd* [1897] AC 22,

³⁷ Ecco la conclusione cui dopo accurata analisi dei precedenti perviene Lord Sumption in *Prest (Appellant) v Petrodel Resources Limited and others* [2013] UKSC 34 (12 June 2013), 37: “I conclude that there is a limited principle of English law which applies when a person is under an existing legal obligation or liability or subject to an existing legal restriction which he deliberately evades or whose enforcement he deliberately frustrates by interposing a company under his control. The court may then pierce the corporate veil for the purpose, and only for the purpose, of depriving the company or its controller of the advantage that they would otherwise have obtained by the company's separate legal personality. The principle is properly described as a limited one, because in almost every case where the test is satisfied, the facts will in practice disclose a legal relationship between the company and its controller which will make it unnecessary to pierce the corporate veil”.

ampliata possibilità di rimediare ad eventuali abusi ricorrendo non al *piercing*, e ai confusi e complessi accertamenti che la sua applicazione presuppone, ma ad altri istituti più lineari e meno impegnativi. Significativa in questo senso mi sembra la pronunzia che forse ha maggiormente polarizzato l'attenzione dei commentatori che è probabilmente quella resa nel caso *Prest v. Petrodel*³⁸. In questo caso si discuteva della possibilità per la moglie divorziata di appropriarsi di beni che erano stati in sede di divorzio a lei assegnati e però appartenenti non al marito, ma a società per azioni.

Caratteristica della fattispecie in questione è che era pacifico che "[The properties] were vested in the companies long before the marriage broke up. Whatever the husband's reasons for organising things in that way, there is no evidence that he was seeking to avoid any obligation which is relevant in these proceedings. The judge found that his purpose was 'wealth protection and the avoidance of tax.'" Dal punto di vista della frode non era perciò possibile imputare all'ex marito una macchinazione volta a defraudare la ex moglie. Il giudice di primo grado aveva riconosciuto la difficoltà di ricorrere al *piercing* ma aveva ritenuto che "a wider jurisdiction to pierce the corporate veil was available under section 24 of the Matrimonial Causes Act".³⁹ La Corte Suprema ritiene invece impossibile, in mancanza di frode, il ricorso ad una qualche forma di *piercing*, ma perviene a risultati altrettanto e, forse, ancora più incisivi decidendo che l'ex marito va considerato come il beneficial owner e le società, considerate come suoi fiduciari, vanno condannate a trasferire i beni in questione all'ex moglie.

Ribadisco che la morale di questa storia è la diffusione di un controllo sulle prerogative soggettive, e sul loro esercizio e godimento, basato molto più sull'analisi dei risultati (iniqui e/o eccessivi) conseguenti per l'uno o l'altro dei soggetti coinvolti, che non sull'analisi del comportamento del titolare della prerogativa. Ovviamente si può sempre sostenere che questi non sono casi di *Abuso* e che meritano invece il ricorso ad una diversa nomenclatura. Ai fini del presente lavoro ciò poco importa. Resta rilevante il fatto che si tratta di strumenti volti ad limitare lo sfruttamento di prerogative soggettive la cui affinità sostanziale e anche (come dimostra il dibattito inglese) la potenziale fungibilità con lo strumento dell'abuso è evidente.

³⁸ *Prest (Appellant) v Petrodel Resources Limited and others* [2013] UKSC 34 (12 June 2013).

³⁹ *Id.*, par.6.

VI- Il divieto di abuso e la natura dei diritti soggettivi.

Veniamo ora al tema generale della protezione delle posizioni soggettive. La mia tesi è che esiste una profonda coerenza tra quanto rilevato in tema di sviluppo della nozione di abuso (e di bilanciamento) e la concezione dei diritti e, più in generale, delle posizioni soggettive caratteristica del pensiero neoliberale. Coerenza profonda che induce ad ipotizzare che fino a quando resterà dominante il pensiero neoliberale, il ricorso all'abuso e al bilanciamento tenderà non ad arretrare, ma, se mai, a svilupparsi ulteriormente.

La precedente affermazione dà per scontati una serie di presupposti che dovrebbero essere adeguatamente dimostrati, cosa che non ho qui la possibilità di fare compiutamente. Mi limiterò a qualche chiarimento. Per diritto neoliberale intendo il diritto oggettivo che è stato prodotto soprattutto negli ultimi quattro decenni (ovviamente la definizione temporale è molto approssimativa)⁴⁰ e per pensiero giuridico neoliberale intendo la corrente di pensiero che nello stesso periodo non solo è stata egemone a livello giuridico, ma che ha avuto la capacità di stabilire strettissimi collegamenti con le correnti culturali che sono risultate egemoni in via generale, soprattutto a livello economico e politico⁴¹. Mentre la prima nozione (diritto neoliberale) evoca fenomeni disparati la cui unificazione sotto un' unica rubrica può apparire né scontata, né semplice, la seconda (pensiero giuridico neoliberale) rimanda a mio avviso ad una realtà ben precisa il cui nucleo centrale è costituito dal movimento dell'analisi economica del diritto. La mia convinzione è che questo movimento di pensiero, valutato in senso ampio, comprensivo cioè dei molti addentellati che esso ha con varie branche del pensiero economico e politico, rappresenti il nucleo dell'ideologia giuridica neoliberale.

