



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI
GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE
IONIAN DEPARTMENT OF LAW, ECONOMICS
AND ENVIRONMENT

ANNALI 2022

ANNO X

DEL DIPARTIMENTO JONICO

Piero Marra

"Oltre la misura". Considerazioni brevi su
ragionamento e calcolabilità giuridica



DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Riccardo Pagano

DIRETTORI DEGLI ANNALI

Carlo Cusatelli - Gabriele Dell'Atti - Giuseppe Losappio

COMITATO SCIENTIFICO

Cesare Amatulli, Annamaria Bonomo, Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Nicolò Carnimeo, Daniela Caterino, Nicola Fortunato, Pamela Martino, Pierluca Massaro, Maria Concetta Nanna, Vincenzo Pacelli, Fabrizio Panza, Pietro Alexander Renzulli, Umberto Salinas, Paolo Stefanì, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli

COMITATO DIRETTIVO

Aurelio Arnese, Annalisa Bitetto, Danila Certosino, Ivan Ingravallo, Ignazio Lagrotta, Francesco Moliterni, Paolo Pardolesi, Francesco Perchinunno, Lorenzo Pulito, Angela Riccardi, Claudio Sciancalepore, Nicola Triggiani, Antonio Felice Uricchio (in aspettativa per incarico assunto presso l'ANVUR), Umberto Violante

COMITATO DI REDAZIONE

Patrizia Montefusco (Responsabile di redazione), Danila Certosino, Francesca Altamura, Michele Calabria, Marco Del Vecchio, Francesca Nardelli, Filomena Pisconti, Francesco Scialpi, Andrea Sestino, Pierluca Turnone, Domenico Vizzielli

Contatti:

Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture
Convento San Francesco - Via Duomo, 259 - 74123 Taranto, Italy
e-mail: annali.dipartimentojonico@uniba.it
telefono: + 39 099 372382 • fax: + 39 099 7340595

<https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali>

ANNOX
ANNALI 2022
DEL DIPARTIMENTO JONICO



Piero Marra

“OLTRE LA MISURA”. CONSIDERAZIONI BREVI SU RAGIONAMENTO E
CALCOLABILITÀ GIURIDICA * **

ABSTRACT

Il diritto somiglia molto ad una impresa (umana) soggetta a differenti gradi di insuccesso, non circoscrivibile entro confini ben precisi. Il che svela le sue molte facce: un insieme, non ordinato, di elementi espliciti [*explicit law*] e di elementi impliciti [*implicit law*] radicati nell'ordine sociale. Entrambi hanno il loro peso per la comprensione della giuridicità, poiché il diritto non può essere ricondotto alla sola “volontà esplicita” [*fiat*] o alla “pura ragione implicita” [*reason*], ma servono entrambe. Lo si può vedere, in particolare, con alcune figure significative della dogmatica giuridica come è quella dell'abuso del diritto. Su tale figura si concentreranno le pagine che seguono per evidenziare che ci sono campi dell'esperienza giuridica ove la costruzione della fattispecie sembra essere di difficile misurazione in base a calcoli computazionali.

The law is very similar to a (human) enterprise subject to different degrees of failure, not circumscribed within precise boundaries. It reveals its many faces: an unordered set of explicit [*explicit law*] and implicit elements [*implicit law*] rooted in the social order. Both have their weight for the understanding of legality, since law cannot be traced back to “explicit will” [*fiat*] or “pure implicit reason” [*reason*] alone, but both are needed. This can be seen, particularly, with some significant figures of legal dogmatics such as that of the abuse of law. The following pages will specifically focus on this figure, aiming to highlight that there are fields of legal experience where the construction of the legal case seems to be difficult to measure through computational calculations.

PAROLE CHIAVE

Abuso del diritto – calcolo algoritmico –
ragionamento giuridico

Abuse of law– algorithmic calculation – legal
reasoning

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il dovere di rispettare il diritto altrui nella definizione dell'abuso del diritto. – 3. (Segue:) una prima fisionomia. – 4. (Segue:) dovere e antigiuridicità. – 5. (Segue:) la costruzione della fattispecie completa. – 6. (Segue:) il ruolo dell'interprete. – 7. Profili problematici della

* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

** Parte degli argomenti di questo saggio sono stati esposti in occasione del XXXII Congresso della Società italiana di Filosofia del diritto “Il lato oscuro del diritto”, Palermo 22–24 settembre 2022.

calcolabilità giuridica nell'abuso del diritto. – 8. Dimensioni implicite al diritto. – 9. Il carattere costitutivo della intenzionalità nel diritto.

1. In *The Merchant of Venice* [1596–1598], William Shakespeare racconta del ricco e potente Shylock il quale, non avendo ottenuto i tremila ducati dati in prestito, esige il pagamento della penale pattuita: una libbra di carne presa dal corpo del proprio debitore, Antonio; non anche «una sola goccia di sangue cristiano»¹. È quanto stabilisce il contratto. Si tratta del noto artificio retorico usato da Porzia nei panni di difensore del malcapitato mercante.

L'argomento mette soprattutto in discussione il valore stesso della legge, nel suo garantire la vincolatività delle clausole contrattuali. Si tratta di una vuota pretesa che, invero, rimane icasticamente inesigibile perché minaccia la vita altrui. A determinarne l'inapplicabilità vi è, d'altro canto, l'equità a cui il diritto sempre è riconducibile e che è persino capace di invalidare ogni condotta irragionevolmente antiggiuridica².

Il mercante è così salvo!

Un esito, questo, probabilmente meno scontato se si volesse affidare il giudizio ad una “Macchina” che si «abbandona alle acrobazie della più alta analisi matematica con disinvoltura, ma anche che non deve preoccuparsi di verificare i risultati»³.

Al centro vi è il tema centrale dello stretto legame tra la virtù e la pratica del diritto⁴. La scienza giuridica, infatti, suppone anche il giudizio estetico alla ricerca della giustizia del caso particolare (la greca *epieikeia*) sino a discostarsi dalla legge scritta⁵. E finanche dalla potenza del calcolo. Non è certo il ragionamento rigoroso proprio della logica sillogistica “per determinazione [*determinatio*] e per conclusione [*conclusio*]”. Lo è semmai della “logica della percezione” alla base del sentimento comune del valore giuridico nella costruzione di una regola.

¹ W. Shakespeare, *The Merchant of Venice*, Penguin, London 1995, pp. 299–311; traduzione italiana di A. Lombardo: *Il Mercante di Venezia*, Feltrinelli, Milano 2006, pp. 156–159.

² La tesi è di Antonio Incampo che, nel commentare l'episodio, discute il valore stesso della legge. Le circostanze fanno subito intuire lo sgomento per il vuoto formalismo della legge e delle clausole contrattuali che non hanno nulla a che fare con la vita. Sono senza senso. E se ci sono, sono pure inapplicabili. Cfr. A. Incampo, *Metafisica del processo*, Cacucci, Bari 2016², pp. 89–91. Sull'argomento di Porzia, v. T. Ascarelli, *Antigone e Porzia*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1955, pp. 756–766, poi Id., *Antigone e Porzia*, in Aa. Vv., *Scritti giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, vol. 2, Utet, Torino 1960, pp. 107 ss.

³ È il tema affrontato nel racconto filosofico-antropologico di Octave Mannoni che narra l'arrivo di una Macchina per l'amministrazione matematica della giustizia, smascherandone limiti e contraddizioni. V. O. Mannoni, *Lettere personali*, Spirali, Milano 2006, pp. 74–75.

⁴ Su tale indirizzo di ricerca, ancora poco coltivato in Italia, si rinvia allo *special issue* a cura di I. Trujillo, *Virtù e pratica del diritto*, in *Ars Interpretandi*, 1, 2022.

⁵ Il riferimento è alla riflessione sull'equità di Aristotele, *Ars Rhetorica*, Oxonii e Thypographeo Clarendoniano, Oxford 1959, 1374a; traduzione italiana di M. Dorati, *Retorica*, Mondadori, Milano 1996, p. 111.

Si può intravedere la dimensione equitativa del diritto⁶ e l'apertura "etica" del caso alla norma soprattutto in alcune figure come, ad esempio, l'abuso del diritto e la buona fede o, in generale, in tema di clausole generali⁷. Figure che ben mettono in luce i limiti della calcolabilità, soprattutto dinanzi al contenuto axiotico e valoriale di alcuni istituti della dogmatica giuridica.

Resta da questo punto di vista la domanda di fondo: l'applicazione o la costruzione della fattispecie giuridica può essere "misurata" su base computazionale nei casi in cui è invece richiesto un intervento valutativo e integrativo di tipo intenzionale?

Alcune considerazioni fenomenologiche possono essere tracciate, seppure brevemente, guardando all'ipotesi di esercizio "oltre misura" di un diritto.

2. Nella richiesta di Shylock la dottrina tedesca del XIX secolo aveva intravisto un esempio di abuso del diritto (di credito), ma senza troppo preoccuparsi del corrispondente "dovere" di rispettare il diritto altrui⁸. E la figura dell'"abuso del diritto" può considerarsi paradigmatica perché presuppone e consolida l'idea secondo cui nell'esperienza giuridica coesistono anime tra loro complementari ed interdipendenti, tutte connotate in qualche modo dal legame polare tra "essere" [*Sein*] e "dover essere" [*Sollen*]⁹.

Si tratta di uno "strumento" che, anche nel campo del diritto civile, «ha consentito una progressiva erosione [...] della assoluta discrezionalità e della immunità di ogni forma di controllo degli atti compiuti in nome della libertà e dell'autonomia privata»¹⁰. Non ha mancato di coglierne la rilevanza il "diritto giurisdizionale" [*Richterrecht*]

⁶ Il lessico è quello di L. Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, Cedam, Padova 1981, p. 36–38 il quale, nell'introdurre il tema della «dimensione dell'individuale» per illustrare quello delle lacune intrasistemiche, si riferisce alla dimensione equitativa del diritto come l'area in cui il singolo si apre alla norma alimentando una vera e propria «etica della situazione».

⁷ K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano 1970, p. 196 ss. sostiene che i concetti-valvola, costituiti essenzialmente dalle clausole generali (ma anche dai c.d. standards e dai c.d. concetti indeterminati), seppur in ambiti limitati, autorizzerebbero una relativa apertura del sistema giuridico a principi e valori direttamente mutuati dall'idea di giustizia o attinti nella coscienza sociale.

⁸ V. D. Fiordalisi, *Abuso del diritto altrui. Una figura formale di qualificazione giuridica*, Giappichelli, Torino 2020, p. 9. Cfr. anche V. Giorgianni, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Giuffrè, Milano 1963, p. 195, nt. che qualifica il comportamento di Shylock «come abuso del diritto di credito per mezzo del diritto stesso».

⁹ È questa l'idea di A. Dal Brollo, *La moralità del diritto*, Giuffrè, Milano 1986, pp. 13–19. Al centro vi è il pensiero di Lon L. Fuller. In base al principio di polarità del diritto, tutte le cose sembrano opposte, ma in realtà sono tra loro complementari ed interdipendenti; esso rappresenta non tanto un tentativo per riconciliare gli opposti, quanto quello di costruire una visione integrata. Ciò implica che l'analisi del diritto, e il metodo usato per comprenderlo, devono essere necessariamente problematici. L.L. Fuller, *Reason and Fiat in Case Law*, in *Harv. Law Rev.*, 59, 1946, pp. 381 e 392. Fuller, tra l'altro, rimanda al «principio di polarità» di Morris Cohen. Questo aspetto è discusso in P.R. Teachout, *The Soul and the Fugue: An Essay on Reading Fuller*, in *Minn. Law Rev.*, 70, 1986, pp. 1105–1110.

¹⁰ S. Patti, voce *Abuso del diritto*, in *Enciclopedia Giuridica Il Diritto*, vol. 1, Il Sole 24 Ore, Milano 2008, p. 10. Cfr. anche C. Scognamiglio, *L'abuso del diritto nella disciplina dei contratti*, in *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma 2013, p. 33 ss.

secondo cui il “principio” dell’abuso del diritto mette in correlazione ogni potere agli scopi previsti dall’ordinamento, sicché «il superamento dei limiti interni o di alcuni limiti esterni del diritto ne determina il suo abusivo esercizio»¹¹.

Ancora oggi le indagini attorno alla figura dell’abuso del diritto ripiegano, in particolare, sull’esercizio del diritto soggettivo, ma ignorano il ruolo fondamentale ricoperto dal “dovere di rispettare il diritto altrui”¹². Invero, nel primo caso si tende a rimanere nella fattispecie esplicita ricavabile dal dato normativo e l’abuso tende a verificarsi con il superamento dei limiti interni e non anche per la violazione dell’interesse dell’altro o di un bene giuridico finale.

Lo studio, tuttavia, non può fermarsi alla sola “logica monistica” tutta concentrata sulla fattispecie. L’abuso del diritto ne delinea, d’altronde, la “crisi” perché costringe lo studioso a guardare oltre, alle dinamiche proprie del potere che è effettivo solo se pensato a partire dagli interessi dell’altro che restano per gran parte impliciti¹³.

In questo senso «l’abuso del diritto non è altro che l’uso abnorme di un potere privato diretto a recare nocimento al diritto degli altri, in violazione di un dovere giuridico che ha origine nel diritto altrui e viene specificato solo durante il rapporto giuridico in cui vive»¹⁴.

Vediamone i tratti salienti per caratterizzare un primo fenotipo in cui si può registrare una relativa apertura del sistema giuridico a principî e valori direttamente mutuati dall’idea di giustizia o attinti nella coscienza sociale; il che richiede un intervento valutativo differente del soggetto-interprete.

3. L’abuso del diritto è innanzitutto pensabile per la presenza della legge, e non per la sua assenza. Il tema trova importanti antecedenti nell’Europa illuminista e lo si può già cogliere negli articoli 6 e 7 della “Dichiarazione dei diritti e dei doveri dell’Uomo

¹¹ Così Cass. civ., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in cui si legge: «Oggi, i principii della buona fede oggettiva, e dell’abuso del diritto, debbono essere selezionati e rivisitati alla luce dei principi costituzionali - funzione sociale ex art. 42 Cost. - e della stessa qualificazione dei diritti soggettivi assoluti. In questa prospettiva i due principii si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti, anche di un rapporto privatistico e l’interpretazione dell’atto giuridico di autonomia privata e, prospettando l’abuso, la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti. Qualora la finalità perseguita non sia quella consentita dall’ordinamento, si avrà abuso. In questo caso il superamento dei limiti interni o di alcuni limiti esterni del diritto ne determinerà il suo abusivo esercizio». Dal canto suo, già la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (2000/C 364/01), stabilisce che nessuna disposizione deve essere interpretata nel senso di imporre ai diritti o alle libertà riconosciute limitazioni più ampie di quelle previste nella stessa Carta (il riferimento è all’art. 54 della Carta).

¹² È questa la tesi centrale del testo di D. Fiordalisi, *Abuso del diritto altrui*, cit. il quale conduce un interessante studio partendo dalla «figura formale di qualificazione giuridica» come strumento di analisi.

¹³ Al riguardo, N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2014, p. 41. Ed ancora, N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino 2016, pp. 19 ss.