E' quindi principalmente a questa corrente di pensiero che mi rivolgerò per sviluppare l'ipotesi relativa alla connessione tra diffusione delle tecniche dell'abuso (e del bilanciamento) e trasformazione della concezione dei diritti e delle posizioni oggettive e della loro funzione. Con una precisazione: la mia ipotesi non è che i sostenitori dell'EAL siano stati i grandi elettori che hanno determinato la scalata dell' *Abuso* al potere. In realtà una simile tesi potrebbe essere

⁴⁰ Il fatto che negli anni settanta del secolo scorso si sia verificata una svolta epocale a livello economico e politico è generalmente riconosciuto come una ovvietà (le citazioni potrebbero essere infinite; tanto per sceglierne una, ricordo il sintetichissimo riassunto di avvenimenti che apre il saggio di A. SCHAEFER, *Liberalization, Inequality and Democracy's Discontent*, in *Politics in the Age of Austerity*, a cura di Schaefer e Streeck, Polity, Cambridge, 2013, 169). Nell'ambito del pensiero giuridico la rottura operata da questa svolta è molto meno riconosciuta e studiata.

⁴¹ Su alcuni di questi problemi cfr. F.DENOZZA, La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale, Riv. dir. Comm., 2014,I,13.

facilmente smentita (almeno a livello formale; da un punto di vista sostanziale non è invece dubbio che la teoria sull'incompletezza delle norme e dei contratti, punto forte e fermo dei giuristi dell'EAL, è l'antecedente ideale del tentativo di sviluppare uno strumento di completamento e di correzione formale delle norme quale è appunto l'abuso⁴²). La mia ipotesi è che il legame tra EAL e sviluppo dell'*Abuso* sia molto più profondo e riguardi la concezione stessa dei diritti, delle posizioni soggettive e delle ragioni della loro tutela⁴³.

Partiamo perciò con qualche cenno al rapporto tra le nozioni di diritto (soggettivo) e di abuso. Come è stato di recente sottolineato, la nozione del diritto soggettivo come signoria della volontà specialmente là dove evoca la creazione di ambiti protetti in cui il soggetto può esplicare la sua

⁴² In un certo senso il riferimento all'incompletezza trasferisce sul piano sincronico meriti e motivi di pregio che anche gli avversari dell'*Abuso* gli hanno spesso riconosciuto nella prospettiva diacronica. In questa seconda prospettiva, anche avversari risolti della dottrina in questione (v. ad es. M. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, Riv. dir. civ., 1923, 105) ammettono che l'*Abuso* può svolgere un'opportuna funzione di integrazione e correzione delle norme al fine di porle in grado di gestire l'evoluzione della realtà sociale. Una volta ammesso che 'incompletezza è una caratteristica strutturale di tutte le norme e non l'effetto occasionale di particolari processi evolutivi, non 'c'è più ragione di limitare l'intervento dell'*Abuso* ai soli casi di incertezza e disarmonia provocati dallo scorrere del tempo.

⁴³ Non senza ignorare un dato fondamentale quale è quello rappresentato dallo scarto che esiste tra le affermazioni teoriche e le implicazioni che ne vengono tratte e selettivamente valorizzate. Senza giri di parole intendo dire che esistono delle versioni per così dire "ideologiche" dell'analisi economica del diritto in cui certe implicazioni (ad es. la libertà di scelta del soggetto, che dovrebbe essere il presupposto per misurarne la soddisfazione) vengono sì presentate come fondamentali, ma poi vengono in realtà relegate, quando si tratta di assicurare determinati risultati pratici, a ruoli del tutto secondari, come succede ad es. nell'interpretazione economica del diritto antitrust dove, per salvare dall'illiceità un gran numero di pratiche supposte efficienti, si abbandona di fatto ogni sensata difesa della libertà di scelta del consumatore (fenomeno che avevo avuto occasione di denunciare già molti anni fa: F. DENOZZA, *Antitrust- Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Il Mulino, Bologna, 1988, 144ss.). Una vicenda in qualche modo simile potrebbe riguardare anche l'*Abuso*: ufficialmente osteggiato come ulteriore limite al libero esercizio di tutte le prerogative soggettive, può apparire in realtà il più efficace rimedio contro i costi di transazione che affliggono i contesti in cui le parti non sono in grado di prevedere ogni cosa e difendere la loro libertà non ha (dal punto di vista dell'EAL) grande senso.

autonomia, si pone in tensione fortissima con la nozione di abuso⁴⁴. Qui il risalente aforisma secondo cui dove c'è diritto non può esserci abuso e dove comincia l'abuso cessa necessariamente il diritto, sembra imporsi in maniera assolutamente cogente (con efficacia per così dire geometrica: se il diritto soggettivo è una sfera, c'è ovviamente posto per un dentro e per un fuori, ma non per qualcosa che è contemporaneamente sia dentro che fuori).

Il rapporto tra le due nozioni (diritto ed abuso) diventa meno problematico se si concepisce il diritto soggettivo come un interesse protetto: qui ben può manifestarsi una discrepanza, o addirittura un conflitto, tra l'interesse che il legislatore intendeva proteggere con il conferimento di un certo diritto e l'interesse soddisfatto da un concreto atto di esercizio di quel diritto. L'esistenza della discrepanza può essere un fatto spiacevole, ma il suo verificarsi non porta con sé nulla di inverosimile o di contraddittorio e ben può meritare il nome di abuso.