¹⁴ Cfr. D. Fiordalisi, *Abuso del diritto altrui*, cit., pp. 9–10.

e del Cittadino” recepita dalla Costituzione della Repubblica Francese del 1795¹⁵. Si tratta di testi, espressamente sanciti dinanzi al dominio della legge nella produzione del diritto, che stabiliscono una sorta di “clausola salvatoria” per tutti i casi in cui la legge non è apertamente violata, eppure si dà vita ad una grande iniquità¹⁶.

Non deve dunque stupire che la categoria dell’abuso del diritto è per gran parte ricavata dal “diritto in azione”. Nell’ordinamento italiano l’unica norma codicistica contenente l’esplicita menzione dell’abuso del diritto è nell’articolo 1015 del codice civile che prescrive la cessazione del diritto di usufrutto qualora l’usufruttuario abusi del suo diritto, alienando beni o deteriorandoli o lasciandoli andare in perimento per mancanza di ordinarie riparazioni. La categoria è, invece, generalmente pensata a partire dalle disposizioni in materia di diritti di proprietà. Sempre per il diritto italiano, è l’articolo 833 del codice civile nel divieto di atti emulativi che alcuno mai ha inteso limitare al solo diritto di proprietà senza estenderlo ad altri diritti reali (enfiteusi, servitù o usufrutto) e, in generale, alle dinamiche proprie del rapporto giuridico¹⁷. Basti pensare al diritto di colui che eserciti in maniera ingiustificata il passaggio «con modalità tali da manifestare soltanto un intento nocivo» verso il proprietario del fondo oppure alla circolazione stradale nel caso di deliberati atti emulativi volti ad interferire nella condotta di guida altrui, magari per vendetta o per diverbio¹⁸.

4. L’abuso del diritto si delinea in termini di doverosità, prima che di liceità.

La nostra è l’“età diritti”¹⁹, ma anche di interessi contrapposti. Si è persino iniziato a parlare di «interessi legittimi di diritto privato»²⁰ nonché di strumenti di controllo dell’esercizio del diritto soggettivo e di forme indirette di tutela di interessi privi di altra protezione di diritto sostanziale.

¹⁵ L’articolo 7 è particolarmente interessante perché chi elude la legge con *astuzia e destrezza* non merita protezione. Cfr. A. Saitta, *Costituendi e Costituzione della Francia Rivoluzionaria e Liberale, (1789-1975)*, Giuffrè, Milano 1975, p. 467.

¹⁶ Tali disposizioni sono collocate nella parte prima della Costituzione dedicata, non a caso, ai “doveri”. E all’art. 8, sotto la esplicita rubrica «dei doveri» è collocato anche il diritto di proprietà che era anche un diritto fondamentale dell’uomo, anzi l’emblema dei diritti riconosciuti per ogni individuo.

¹⁷ S. Pugliatti, voce *Beni* (teoria gen.), in *Enc. dir.*, vol. 5, Giuffrè, Milano 1959, p. 173.

¹⁸ Non è neppure un caso che il termine “abuso del diritto” compare nella giurisprudenza francese dell’800 proprio in tema di proprietà per limitare gli eccessi dell’andamento proprietario, senza lasciare passare l’idea che debba considerarsi lecito ogni esercizio di tale diritto. Il tema è ricco di spunti di riflessione storicistici e comparativi e sul punto si rinvia a D. Fiordalisi, *Abuso del diritto altrui*, cit., pp. 26–27. Cfr. anche S. Patti, voce *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, vol. 1, Utet, Torino 1987, pp. 2 ss.

¹⁹ Il richiamo è a N. Bobbio, *L’età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990.

²⁰ Cfr. L. Bigliuzzi Geri, *Contributo ad una teoria dell’interesse legittimo nel diritto privato*, Giuffrè, Milano 1964. Cfr. anche Cass. civ., Sez. Un., 2 novembre 1979, n. 5688, sul sindacato del giudice di merito alla legittimità dell’esercizio di un potere privato. E una importante apertura sull’esistenza di una categoria di interessi legittimi nell’ambito del diritto privato è riconducibile alla dottrina del “motivo” del licenziamento, che ha lo scopo di rendere compatibile il potere datoriale con l’attuazione del diritto al lavoro sancito dall’art. 4 Cost.: al riguardo <http://www.comparazioneDirittocivile.it>, *Appunti per uno studio sistematico dell’interesse legittimo nel diritto privato* di Carlo Mazzù. O ancora con riferimento all’istituto della patria potestà, v. D. Fiordalisi, *Abuso del diritto altrui*, cit., pp. 16–18.

Se un tempo gli abusi avevano origine dalla assenza di riferimenti normativi certi, oggi l'abuso si verifica in presenza di comportamenti conformi alla legge, ma non per questo giusti. Né si può escludere che si possa avere un abuso dinanzi alla predeterminazione statistica di procedimenti automatizzati ove sono nascosti o non facilmente conoscibili i processi di selezione e formazione dei modelli o protocolli matematici utilizzati. Procedimenti che, d'altro canto, non riescono a prevedere ogni accadimento nel cangiante mondo dei fatti ognuno dei quali è segnato inevitabilmente da *haecceitas*.

In questo modo il tema dell'abuso del diritto conduce ad una prima considerazione. Se si guarda al soggetto che agisce secondo le regole, la condotta non sarebbe mai abusiva perché l'esercizio del diritto o è conforme ai poteri riconosciuti dalla norma o non lo è. Dall'altro lato, la prospettiva muta se si guarda alla "reciprocità" come elemento costitutivo del diritto e dei rapporti giuridici, poiché l'abuso altro non è che la lesione dell'interesse del soggetto "altro" da colui che agisce.

Per aversi abuso occorre, in definitiva, uscire dalla regola.

L'abuso del diritto, dunque, si declina in termini di "dovere": concetto, questo, che risente del carattere "bilaterale-attributivo" proprio delle relazioni giuridiche. La fenomenologia è, in questo senso, molto ricca. Si pensi alla vecchia patria potestà, alla tutela degli incapaci, agli uffici pubblici di cui si può essere investiti. Sono esempi di istituti in cui il potere attribuito dalla legge si accompagna al dovere di conformare la propria azione alla tutela degli interessi di terzi. La norma giuridica non riguarda l'azione di un singolo soggetto, ma la stessa azione rispetto a quella di uno o più individui²¹.

Esistono, d'altronde, poteri in cui i soggetti attivi non hanno di fronte veri e propri soggetti passivi, ma solo individui che risentono o possono risentire gli effetti di una certa azione. Chi subisce tali effetti, persino vantaggiosi come nella tutela degli incapaci, non ha alcun obbligo verso il soggetto agente. Per tale motivo l'esercizio del diritto non è riducibile alla sola "liceità", ma si estende a ciò che è propriamente "doveroso". Ed una condotta opposta al "dovere" è antiggiuridica. Elemento, questo, che, seppure riferibile al soggetto agente, va accertato nei confronti della comunità a cui appartiene.

5. L'abuso del diritto si costruisce partendo dalla fattispecie semplice presente nella norma, per giungere alla fattispecie completa che includa un limite esterno o un valore giuridico finale.

Se l'abuso del diritto è riconducibile alla doverosità, ciò vuol dire che non vi è soltanto la fattispecie strettamente prevista dalla legge a porre i limiti oltre i quali una condotta è considerata abusiva. Ed infatti, non ci si potrebbe riferire al solo contenuto

²¹ W. Cesarini Sforza, *Lezioni di teoria generale del diritto*, Cedam, Padova 1929, pp. 47-48.

della disposizione che consacra il diritto perché non si avrebbe ab-uso, ma osservanza della stessa disposizione. Il limite, pertanto, non può essere espresso dalla norma.

Ci si muove nel campo dei doveri *praeter legem*.

Si può parlare, in questo senso, di “limite esterno”²². Si tratta cioè di un limite non previsto, che riguarda le modalità di esercizio del diritto quando si confronta con i terzi e che si ricava implicitamente dal sistema giuridico e da un valore giuridico protetto.

Nella costruzione della fattispecie completa, tale limite viene reso esplicito dalla intenzionalità del soggetto. Non a caso, il principio di uguaglianza ed il dovere di solidarietà hanno bisogno di specificazione; così come non sono specificate le modalità di concretizzazione del dovere di correttezza e buona fede previsti dagli articoli 1175 e 1375 del codice civile italiano²³.

Il limite esterno si relaziona al contenuto statico del diritto espresso nelle norme e pesa sulle modalità di esercizio del diritto che non sono tipizzate o tipizzabili nella norma (perché se lo fossero, anche le modalità di esercizio diventerebbero condizioni interne alla norma stessa).

Ad esempio, nel caso del divieto di atti emulativi si è portati a ritenere che la fattispecie preveda un limite negativo interno. In realtà mantiene sempre il carattere di limite esterno perché guarda pur sempre alla direzione concreta degli atti e all’interesse perseguito dall’agente (che, come tale, è esterno) e chiede di valutare gli interessi del terzo (anch’essi esterni al profilo causale) potenzialmente confliggenti con l’azione posta in essere *secundum legem*.

La norma di partenza, dunque, non incide sul profilo causale dell’atto che resta sempre “esercizio del diritto”. Gli interessi esterni, invece, contribuiscono a determinare la seconda qualificazione giuridica come “abuso del diritto altrui”. E quando vengono considerate le modalità di esercizio del diritto da parte dell’interprete oltre la lettera o lo *standard* normativo, la fattispecie semplice diventa completa.

6. La costruzione dell’abuso del diritto avviene necessariamente *ex novo* con una attività pratica intenzionale volta alla tutela di un bene finale, in relazione all’interesse confliggente.

La costruzione della fattispecie completa richiede l’intervento attivo dell’interprete e del giudice. Tale intervento non può che avvenire solo a seguito dell’esercizio del diritto perché è in tale fase che si può cogliere l’abuso del diritto. Prima dell’esercizio concreto del diritto, invece, non sono ancora individuate le posizioni giuridiche di tutti

²² L. Bigliazzi Geri, voce *Buona Fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, vol. 2, Utet, Torino 1988, p. 187: «Di Vero e proprio abuso si può parlare quando un comportamento, pur esattamente corrispondente al contenuto formale e sostanziale di un diritto si sia determinato, in concreto, prescindendo dalla considerazione di un interesse altrui, che il sistema pone in funzione di limite esterno, perché incidente non già sul quantum (cioè sull’estensione), bensì sul come (e perciò sulle modalità di esercizio) del diritto stesso».

²³ Cfr. D. Fiordalisi, *Abuso del diritto altrui*, cit., pp. 40–44.

i soggetti coinvolti nei cui confronti l'abuso del diritto può manifestarsi. Né tali fatti sono sempre predeterminati o prevedibili *ex ante* vista l'unicità di ogni azione umana.

Si parte dunque dalla fattispecie attributiva della prerogativa, passando alla situazione reale, nella quale giocano un ruolo decisivo gli interessi dei terzi, inclusi i diritti soggettivi e della personalità che, anche potenzialmente, possono subire l'esercizio del potere.

Il movimento è dunque il seguente: dalla norma di tutela del diritto altrui scaturisce un elemento che può concorrere a costruire tale fattispecie, perché l'abuso dà vita ad una vicenda complessa che non può trascurare il valore giuridico tutelato dall'ordinamento.

La valutazione del giudice in ordine all'abuso del diritto è sempre *ex post facto*. Occorre che vi sia il fatto per dare vita ad un obbligo e tale fatto va interpretato nell'ottica della tutela di un valore e cioè del bene giuridico finale. Ciò accade perché il fatto non è mai perfettamente corrispondente a quello previsto dalla norma. Ogni interpretazione del fatto è unica e guarda all'interesse pratico perseguito partendo dall'esame di tutti gli elementi della fattispecie normativa.

In sintesi, chi guarda ha davanti a sé due fattispecie (una astratta e una concreta), due soggetti (agente e terzo), due qualificazioni (parziale e completa). Il che rende l'abuso del diritto categoria intrinsecamente polare e non deducibile da regole generali e astratte. E solo quando è possibile svolgere un giudizio sull'interesse pratico dell'agente e sulla causa genetica e funzionale dell'atto considerato nel fatto concreto, si può elaborare la fattispecie completa.

Il giudizio *ex post* sulla valutazione della modalità del fatto (anche di quelle non tipizzate), il rapporto tra fatto e valore tutelati, l'incidenza di tale impianto sugli interessi dei terzi, culmina in una qualificazione unitaria valutata in relazione al soggetto-agente e al terzo in soggezione o in contrapposizione²⁴.

7. La figura dell'abuso del diritto è avvertita come «l'ossatura stessa del diritto classico»²⁵. Essa riconduce l'esperienza giuridica alla sua dimensione intrinsecamente

²⁴ In tal senso la giurisprudenza è chiara nel delineare il rapporto giuridico tra creditore e debitore in termini di dovere di correttezza ai sensi degli artt. 1175, 1375 e 1366 del codice civile, ove l'abuso è radicato. Si veda la citata Cass. civ., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106.

²⁵ Il dibattito riguarda l'esistenza della figura dell'abuso nel diritto romano. Secondo G. Grosso, voce *Abuso del diritto (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, Vol. 1, Giuffrè, Milano 1958, p. 161, «non trova nell'opera della giurisprudenza romana né un termine proprio, né una enunciazione». Per C.L. Appleton, *Les exercices pratiques dans l'enseignement du droit romain et plan d'un cours sur l'abus des droits*, in *Revue Internationale de l'enseignement*, Vol. 78, 1924, p. 142 ss. «la teoria dell'abuso del diritto» sarebbe «vecchia quanto il diritto romano». R. Quadrato, *L'abuso del diritto nel linguaggio romano: la regola di Gai Inst. 1.53*, in Aa. Vv., *Il linguaggio dei giuristi romani, Atti del Convegno internazionale di studi, Lecce, 5-6 dicembre 1994, Studi di filologia e letteratura, Lecce 1999*, p. 76 ss., ora in *Gaius dixit. La voce di un giurista di frontiera*, Cacucci, Bari 2010, p. 128 aveva rintracciato la figura nella frase «*male enim nostro iure uti non debemus*», utilizzata dal giurista per commentare favorevolmente (*recte fit*) l'intervento dell'imperatore Antonino Pio volto ad arginare la smisurata, insopportabile

morale, fondata sulla regola giuridica della “reciprocità”: il potere dipende strutturalmente dall’alterità; esso non si fonda solo su chi lo possiede. È una *regula*, questa, presupposta alla teoria dell’abuso del diritto. In questo senso, il superamento dei limiti incide sulla stessa capacità del potere giuridico di rendersi effettivo²⁶. Non si fonda solo su chi lo possiede, ma ha bisogno della partecipazione dialettica di ogni “agente responsabile”. Non è mai cioè *ab-solutus*²⁷.

Il diritto, quale manifestazione di interazione e “propositività” umana, tende alla realizzazione della *civitas maxima*, preservando la convivenza tra gli uomini in base a regole di correttezza ed equità. E quale *purposive activity*, “essere” e “dover essere” appaiono sovrapposti²⁸.

La nozione di bene e, quindi, di doverosità sono, tuttavia, molto incerti. Ecco che nella scala dell’*aspiration* (e cioè delle finalità a cui aspira il diritto), soccorre il concetto aristotelico di “giusto mezzo” che consente di vedere l’esperienza umana e, quella giuridica, come una questione di grado, e di rivalutare la nozione di “equilibrio” [*balance*]. In questo modo, il fenomeno giuridico non può essere un fatto semplice, ma estremamente complesso e multiforme.