A questo punto la prospettiva qui adottata (asserzione dell'esistenza di uno specifico legame tra lo sviluppo dell'abuso e il pensiero giuridico neoliberale formalizzato soprattutto nell' EAL) ci impone di porci una domanda. Se già il pensiero di Jhering aveva aperto all'abuso le porte di una cittadinanza logica e giuridica che la teoria della volontà gli negava, quale contributo ulteriore e specifico ha mai potuto ricevere l'abuso dalla diffusione delle teorie dell'EAL?

La domanda è ovviamente imbarazzante visto che per rispondere sarebbe necessaria la minuziosa analisi di un pensiero complesso quale quello di Jhering e il confronto con un movimento piuttosto variegato quale pur sempre resta quello dell'EAL. Per semplificarci il compito ho deciso di farmi guidare da un Maestro eterodosso ma illuminante quale Michel Villey. In un densissimo saggio dedicato al pensiero di Jhering in materia di diritti soggettivi, Villey⁴⁵ sostiene che l'audacia di Jhering sarebbe consistita nel negare che il diritto sia una qualità del soggetto e affermare che il diritto è invece una cosa. Con il che i neoliberali dell'EAL non possono che scattare in piedi e riconoscere immediatamente di essere tutti figli di Jhering. Se c'è un elemento che caratterizza il pensiero giuridico neoliberale è proprio quello di considerare i diritti come beni.

Tornando a Jhering, Villey nota che in questa prospettiva (e cioè nel passaggio dalla volontà alla cosa) Jhering si è bensì staccato dall'individualismo dei moralisti moderni, ma ha finito però per

⁴⁴ V. G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, a cura di G. Maniaci, Giuffrè, Milano, 2006, 115.

⁴⁵ M. VILLEY, *Le droit subjectif chez Jhering*, in *Jherings Erbe*, a cura di F. Wieacker e C. Wollschlaeger, Vandenhoeck & Ruprecht, Goettingen, 1970, 217.

collegarsi ad un'altra branca del pensiero individualista moderno, quella degli economisti di stampo benthamiano. E qui un bell' inchino da parte dei sostenitori dell'EAL, posti di fronte ad una poderosa coppia di padri spirituali, Jhering, in questa lettura di Villey, e quel Bentham da cui l'EAL ha preso tanto, a cominciare forse proprio dall'idea che non solo i diritti sono beni, ma che essi, come tutti i beni, devono essere assegnati in modo da massimizzare il benessere complessivo.⁴⁶ Il che con riferimento ai diritti, vuole dire: assegnare ogni diritto a chi è in grado di farne l'uso più redditizio (massimizzazione diretta) oppure (massimizzazione indiretta) creare, con oculata assegnazione dei diritti, un *framework* in cui contrattazioni mutualmente favorevoli tra i titolari degli stessi consentano di raggiungere l'ottimo⁴⁷.

A questo punto arriva però il terzo colpo di martello di Villey, il più ardito come egli stesso riconosce. Il fatto è che Jhering (secondo Villey) non si ferma qui ma, sulle orme dei giuristi romani, pone al diritto (in senso oggettivo) un compito supremo, che è quello di realizzare una *gerechte Verteilung der Gueter*⁴⁸, di realizzare cioè l'obiettivo del *suum ius cuique tribuere* non in funzione delle esigenze del soggetto, ma di quelle del bene comune della *civitas*. Questo è, definitivamente, lo scopo del diritto.

Se le cose stessero così, questa sarebbe una bomba atta a scavare un cratere enorme tra il pensiero di Jhering e quello dell'EAL. Quest'ultimo non possiede infatti alcuna teoria di giustizia distributiva e anzi considera come uno dei suoi principali fondamenti la netta separazione tra la prospettiva allocativa (quella che si preoccupa di assegnare i beni in maniera efficiente) e la prospettiva distributiva (quella che si preoccupa di assegnare i beni in base a considerazioni di giustizia). L'EAL non potrebbe perciò in alcun modo accettare che lo scopo del diritto possa essere identificato nella *gerechte Verteilung der Gueter* e dovrebbe disconoscere risolutamente ogni filiazione da chi sostenesse questa idea (e anche da chi sostenesse la più blanda tesi per cui lo scopo del diritto è quello di garantire "... le condizioni di esistenza della società..."⁴⁹).

Non conosco abbastanza il diritto romano, e neppure il pensiero di Jhering, per potermi pronunciare sulla tesi di Villey. Vorrei solo segnalare, per concludere su questo punto, che nel pensiero di Jhering non solo il diritto soggettivo è saldamente agganciato ad un elemento oggettivo, quale è l'interesse, ma esso ha una forte valenza protettiva a vocazione comunitaria. Mi limito qui ad

⁴⁶ Bentham, accreditato di essere stato il primo ad avere attribuito centralità alla nozione di massimizzazione

⁴⁷ J.L. COLEMAN- J.KRAUSS, *Rethinking the Theory of Legal Rights*, 95 *Yale L. J.* 1986, 1335.

⁴⁸ Quindi, il punto non interessa molto Villey, ma diventa del tutto ovvio nella sua interpretazione di Jhering, una giusta distribuzione dei diritti.