Di contro, non sembra essere questo il fondamento del «pensiero calcolante» alla base delle tecnologie emergenti, veicoli di una società detta informazionale o digitale ove espressioni come “senso”, “libertà”, “uguaglianza”, “giusto” e “dignità” perdono la loro centralità²⁹. La massa di informazioni e di dati non appartiene a tutti gli internauti (che pure contribuiscono ad alimentarle), ma solo a quanti sono in grado di acquisirla e gestirla sempre su base computazionale, fino a usarla a proprio piacere. I

crudeltà («*maior asperitas*» ... «*intolerabilis saevitia*») dei padroni nei confronti dei propri schiavi. Qui vi si afferma una regola, «quasi una massima», con cui il maestro antonino «incita a evitare un uso cattivo del diritto», esortando «al rispetto del *modus*, dell’*aequitas*». Il riferimento è in A. Arnese, *Recensione* a Franciszek Longchamps de Bérier, *L’abuso del diritto nell’esperienza del diritto privato romano*, Torino, Giappichelli, 2013, in *Legal Roots – ‘Osservatorio critico’ della letteratura*, 4, 2015, pp. 404–410.

²⁶ Sul tema della fragilità del potere, una interessante analisi è in B. Montanari, *La fragilità del potere. L’uomo, la vita, la morte*, Mimesis, Milano 2013, oggetto peraltro di una ulteriore riflessione di A. Incampo, *Credenza e potere nei fatti istituzionali*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2014, pp. 347–360.

²⁷ Emblematica è l’espressione di G. Ledig, *Zur Logik des Sollens*, in *Der Gerichtssaal*, 100, 1931, pp. 368–385, traducibile come «validità esistenziale dalla parte del destinatario» («*Existentialgeltung auf Seiten der Sollensadressaten*»).

²⁸ La prospettiva è quella espressa dalla idea che il diritto costituisca un fatto dell’esperienza umana oscillante tra due estremi, la «morale del dovere» [*morality of duty*], da un lato, e la «morale dell’intenzionalità» [*morality of aspiration*], dall’altro. Due facce della stessa medaglia: la «morale del dovere» indica la strada verso la «morale dell’intenzionalità», laddove quest’ultima sembra spiegare la finalità e la direzione della prima per fare un uso eccellente della vita. Sullo sfondo vi è la questione della *Grande Divisione* tra fatto e valore, tra “essere” [*is*] e “dover essere” [*ought to be*] e, più in generale, la questione del nesso mezzo-fine. Cfr. L.L. Fuller, *La moralità del diritto*, Giuffrè, Milano 1986, pp. 11, 20, 28, 39, 60 e 220.

²⁹ Cfr. B. Romano, *Tecnica e giustizia nel pensiero di Martin Heidegger*, Giuffrè, Milano 1969. Qui l’autore distingue il «pensiero calcolante» dal «pensiero meditante»; differenza vitale per quanti ricercano il giusto nel diritto.

dati non sono sempre intelligibili e, anzi, il più delle volte possono essere decifrati solo da altra tecnologia (si provi, ad esempio, a tradurre una vecchia scheda perforata; oggi, invece, un codice a barre bidimensionale o le negoziazioni finanziarie ad alta frequenza).

Ma vi è altro. Il calcolo dà priorità al principio della “ragione sufficiente”, mentre il diritto è costruito anche su quello di “adeguatezza” nei tanti nessi causali tra fatti ed effetti. Ciò accade perché ogni fatto è singolo ed imprevedibile, ed il diritto gli attribuisce un senso e significato secondo proprie categorie. Diversamente, la logica del calcolo assolutizza la deduzione partendo dalla norma e trascura l’aspetto applicativo che è unico ed altrettanto centrale. Così, però, non vede il “caso” (e cioè la stessa correlazione norma-fatto che è di per sé problematica e problematizzata) da cui ha origine il diritto stesso³⁰. *Da mihi factum, dabo tibi ius*.

Non tutto è, dunque, calcolabile. Non lo sono tutte quelle fattispecie che necessitano della concretezza e dell’originalità delle singole controversie. Piuttosto, la logica dell’algoritmo dissolve le specificità della giustizia, dall’equità alla legalità: la prima riguarda il singolo caso, la seconda la generalità delle norme vigenti. L’algoritmo fonde particolarità e generalità in un insieme indistinto³¹. E lo fa sacrificando la regola della pubblicità, costitutiva della stessa normatività³².

Unico è altresì lo stesso pensiero umano che non è riconducibile *sic et simpliciter* ad attività deduttive. Esso si basa anche sul ragionamento induttivo per cui riusciamo a giungere a conclusioni pur solo probabili, proiettando informazioni originali che non sono completamente contenute nelle premesse. Non va nemmeno dimenticato che ci

³⁰ Nell’“uso giudiziario” del diritto, infatti, l’applicazione è in funzione dell’interpretazione e l’interpretazione è in funzione dell’applicazione. Eppure, nelle concezioni correnti dell’uso giudiziario (sia nella visione cognitivista, sia in quella volontaristica), l’applicazione è assorbita dall’interpretazione e finisce per coincidere con una semplice operazione di «logica meccanica consequenziale». Queste ultime, tuttavia, riducono il diritto alla unidirezionalità, senza considerare il suo legame con la realtà della vita da regolare. Così, l’interpretazione del diritto diviene funzionale al solo diritto e l’applicazione null’altro che il suo “calare” sul fatto. Sul punto G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna 2008, p. 163 ss.

³¹ B. Romano, *Algoritmi al potere. Calcolo giudizio pensiero*, Giappichelli, Torino 2018, p. 27 ss.

³² Non sono pochi ad aver riletto il diritto positivo alla luce delle implicite aspettative dei destinatari, al di là del diritto esplicito. Basti pensare, solo per fare un esempio, all’inammissibilità dell’errore sul divieto in molte sentenze dei tribunali penali internazionali. Ci si riferisce alla cogenza del diritto sovralegale oltre le leggi scritte: esso vige in forza della sua necessità e di un grado massimo di approvazione da parte di tutti. Le implicazioni, pratiche oltre che teoriche, sono state colte anche dalla giurisprudenza costituzionale sul terreno del rapporto fondamentale tra conoscenza legale e legge penale. È questo il tema della nota sentenza della Corte costituzionale italiana, 24 marzo 1988, n. 364 che esclude dall’ignoranza inescusabile della legge penale l’ignoranza inevitabile. Cfr. Corte costituzionale, 24 marzo 1988, n. 364, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 1988, p. 1522, redatta da Renato Dell’Andro secondo cui: «Un precetto penale ha valore, come regolatore della condotta, non per quello che è, ma per quello che appare ai consociati. E la conformità dell’apparenza all’effettivo contenuto della norma penale deve essere assicurata dallo Stato che è tenuto a favorire, al massimo, la riconoscibilità sociale dell’effettivo contenuto precettivo delle norme». La sentenza è, tra l’altro, ripresa in A. Incampo, *Metafisica del processo*, cit., pp. 331–332.

sono sfere del linguaggio umano che non si lasciano ridurre in forma algoritmica e tra questi vi è il linguaggio normativo (quello concernente situazioni di “potere”, “divieto”, “permesso”). Neanche l’utilizzo della statistica con i “*big data*” e lo sviluppo delle reti neurali e di altre forme di apprendimento automatico sembrano superare tale ostacolo. L’introduzione della statistica nell’intelligenza artificiale ha certo permesso di “imitare” il pensiero umano in un modo diverso rispetto a quello utilizzato negli algoritmi basati sulla logica deduttiva. E però gli automi su base statistica non riescono a riprodurre interamente il nostro modo di pensare che non è solo descrittivo, come quello costruito sulla statistica, ma è essenzialmente normativo, critico ed innovativo (e cioè prescinde dal rilievo che certi fatti hanno avuto nel passato). Così pure le reti neurali, strutturate in modo che diano risultati attesi in casi noti e imparino così a dare risultati attendibili anche in casi ignoti. Tali reti sono progettate da individui che non sanno come e cosa decideranno in caso di fatti sopravvenuti ed imprevedibili. Anche perché, la soluzione dei casi nuovi non consiste sempre e solo nella applicazione di procedimenti consolidati (come fanno i sistemi neurali) in quanto alcune situazioni richiedono la ridiscussione degli stessi procedimenti di soluzione. E il problema si sposta alle origini del sistema di calcolo algoritmico, ove tutto è predisposto, ma potrebbe risultare fallace.

Infine, non si può nemmeno tacere che negli enti non-umani incidono “forze” che, diversamente dal potere delle persone, non sono oggetto di giudizio; non sono né giuste, né ingiuste³³. L’algoritmo è un po’ a metà strada perché si comporta come una forza della natura, ma alle spalle ha il potere impostato da coloro che scelgono le premesse e gli *standard* di operatività del calcolo. E questo potere risulta oscuro e come tale non giudicabile perché non conoscibile³⁴. Parla per enigmi, come una sfinge o un oracolo. In tale veste, l’algoritmo stesso va al potere: nasconde il diritto, ma non lascia da parte l’abuso.

La preoccupazione è che il diritto venga archiviato nel suo essere diritto umano, sostituito da tecniche che veicolano il vuoto legalismo, ove solo alcuni tecnocrati possono accedere al loro dominio nascondendo il reale detentore del potere. E ciò è nella natura stessa del calcolo che tratta una quantità di dati (nell’ordine dello *zettabyte*) e ad una certa velocità, inaccessibili alla capacità di comprensione ed elaborazione del singolo utente. Sull’altare della certezza a-spaziale dell’aritmetica viene dunque sacrificata la rappresentazione dialogica e simbolica della giustizia nel processo, la cui

³³ Si rinvia a P. Tillich, *La filosofia del potere*, Glossa, Milano 2018, pp. 53 ss.

³⁴ È questa una condizione di moralità intrinseca del diritto per Lon I. Fuller, *La moralità del diritto*, cit., p. 39 che per certi versi richiama la «formula trascendentale del diritto pubblico» [*transzendente Formel des öffentlichken*] di Kant in *Per la pace perpetua* (1796) I. Kant, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, in *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik*, 1913. Al tema della natura al contempo etica e giuridica dell’*Öffentlichkeit* e delle sue implicazioni per l’ideazione di una *Grundwert* si veda A. Incampo, *Filosofia del dovere giuridico*, Cacucci, Bari 2019³, pp. 303–335.

genesi si rinviene nelle condotte personali e libere di entità biologiche³⁵. Lo si vede, come detto, nelle dinamiche segnate dall'abuso.

8. L'abuso del diritto fa leva più su forme implicite che esplicite. È il mondo soprattutto della "morale dell'intenzionalità" e cioè l'ideale adempimento del dovere secondo gradi diversi di adesione da parte del soggetto alla norma. Non a caso è difficile distinguere l'abuso dall'esercizio del diritto e finanche dall'eccesso di potere. Lo dimostra anche la complessa ricostruzione della fattispecie da parte dell'interprete³⁶.

La linea sottile che separa uso dall'abuso è il *modus*, e cioè la misura. Risale al pensiero greco la massima «la misura è la cosa migliore» attribuibile a molti autori, da Cicerone a Plauto, e così Plinio il Giovane e fino a Sant'Agostino. E la "giusta misura", così come il "giusto mezzo", non si possono ridurre ad una attività meccanica da parte dell'interprete.

Il superamento della "misura" si manifesta essenzialmente all'interno di una relazione tra una parte forte, che fa valere il suo diritto, e una parte debole, che ne subisce l'esercizio. Ma un abuso può verificarsi anche nel caso di un diritto apparentemente illimitato, qual è quello di disporre del proprio patrimonio³⁷. Ed è in tale contesto che si afferma il divieto degli atti *ad aemulationem*³⁸.

Il limite però non ha soltanto un carattere ostativo nei confronti delle azioni altrui, ma costituisce un interesse o una aspirazione da parte di tutti coloro che si trovano con la propria condotta "pericolosa" ad interferire con esso. Persino il diritto di proprietà, che è diritto assoluto per eccellenza perché stabilisce un dominio indeterminato sulla cosa, non è immune da tale dinamica. Lo si capisce leggendo l'art. 41 della Costituzione italiana che oltre a stabilire una signoria piena sul patrimonio, indica anche il limite,

³⁵ Cfr. B. Romano, *Algoritmi al potere*, cit., p. 122 ed è questa la linea di fondo che muove il lavoro di A. Garapon, *La despaializzazione della giustizia*, Mimesis, Milano 2021.

³⁶ L'antigiuridicità come distinta figura di qualificazione giuridica della condotta è un tema proprio del diritto penale. Cfr. D. Fiordalisi, *Abuso di facoltà legittime ed impedibilità degli atti antigiuridici*, Giappichelli, Torino 2008. L'attenzione passa dal danno all'azione lesiva, sicché la tutela si sposta già alle situazioni di pericolo di lesione. È questo, ad esempio, il *core cordis* della disciplina della tutela della privacy di cui al D.Lgs. 296/2003 improntata sul canone di buona fede e correttezza nella raccolta e nel trattamento che delimita anche l'interesse oltre il quale si ha abuso del diritto che non può danneggiare l'interesse effettivo altrui.

³⁷ È eloquente, al riguardo, l'ipotesi della prodigalità, che incide sull'esercizio del diritto di proprietà da parte di chi ne sia affetto, e costituisce l'emblema stesso dell'abuso del diritto. Come tale è citato da Gaio (*Inst.* 1.53). Il prodigo, infatti, è colui che sperpera e dissipa senza criterio il proprio patrimonio e quindi, pur avendo il potere di gestirlo in quanto proprietario, lo amministra male. Un rimedio concesso a fronte di un "abuso del diritto" è dato dal ricorso all'*exceptio doli generalis seu praesentis*, strumento di reazione offerto a chi subisca il non corretto esercizio della facoltà di cui un soggetto è titolare, e che è un mezzo inteso come rimedio generale diretto a precludere e paralizzare l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti attribuiti dall'ordinamento (si veda la recente sentenza della Cass. civ., Sez. Un. 4 novembre 2019, n. 28314). Cfr. R. Quadrato, *Gaius dixit*, cit., p. 372 ss. e A. Arnese, *Recensione*, cit., p. 407.

³⁸ Cfr. D. Fiordalisi, *L'abuso del diritto altrui*, cit., pp. 29–30 e nt.

ma soprattutto il dovere di realizzare e proteggere diritti e libertà di terzi e della comunità.

Ebbene, a manifestare la natura composita dell'abuso del diritto altrui vi è, in particolare, la dimensione tacita dell'esperienza giuridica. Essa ha un ruolo decisivo sia nella costruzione dei modelli di vita sociale, sia nel loro mantenimento effettivo. E l'abuso del diritto, da questa prospettiva, dimostra il fondamento assiologico dell'esperienza giuridica più che una sua patologia.

Il cuore del problema sta proprio nel *modus* e cioè nella “misura ragionevole”, il punto oltre il quale l'esercizio di un diritto lede la sfera giuridica altrui e l'uso si fa abuso. Di qui il richiamo all'*aequitas* che è, pur essa, misura, proporzione, equilibrio. Lo si è detto, non è semplice cogliere la linea di confine che separa l'uso dall'ab-uso.