⁴⁹ R. JHERING, *Lo scopo nel diritto*, trad.it. 2° ed.,

invocare in questo senso le metafore anche belliche con cui in *Der Kampf ums Recht* Jhering cerca di sostenere la sua tesi secondo cui il titolare del diritto ha il *dovere*, verso sé stesso e verso la società, di far valere il suo diritto e di difendere il suo interesse. L'ancoraggio all'interesse rende possibile il giudizio in termini di abuso (quando l'esercizio del diritto occasionalmente renda possibile la soddisfazione di un interesse diverso o addirittura confliggente con quello protetto) ma non indebolisce il diritto in quanto tale che resta espressione di una scelta di giustizia (*gerechte Verteilung der Gueter*) e di difesa non solo del soggetto ma dell'intera comunità cui egli appartiene. L'EAL è da tutto ciò infinitamente lontana. Il diritto soggettivo è attribuito, come si è detto, con la sola finalità di aumentare l'efficienza economica così che esso, lungi dall'istituire una qualche signoria su alcunché (volontà o interesse che sia), diventa l'apoteosi della precarietà. La funzionalizzazione dei diritti soggettivi raggiunge un apice nel momento in cui li si assume assegnati non per garantire lo sviluppo della personalità dei soggetti, ma in funzione della massimizzazione di un benessere complessivo rispetto al quale il soggetto rappresenta non un fine in sé, ma un anonimo addendo, un semplice sacco portatore di utilità⁵⁰. Ciò che è ancora più significativo è che questo tipo di funzionalizzazione (il ricorso al criterio dell'assegnazione del bene e del diritto a chi è in grado di valorizzarlo meglio) implica, in un mercato in velocissima evoluzione come quello contemporaneo, il prodursi di una assoluta instabilità delle assegnazioni. L'evoluzione della tecnologia e degli orientamenti sociali possono in ogni momento rendere inefficiente una certa assegnazione che faceva riferimento ad un certo uso dei beni, ed a certi

⁵⁰ Si tratta perciò di qualcosa di diverso e più rilevante del fenomeno già rilevato da A. GAMBARO, *L'abuso del diritto* (proprio con riferimento al lavoro di Calabresi e Melamed cui si accenna tra poco nel testo) per cui l'attribuzione di un diritto non può essere mai giustificata da considerazioni attinenti esclusivamente all'interesse del soggetto destinato a divenirne titolare.

Facciamo l'esempio probabilmente più significativo che è quello di un diritto di libertà. Anche la concezione più libertaria e individualista non può non riconoscere che un certo assetto del diritto di libertà di A è funzionale ad un certo assetto dell'analogo diritto di libertà di B e che entrambi sono funzionali alla realizzazione di una società con il più elevato tasso di libertà possibile. Il problema non può essere perciò quello della presenza (ineliminabile in diritti socialmente riconosciuti) di un qualche rapporto funzionale con la realizzazione di un qualche interesse che non coincide con quello immediato del soggetto. Un punto rilevante può essere piuttosto quello del ruolo che il soggetto gioca rispetto al diritto che gli viene assegnato: un diritto di libertà gli è assegnato perché possa fare quello che vuole, perché possa far fiorire le sue qualità umane, perché possa portare nel sistema intelligenza e innovazione, ecc.? Nella concezione dell'EAL il ruolo del soggetto è ridotto, come si spiega nel testo, ad un minimo assoluto.

soggetti in grado di realizzare l'uso in questione, e creare la necessità di sostituirla con una diversa assegnazione⁵¹ ad altri soggetti che pongano in essere altre utilizzazioni⁵².

Del resto nel celebrato articolo di Calabresi e Melamed sulla distinzione tra *property* e *liability rule*,⁵³ ciò che viene laboriosamente costruito è in realtà un sistema in cui il regime di protezione (assoluta o relativa) del titolare del diritto viene assegnato non in base all'importanza che il diritto ha per il titolare, ma in base agli effetti che la scelta può avere sul benessere complessivo, con la conseguenza che al titolare ben può essere negata una protezione assoluta, anche di diritti per lui importantissimi, in tutti i casi in cui ciò potrebbe porre ostacoli ad una più efficiente riallocazione delle risorse.

Non si tratta a mio avviso solo della ben nota difficoltà che in generale il pensiero utilitarista (con cui i giuristi neoliberali sono sicuramente imparentati) incontra nel fare quadrare i fondamenti della teoria con il riconoscimento di diritti individuali⁵⁴.

In una visione totalmente succube della logica di mercato neppure gli *escamotages* suggeriti dall'utilitarismo della regola offrono soluzioni accettabili. E' evidente infatti che lo spostamento del giudizio di utilità dal singolo atto alla istituzione nel suo complesso resta legittimo solo fino a

⁵¹ Come nel "vecchio" esempio della caccia degli animali da pelliccia che può richiedere il passaggio del territorio di caccia da un regime di proprietà collettiva ad un regime di proprietà individuale (onde prevenire la c.d. "tragedia dei comuni" su cui v. in particolare G.HARDIN, *The Tragedy of the Commons, Science*, 162, 1968, 1243). O, come in tanti altri casi che è ancora più semplice immaginare: ad es., se esiste un inquinatore, un lago e un villaggio di pescatori, fino a quando il lago è pescoso e produce reddito il diritto va assegnato ai pescatori; quando i pesci si pescano di più altrove o la domanda di pesce diminuisce, il diritto - in presenza di costi di transazione, altrimenti il problema neppure si pone - va immediatamente riassegnato all'inquinatore. Sul tema v. in generale H. DEMSETZ, *Toward a Theory of Property Rights, AEA Papers and Proceedings*, May 1967, 347, 350: "Changes in knowledge result in changes in production functions, market values, and aspirations."

⁵² Ho trattato alcune implicazioni teoriche di questo fenomeno in F.DENOZZA, *Law and power in a world with no transaction costs*, reperibile su SSRN e in versione italiana in *Riv.dir. priv.*, 2009, 31.

⁵³ Alludo ovviamente G.CALABRESI-A.MELAMED, *Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral*, 85 *Harvard law rev.* 1972, 1089.

⁵⁴ Il tema è molto dibattuto. Una ottima trattazione in D. LYONS, *Utility and Rights*, in *Rights, Welfare and Mill's Moral Theory*, Oxford University Press, 1994, 147.

quando i vantaggi derivanti dal fatto in sé di osservare le regole superano gli svantaggi che possono essere talora prodotti dalla singola applicazione. L'utilitarismo riferito all'istituzione presuppone perciò che esistano stabili circostanze in cui il rispetto della regola garantisce il massimo benessere e che siano relativamente eccezionali le circostanze in cui l'atto che pur rispetta la regola diminuisce tuttavia il benessere. In un mercato in continua e celere evoluzione queste condizioni evidentemente non si danno⁵⁵.

⁵⁵ In questa prospettiva (di relativa funzionalizzazione e di indebolimento generalizzato della protezione delle situazioni soggettive) credo che vadano ripensati anche i termini della contrapposizione tra concezioni dell'abuso *implementative* e concezioni *oppositive* (ricepisco la terminologia utilizzata da M. BARCELLONA, p. 477 che usa il primo termine per riferirsi alle concezioni che vedono nel divieto di abuso una occasione di implementazione della razionalità positiva del sistema, e il secondo per riferirsi a quelle che invocano una fonte sopra-ordinata extra legale)

Prima di tutto va notato che il riferimento a valori esterni (la fonte sopra-ordinata extra legale) non solo non è necessario per dare senso al divieto di abuso, ma finisce per evocare scenari complessivamente non molto verosimili. Il primo è quello dell'esistenza di un sistema giuridico così chiuso e rigido da non essere in grado di tenere sotto controllo contingenze anomale (dal punto di vista del sistema) e perciò costretto a delegarne il governo ad interventi esterni (il che evoca l'assurda prospettiva dell'autopoiesi del sistema giuridico, visione condivisa dall'ultimo LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1993, da G.TEUBENER *Recht als autopoietisches System*. Suhrkamp, Frankfurt am Main 1989, e non estranea al pensiero dello stesso M.BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Giappichelli Torino 1996). Se invece, molto più ragionevolmente, si adotta una visione dei sistemi giuridici come sistemi aperti (e disposti ad apprendere.), caratterizzati da un certo grado di flessibilità (non esiste cioè un rapporto biunivoco del tipo: per ogni evento – una sola reazione è possibile) la stessa identificazione di un valore come esterno al sistema diventa alquanto problematica, e dipendente dalla possibilità di immaginare che il sistema in questione sia in grado di porre confini assolutamente rigidi ed evidenti. Molto più verosimile diventa allora l'idea che all'interno del sistema convivano valori relativamente diversi e confliggenti, e che i casi estremi governati da clausole generali rappresentino un momento di aggiustamento negli equilibri tra questi valori interni, piuttosto che l'irruzione di un valore esterno.

In questa seconda prospettiva (irruzione del valore esterno) resterebbe poi comunque da spiegare come mai questi valori esterni, tanto forti da essere capaci di prevalere sui valori del sistema nei casi estremi, sarebbero invece incapaci di farsi considerare e rispettare nei casi normali. A meno di non ricadere nella solita prospettiva evoluzionista in cui le clausole generali sono rappresentate come le avanguardie del nuovo che avanza.

Un attimo di riflessione e ci si rende conto che questa attitudine del pensiero neoliberale spiega molte delle caratteristiche del diritto positivo attuale: l'estensione impressionante del ricorso all'abuso del diritto che in termini filosofici potrebbe essere descritto proprio come la rivincita dell'utilitarismo dell'atto sull'utilitarismo della regola; la frequenza delle modifiche legislative; il minuzioso autoritarismo tutt'altro che liberale, con cui le singole transazioni sono regolate e piegate alla logica mercantile; il fatto che ogni diritto soggettivo sia ritenuto passibile di bilanciamento con qualsiasi altro diritto, il che inevitabilmente suppone che vi sia una sostanza comune (l'utilità, il benessere, ecc.) che consente le misurazioni necessarie al bilanciamento, ecc.⁵⁶

Un'ultima notazione per esaminare una possibile obiezione. Nella prospettiva di Coase, notoriamente fondativa dell'EAL, e di tutta l'elaborazione giuridica neoliberale, la certezza nell'assegnazione dei diritti è un elemento di efficienza, in quanto fattore decisivo nel favorirne la ricontrattazione. La diffusione dell'*Abuso*, nella misura in cui comporta una minore certezza del diritto e dei diritti, potrebbe apparire, da questo punto di vista, come non in linea con gli imperativi di massimizzazione dell'efficienza e, perciò, come non coerente con i valori del neoliberalismo.