Ad afferrare il ruolo di tale aspetto, che è per gran parte implicito all'esperienza giuridica, vi è l'euristica della morale dell'intenzionalità³⁹: la sola adatta ad accordare armonicamente tutti gli elementi, fattuali e valoriali, integrandoli nella complessa impresa di produrre ed applicare le norme giuridiche. Impresa che, in questo senso, non può che essere umana, poiché solo il soggetto è in grado di comprendere il carattere intrinsecamente teleologico dell'attività giuridica.

Ad essere chiamati in causa sono le azioni radicate sia nei «nuclei stessi essenziali dell'esperienza e della natura dell'uomo»⁴⁰, sia nella “natura delle cose” [*Natur der Sache*]⁴¹. Il diritto implicito non è separato dal *made law*. Semmai, il diritto esplicito dà forma ai bisogni interni degli uomini (singoli e associati) e alle relative aspettative⁴². Il *made law* è il prodotto soprattutto di cause implicite.

Se ne comprende ancor di più la portata osservando il *judge made law*. Alla base del diritto formato nelle Corti vi è fondamentalmente il ragionamento giuridico che, attraverso lo studio e la comprensione dei casi, passando per un'attività collaborativa in cui sono persino condivisi diacronicamente i fini con i predecessori (nella logica del precedente), scopre e descrive tutto il “materiale vivente”⁴³. Si tratta di un'attività creativa, seppure vincolata alla responsabilità del giudice, di un nuovo diritto non solo dal diritto che c'è, ma anche da quello che non c'è⁴⁴. Ebbene, solo un approccio propositivo e intenzionale da parte del giudice è in grado di comprendere il carattere

³⁹ Cfr. L.L. Fuller, *La moralità del diritto*, cit., pp. 16–17. Parzialmente in questo senso, ma nella prospettiva di leggere l'intera teoria della eunomia, cfr. W. Van de Burg, *The Morality of Aspiration: A Neglected Dimension of Law and Morality*, in *Erasmus Working Paper Series on Jurisprudence and Socio-Legal Studies*, 3, 2009, pp. 169–192.

⁴⁰ Sul punto A. Dal Brollo, *Moralità del diritto*, cit., pp. 79–80.

⁴¹ G. Radbruch, *La natura delle cose come forma giuridica del pensiero*, in *Riv.int. fil. dir.*, 21, 1941, p. 145

⁴² Come osserva Gerald Postema, «l'esistenza e i contenuti del diritto esplicito dipendono da una rete di tacite intese e accordi non scritti, radicati sul terreno delle interazioni sociali». Cfr. G.J. Postema, *Implicit Law*, in *Law Philos.*, 3, 1994, p. 361 (trad. mia).

⁴³ L.L. Fuller, *The Law in Quest of Itself*, Northwestern University Press, Evanston 1940, p. 132.

⁴⁴ L.L. Fuller, *Anatomy of the Law*, Praeger, New York 1968, p. 96; L.L. Fuller, *Reason and Fiat*, cit., p. 378; L.L. Fuller, *Legal Fictions*, Stanford University Press, Stanford 1967, p. 113.

finalistico dell'esperienza umana e di quella giuridica in quanto tale. In altre parole, la logica della intenzionalità è la logica dei casi complessi [*hard cases*]⁴⁵. Come intrinsecamente complesso è l'abuso del diritto.

Si prenda l'interpretazione. L'esigenza di leggere le disposizioni normative "tra le righe" porta a sovrapporre necessariamente il piano fattuale a quello valoriale fino a renderli in parte indistinguibili⁴⁶. L'interpretazione va sempre rapportata allo scopo proprio di ogni forma relazionale considerata. C'è di più. La ricerca degli *standard* di decisione è frutto del confronto tra la struttura del sistema e la "comprensione" empatica del contesto sociale⁴⁷. Quest'ultimo aspetto dà conto della rilevanza della "cultura" per il processo ermeneutico, anche nella valutazione di condotte abusive.

Casi interessanti si rinvencono nel campo dei contratti ad obbligazioni imperfette in cui c'è da tutelare il legittimo affidamento (*reliance cases*)⁴⁸. Non basta cioè dire che il contratto sia valido o meno (e cioè la "fase logica"); occorre anche considerare la "fase politica" degli interessi sociali ed etici coinvolti nell'esecuzione del programma negoziale⁴⁹. Fase logica e fase politica non sono che il rovescio del rapporto tra *made law* e *implicit law*⁵⁰.

⁴⁵ Cfr. W. Powers Jr., *Lon L. Fuller*, by Robert Summers, *Book Review*, in *Duke L.J.*, 34, 1985, p. 221.

⁴⁶ La necessità di leggere il diritto "tra le righe" è affrontata in *The Case of Speluncean Explorers*, in *Harv. Law Rev.*, 4, 1949, pp. 616–645. Lo scritto è stato tradotto da Andrea Porciello in un contributo interessante con saggio introduttivo, pareri conclusivi ed epilogo dello stesso Porciello: si veda L.L. Fuller, A. Porciello, *Il caso degli speleologi di Lon L. Fuller e alcuni nuovi punti di vista. Un approccio alla filosofia del diritto attraverso dieci pareri di fantasia*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2012.

⁴⁷ *Ivi*, p. 379

⁴⁸ Si tratta di un'idea opposta alla concezione ortodossa o classica non interessata allo *status* giuridico delle parti contraenti o agli interessi oggetto dell'accordo. In particolare, la critica è rivolta a Samuel Williston autore della celebre *A Treatise on the Law of Contracts*, volumi 1-8, Woerhis&Co., New York 1938 il quale avrebbe portato la riflessione giuridica sul tema della dicotomia contratto-non contratto senza considerare tutte quelle fattispecie che richiedono diversi rimedi come quelli della *restitution*, dell'*expectation damages* o dei *reliance damages*. Si deve evidenziare che Fuller, nella sua battaglia contro tale dicotomia, aveva proposto di aprire il suo corso parlando dei "rimedi" e non della stipulazione del contratto. La riflessione sul contratto è condotta da L.L. Fuller, *Williston on Contracts*, in *N.C. L. Rev.*, 18, 1939, pp. 1–15.

⁴⁹ *Ivi*, pp. 8–9.

⁵⁰ *Ivi*, p. 12. Occorre ricordare che insieme a William Perdue, Fuller aveva condotto la sua battaglia contro la rigida applicazione della *consideration* e del *bargain principles* al fine di elaborare alcuni rimedi per i casi di ingiustizia contrattuale tutte le volte in cui si fosse violato il legittimo affidamento delle parti contrattuali. Cfr. L.L. Fuller, W.R. Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, I, in *Yale L.J.*, 46, 1936, pp. 52–96; L.L. Fuller, W.R. Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, 2, in *Yale L.J.*, 46, n. 3, 1937, pp. 373–420. Secondo Fuller e Perdue, i rimedi dei contratti devono considerare gli interessi delle parti individuando tre categorie: *restitution*, *reliance* e *expectation*. La regola rimediabile tipica, la *expectation*, è la più debole perché non compenserebbe la perdita subita dal promissario con l'arricchimento ingiusto del promittente che, quindi, è incentivato all'inadempimento. Il *reliance interest* invece fa recuperare al promissario quanto avrebbe ottenuto in caso di adempimento. Tale battaglia ha portato alla redazione, nel 1979, di una nuova section 90 del *Restatement Second of Contract*. Si veda anche L.L. Fuller, *Consideration and Form*, in *Colum. L. Rev.*, 41, 1941, pp. 799–824 e L.L. Fuller, *Basic Contract Law*, West Publishing Company, St. Paul. Minn. 1947.