Io credo che il tema certezza- incertezza andrebbe rimeditato valutando le prospettive di certezza non solo con riferimento alla formulazione della regola, ma tenendo anche conto della realtà cui deve essere applicata. La mia ipotesi è che una regola molto rigida, e quindi con un grado apparentemente molto elevato di certezza, applicata ad una realtà molto fluida e complessa, può produrre molta più incertezza di una regola elastica. Si può facilmente immaginare infatti che la cieca applicazione della regola rigida sia messa continuamente a dura prova dai tentativi di scongiurarne le applicazioni più irragionevoli (con conseguente aumento dell'incertezza), mentre l'interpretazione della regola flessibile può stabilizzarsi in articolazioni in grado di fornire

⁵⁶ Nella visione dell'EAL la trasformazione investe lo stesso soggetto cui il diritto soggettivo afferisce. Questi non è più il portatore di un interesse oggettivo socialmente riconosciuto, ma è semplicemente lo spazio in cui coagula un insieme ordinato di preferenze. Se mi è consentita una notazione, Villey, tutto concentrato nella sua polemica contro il soggetto, contro qualsiasi soggetto, non si rende conto che il soggetto dell'economia (che poi con l'EAL diventerà anche quello del diritto neoliberale) è cambiato.

Nella prospettiva attuale il diritto soggettivo non protegge più una cosa oggettiva che afferisce ad un individuo costruito come soggetto portatore di interessi, ma protegge l'attitudine soggettiva di un individuo costruito come un soggetto portatore di preferenze.

indicazioni ragionevolmente attendibili sul modo in cui potrà essere applicata (con conseguente diminuzione dell'incertezza).

Al di là di ciò, penso che il ricorso all'*Abuso* può essere, per un altro aspetto, perfettamente coerente con la prospettiva coasiana. In effetti, una delle conseguenze dell'*Abuso* è il sostanziale frazionamento dei diritti e delle posizioni soggettive. Il giudizio di abusività né corregge la norma invocata, né elimina il diritto. Quest'ultimo viene in un certo senso frazionato. Il riconoscimento della possibilità dello sfruttamento abusivo di una situazione soggettiva crea in sostanza due zone: una in cui la prerogativa può essere esercitata liberamente, un'altra in cui occorre stare attenti a non ledere in maniera eccessiva interessi altrui. Come insegna anche l'esempio di Coase, in cui l'efficienza è raggiunta grazie al fatto che il coltivatore (o l'allevatore) accetta di frazionare il suo fondo, riservandone una parte a sé medesimo ed un'altra all'attività dell'altro, la frazionabilità dei beni è essenziale per il corretto funzionamento del mercato e per la massimizzazione della soddisfazione delle preferenze di chi vi partecipa (è evidente che la possibilità di scegliere solo tra il destinare il proprio *budget* alla frutta o alla carne è fonte di benessere potenzialmente minore della possibilità di articolare la scelta tra mele e pollo, pere e bistecche, ecc. ecc.).

VII- L'abuso e l'ordine del mercato.

La compatibilità dell'*Abuso* con l'ordine del mercato è posta talora in discussione, specialmente evidenziando il generalizzato controllo sull' uso dei poteri privati che certe concezioni dell'abuso potrebbero comportare, generalizzato controllo che entrerebbe facilmente in collisione con l'idea, fondamentale nei sistemi liberali di mercato, per cui l'ordine sociale deve favorire al massimo il perseguimento da parte degli individui dei fini individuali che preferiscono. E ciò tanto più se si ritiene che tale (egoistica) attività degli individui sia in grado di produrre come conseguenza, pur non direttamente voluta, effetti giovevoli all'interesse generale (secondo la corrente interpretazione della metafora smithiana della "mano invisibile")⁵⁷.

Io credo che queste perplessità non siano fondate e che l'*Abuso*, anche nelle versioni più incisive che si stanno a mio avviso decisamente affermando con buona pace dei perplessi, sia perfettamente compatibile con l'ordine del mercato. Ovviamente si tratta di intendersi su quale sia l'ordine di cui stiamo parlando.

⁵⁷ V. ad es., A. GAMBARO, *Note in tema di abuso del diritto ed ordine del mercato nel diritto italiano e comunitario, Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Giuffrè, Milano, 2011,93; M.BARCELLONA, *Della causa, Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Wolters Kluwer – Cedam, 2015, 612 ss. Entrambi finiscono poi però per ammettere, non senza una certa contraddittorietà, che comunque una qualche forma di controllo degli atti dei privati via *Abuso* sarebbe invece compatibile con il mercato.

Certamente non si tratta dell'ordine del mercato immaginato come possibile nel XVIII secolo e neanche di quello immaginato dai teorici dell'equilibrio generale nei due secoli successivi. Ho già sottolineato che quello con cui abbiamo oggi a che fare non è il liberalismo classico preoccupato della difesa delle autonome capacità di autogoverno dei soggetti. Anche sotto il profilo della concezione dell'ordine del mercato, e della sua funzione, il neoliberalismo si distingue nettamente dai liberalismi (quello classico e quello del periodo keynesiano - fordista) che lo hanno preceduto. Per quanto qui interessa la differenza a mio avviso principale è che l'attenzione nella presente fase si sposta decisamente dalla *concorrenza* alla *competizione*. Il modello di mercato⁵⁸ che ispira gli

⁵⁸ Come dico nel testo il primo punto da chiarire riguarda, la natura del mercato cui ci si intende riferire. Se si considera conforme all'ordine del mercato la tendenziale accettazione di tutto ciò che in esso (senza forza e senza frode) si verifica, allora l'unico ordinamento vagamente conforme all'ordine del mercato è quello vagheggiato ad Hayek in cui forse l' *Abuso* non ha cittadinanza, ma in cui sicuramente ha molta difficoltà a trovare posto la gran parte degli ordinamenti contemporanei, ricchissimi, come tutti vedono, di norme che non sono né astratte, né volte a porre pochi, semplici e generalissimi divieti. Chi si mette sulla strada di concepire il mercato come rispetto della spontaneità, dovrebbe concludere che la maggior parte della legislazione dell'ultimo mezzo secolo non è conforme all'ordine del mercato. Affermazione a dir poco imbarazzante.

Se non si decide di accettare tutto quello che la realtà dei mercati produce, occorre avere un modello di mercato in base al quale stabilire cosa si accetta e cosa non si accetta. Ne deriva che l' *Abuso* potrà risultare più o meno conforme a seconda di quale sia il modello di ordine che si decide di preferire. Come cerco di spiegare nel testo, l' *Abuso* come fattore di normalizzazione e di governo di situazioni che potrebbero rendere possibile l' appropriazione di rendite eccessive, è perfettamente conforme alla concezione dominante di quale ordine del mercato debba essere oggi imposto.

Non va dimenticato, però, che esistono, soprattutto nella dottrina nostrana, concezioni moraleggianti del ricorso al divieto di abuso, alle clausole generali e più in generale ai principi di ragionevolezza e proporzionalità. Queste concezioni sono in verità conformi ad una interpretazione storica della nascita e della diffusione dell'*Abuso* , spesso identificato come uno dei momenti dello sviluppo della c.d. concezione sociale del diritto.

Non è questo il luogo per ripercorrere l'intera storia, e neppure per prendere compiuta posizione sull'accettabilità di queste concezioni. Basterà osservare che se il ricorso all' *Abuso* fosse effettivamente elemento *di per sé* rilevante di socializzazione del diritto bisognerebbe concludere che stiamo vivendo uno dei momenti più socialisti della storia del diritto, cosa che sinceramente proprio non pare. Anche il tentativo di accreditare la natura socialiteggiante dell'*Abuso* per il tramite del suo ancoraggio alla clausola di solidarietà presente nella nostra Costituzione non sembra oggi molto promettente, vista la diffusione che *Abuso* (comunque chiamato) e clausole generali, hanno in ordinamenti (quello americano o lo stesso ordinamento dell'Unione) in cui un'idea di solidarietà simile a quella pensata come propria della nostra

interventi istituzionali di sostegno e di correzione non è quello della concorrenza, ma quello della competizione. La differenza tra i due riferimenti, esposta in estrema sintesi, è che la nozione di concorrenza evoca quella di equilibrio (nel pensiero economico neoclassico) o almeno quella di un ordine naturale (nel pensiero economico classico). L'istituzione ha in questa prospettiva lo scopo ultimo e il compito di favorire il raggiungimento di un equilibrio, o almeno di un ordine, concorrenziale.

Costituzione è ben difficile da rintracciare. Prescindendo infine dal generalizzato uso, tutt'altro che solidale (nel senso della nostra Costituzione) che delle clausole generali è stato fatto in ordinamenti che non è il caso di rimpiangere (sull'uso dei principi generali da parte delle corti della Germania hitleriana v. il classico lavoro di NEUMANN, in *Zeitschrift fuer Sozialforschung*, n.3, 1937, che cito dalla versione inglese *The Change in the Function of Law in Modern Society*, in Scheuerman (edit.) *The Rule of Law Under Siege*, University of California Press, 1996, p.101 ss. specialmente a p. 131 ss. ; su questo aspetto del pensiero di Neumann, v. SCHEUERMAN, *Between the Norm and the Exception*, The Mit Press, 1997, p.126 ss.), basterà qui rilevare, con riferimento a casi specifici, che il ricorso all'abuso e al bilanciamento è stato di recente utilizzato dalla giurisprudenza dell'Unione per legittimare limitazioni del godimento dei diritti sociali, per ridurre gli ambiti di esercizio dell'autonomia collettiva e per limitare l'esercizio dei diritti spettanti a lavoratori subordinati.

Quello che sembra ricavarsi da tutto ciò è che il ricorso al divieto di abuso, alle clausole generali e ai bilanciamenti in genere, è un fenomeno di tecnica giuridica forse estraneo alla questione dei valori. Qui come altrove (nell'interpretazione via fattispecie legale- sussunzione- disciplina) i valori si scontrano come in un campo di battaglia. Forse l'Abuso offre ad alcuni un terreno più favorevole, ma certamente non garantisce loro la vittoria.

Resta infine un problema ancor più di fondo. In questo ambito (interventi per impedire certe forme di godimento delle situazioni soggettive pur legislativamente riconosciute) là dove incardinato, come è il caso attualmente, in un sistema di sicura ispirazione mercantile, è concepibile che possano essere fatti valere, e che possano magari addirittura prevalere, valori non compatibili con quelli del mercato? Che non ci si limiti quindi a correggere qualche esito del mercato reale in nome di un qualche valore, mercantile, occasionalmente violato, ma si affermino valori in qualche misura addirittura antitetici?

Il quesito è evidentemente impegnativo. A favore di un certo scetticismo depone la forza con cui i parametri di mercato riescono a imporsi come punto di riferimento ineludibile anche ai tentativi di salvare il nucleo essenziale del mercato elaborando però autonomi criteri di giustizia delle interazioni. Penso in particolare agli esiti moderni della dottrina del giusto prezzo (deludentemente identificato in ultima istanza con quello di mercato) o alla difficoltà di elaborare una nozione di *exploitative transaction* che prescindano da ogni riferimento al mercato. In ogni caso il tema richiede ben altri approfondimenti.