E in questo senso, com'è noto, in un contesto di pluralità di fonti “codificate”, anche il diritto dell'Unione Europea si apre alla casistica e ai valori condivisi⁵¹. Ed è qui che, non a caso, si è affermato l'intervento integrativo del giudice in materia di clausole abusive, o di contratti di durata o ad esecuzione prolungata, specialmente quando, con il trascorrere del tempo e il mutare delle condizioni socio-economiche, le clausole contrattuali hanno portato a risultati iniqui⁵². La forma per fattispecie si dissolve per richiedere un intervento che non trascuri gli interessi delle parti coinvolte chiamate a partecipare alla individuazione del rimedio e delle tutele adeguate. Appare dunque inevitabile il ricorso alla ragionevole via di mezzo mossa dall'aspirazione a ricercare, fuori dal dominio della fattispecie o delle logiche di calcolo

percorsi e/o strategie [...] che possano consentire [...] di perseguire obiettivi [...] che più avvicinano il contratto e l'obbligazione a livelli e/o soglie di carattere 'più sostanziale', perché connessi ad interessi materiali, che sono propri, nel fondo, delle condizioni 'soggettive' di ciascun contraente e/o debitore o creditore⁵³.

9. L'abuso del diritto è una figura affascinante per chi vuole ricondurre l'esperienza giuridica alla dimensione valoriale ed equitativa, così come lo ritrae la nota definizione di Celso⁵⁴. Mostra come l'oggetto del diritto, che è propriamente “azione” (*praxis*), non resta indipendente dal soggetto. Con la crescente rilevanza della fattualità del diritto fa capolino la sua intenzionalità e la sua dimensione relazionale⁵⁵.

⁵¹ Solo per citare un fenomeno particolarmente significativo, si pensi al ruolo ricoperto dall'indeterminatezza delle clausole generali (come quella di “buona fede”) nel processo di armonizzazione europea del diritto contrattuale. Percorso, questo, che non manca di considerare il ruolo fondamentale del “diritto giurisdizionale” (il cosiddetto *Richterrecht*) derivante dalle corti soprattutto nazionali. Il carattere equitativo delle clausole generali sta proprio nella loro vaghezza o indeterminatezza per l'impossibilità di determinare *a priori* tutti gli elementi valutativi impliciti nelle situazioni concrete. Non è un caso, tra l'altro, che il legislatore utilizzi concetti-valvola e clausole generali per consentire all'interprete maggiore libertà di valutazione dei fatti particolari. Con le clausole generali – in cui si può registrare un'eccedenza “assiologica” rispetto ai contenuti normativi abituali, per citare Emilio Betti –, al giudice è demandato il compito di integrare il dettato normativo con un apporto valutativo quantitativamente e qualitativamente diverso dall'applicazione *standard* delle disposizioni ordinarie. All'ideologia illuminista dell'automatismo dell'attività giurisdizionale, corollario della pretesa funzione dichiarativa della giurisprudenza come mera “bocca della legge”, si contrappone la funzione dialettica o retorica del discorso giudiziale chiamato costantemente a superare il divario tra diritto e società.

⁵² È il campo della buona fede che corregge “intenzionalmente” il contratto sino a fissare un vero e proprio obbligo legale di rinegoziare il rapporto: si tratta della disciplina dell'*hardship*, richiamata sempre più frequentemente nei rapporti internazionali.

⁵³ A. di Majo, *Giustizia e 'materializzazione' nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedure*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 831.

⁵⁴ Anche Celso Servio Sulpicio Rufo riconduce il diritto all'equità «*nec enim ille magis iusris consultus quam iustitiae fuit: ita ea quae proficiscebantur a legibus et ab iure civili semper a facilitatem aequitatemque referabat [...]*» Cic., *Philipp.* 9.5.10-11.

⁵⁵ Al riguardo cfr. L. Avitabile, *Presentazione*, in B. Romano, *Algoritmi al potere*, cit., p. XVII: «In un mondo in cui si pensa che gli algoritmi possano sostituire l'essere umano, si osserva che il dominio del pensiero calcolante rimane pur sempre estraneo all'intenzionalità».

Andando “verso le cose stesse” [*zu den Sachen selbst*] si scopre che l’impresa di produrre diritto è “fondamentalmente” umana, poiché il soggetto è in grado di comprendere il carattere intrinsecamente teleologico e propositivo dell’attività giuridica, senza ridurla a strumento di controllo sociale o a tecnica di regolazione.

Il pensiero calcolante, nel tentativo di oggettivare l’esperienza umana processando i dati, resta estraneo ad ogni forma di imputazione di atti e condotte al soggetto responsabile e rende così inconcepibile ogni attività di *ius dicere* che implichi un intervento integrativo del giudice, in particolare nei casi in cui il sistema giuridico si apre a principî e valori direttamente mutuati dall’idea di giustizia o attinti nella coscienza sociale. Non si negano certo gli aspetti positivi dell’impiego delle nuove tecnologie. Vanno tuttavia individuati i limiti di un eccesso di semplificazione e le conseguenze della riduzione della vita umana e giuridica al calcolo. Le reti funzionano mediante gli algoritmi in grado di dare benefici alle persone, ma ciò non esaurisce la peculiarità della condizione umana che eccede la massa dei dati, da considerare sempre come mezzi e non come scopi⁵⁶. Ecco perché si rende necessario armonizzare l’agire umano con le speranze di razionalizzazione affidate a sistemi di calcolo algoritmico⁵⁷.

Is that the law? È la domanda che Shylock rivolge al Doge e che funge da monito: la scienza giuridica non può ridursi solo a ciò che astrattamente il legislatore o la “macchina” hanno previsto. Né a ciò che è predeterminato da un opaco processo computazionale. Il testo e i criteri di calcolo non sono mai autosufficienti. Questi sono, semmai, punti di partenza per costruire la fattispecie del caso concreto⁵⁸. Nella sfera dell’*aspiration* emergono strategie e procedimenti inventivi che non poggiano semplicemente su inferenze e relazioni logiche di tipo algoritmico.

È la vita stessa del diritto a chiederlo, senza ombre, né oscurità.

⁵⁶ B. Romano, *Algoritmi al potere*, cit., p. 116.

⁵⁷ In tal senso L. Franzese, *Il giudice algoritmico: a partire dal pensiero di Daniel Kahneman sulla difettosità del ragionamento umano*, in E. Bettini, D. Tondini (a cura di), *Atti del IV Forum internazionale Gran Sasso. Allargare gli orizzonti della carità per una nuova progettualità sociale*, vol. 4, Collana Forum del Gran Sasso Teramo 2022, pp. 304–305 che dà rilievo alla tutela apprestata dal Regolamento europeo in materia di privacy (Reg. 679/219). Qui, infatti, si prevede che le decisioni giudiziarie possano essere adiuuate da sistemi automatizzati, ma non possano essere interamente demandate a sistemi di quel tipo, richiedendo la giustificazione propria dei processi razionali umani. Con le parole dell’autore: «l’algoritmo che conforma la procedura, infatti, deve essere conoscibile e prima ancora comprensibile dai soggetti interessati, e anche dall’amministrazione che ha commissionato l’elaborazione e l’implementazione dell’algoritmo utilizzato». Ivi, p. 306. È questo il *trend* degli studi sul tema come quelli riguardanti in generale la gestione dei dati ai fini di aumentare la trasparenza, la sicurezza e la responsabilità: cfr. Pozzolo S., Cabitza F., Rossetti A. (a cura di), *Governare l’intelligenza artificiale*, in *Ragion pratica*, 2, 2021.

⁵⁸ È il tratto nodale della scienza giuridica come “scienza pratica”; cfr. S. Pugliatti, *Grammatica e diritto*, Giuffré, Milano 1978, pp. 103 ss. e G. Alpa, *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Marietti, Genova 2017, pp. 230–233.