La nozione di competizione evoca invece quella di gara, e cioè di una prassi in cui l'istituzione svolge un ruolo importante nello stabilire le regole costitutive del gioco e nel livellare punti di partenza e campo da gioco, ma nulla ha da dire con riguardo all'esito finale⁵⁹.

Nella prospettiva suggerita da questa contrapposizione, la mia tesi è che la preoccupazione dei neoliberali non è quella di favorire la *concorrenza* e, in prospettiva il raggiungimento di un giusto equilibrio, attraverso il libero manifestarsi delle tendenze naturali degli uomini (la naturale tendenza a scambiare, barattare ecc. di cui parlava A.Smith), ma è piuttosto quello di incentivare, e magari imporre, forme variegate di *competizione*, una competizione che si cerca di incanalare quanto più possibile in binari rigidi, controllabili e, possibilmente, misurabili⁶⁰. Lo scopo è quello di instaurare ovunque una competizione "normalizzata", compatibile e complementare con quella che Foucault chiamava la "société des normes" o la "société de normalisation"⁶¹.

Come ho detto una delle differenze principali tra la concorrenza e la competizione è che la concorrenza è molto interessata al punto di arrivo e cioè ad un equilibrio in cui le risorse sono allocate nella maniera più efficiente e distribuite in base al contributo che ciascuno dà al benessere complessivo. La competizione è invece molto interessata al punto di partenza e ai processi che ne conseguono. E' interessata a livellare, come si dice, il campo da gioco ed ad imporre regole. E' molto meno interessata, invece, alla qualità degli esiti finali. Il che spiega, tra l'altro, uno dei più curiosi paradossi del diritto neoliberale, e cioè che decenni di sbandierate preoccupazioni (e anche qua e là, interventi) relativamente alla protezione dei soggetti c.d. "deboli", e al ripristino di presunte parità, si siano, come è noto, tradotte in un crescita enorme della disuguaglianza. La realtà è che è tipico della competizione il fatto che si parta sì dallo stesso punto, ma che poi velocemente si produca una netta gerarchia.

Possiamo così tornare al tema dell'abuso. E' ovvio che l'*Abuso* è incompatibile con una concezione liberale classica (così come sicuramente incompatibile era con la teoria giuridica della volontà che di quel pensiero è stata l'espressione giuridica probabilmente più alta). Del tutto verosimile è invece la sua compatibilità con una società di normalizzazione, per riprendere l'espressione di Foucault. L'*Abuso* serve proprio a prevenire e reprimere le anomalie, cioè le possibilità di sfruttamento e di

⁵⁹ Cfr. W. DAVIS, *The Limits of Neoliberalism*, SAGE, 2014.

⁶⁰ Un solo esempio e una sola parola, che ci riguarda tutti, in grado di evocare un fenomeno tipicamente neoliberale e di spiegare più di tante descrizioni: l'ANVUR

⁶¹ M. FOUCAULT, *Crise de la médecine ou crise de l'antimédecine ?* e *Cours du 14 Janvier 1976*, entrambi ora in *Dits et écrits*, vol II, Gallimard 2001, rispettivamente p. 40ss. e 175ss.

guadagno eccessivo che sono offerte da una realtà le cui concrete capacità di equilibrare si sono perse nella raffinata quanto irrealistica matematica di Arrow e Debreu.

E sotto questo profilo anche la distinzione qui abbozzata tra due possibili e coesistenti concezioni della nozione di abuso può acquisire un senso. Il fatto è che le transazioni che si svolgono nella realtà del mercato sono la concretizzazione di due tipi ideali distinti, che potremmo chiamare parametrico l'uno e strategico l'altro, intendendo per strategica l'interazione in cui l'agente tiene conto delle diverse scelte che possono essere compiute da ciascuna delle altre parti coinvolte, e per parametrica l'interazione in cui l'agente assume le scelte altrui come dati. Il primo tipo di interazioni è quello studiato dalla teoria dei giochi, il secondo è quello studiato dai teorici della concorrenza e dell'equilibrio generale. Nella realtà del mercato le due caratteristiche si combinano variamente nelle diverse transazioni che vengono compiute.

Se si tiene presente questa distinzione teorica è però facile accostare l'abuso come sfruttamento alle interazioni di tipo strategico e l'abuso come eccesso alle interazioni di tipo parametrico. Il che spiega anche la sequenza storica dell'ascesa dell'*Abuso*. Quando si pensa che il mercato sia perfetto e che vi si svolgano solo interazioni parametriche non vi è posto per l'*Abuso*. Quando si comincia a riconoscere che molte interazioni sono di tipo strategico, l'abuso come sfruttamento (come anomalo approfittamento di circostanze che hanno reso possibile l'acquisizione di un anomalo potere) fa la sua comparsa e miete i primi successi. Quando si riconosce che anche i mercati più sofisticati sono afflitti da una quotidiana congerie di *market failures* compare, e si afferma, anche l'abuso come eccesso, che apre la strada alla normalizzazione dei casi in cui la presenza di un contesto di tipo parametrico non è più sufficiente a prevenire la realizzazione di vantaggi (o la prevenzione di svantaggi) ritenuti anormali ed eccessivi.