

Sciogliere l'individuo nell'ordine economico L'abuso del diritto nell'esperienza tedesca

Sonia Haberl
(Ricercatrice di Diritto privato comparato
nell'Università di Ferrara)

Alessandro Somma
(Professore ordinario di Dritto privato comparato
nell'Università di Ferrara)

Abstract L'articolo descrive le problematiche collegate all'abuso del diritto nell'ordinamento tedesco, partendo da riflessioni generali inserite nel contesto dell'ordine economico sottostante, per poi dedicarsi all'analisi delle elaborazioni dottrinali e degli orientamenti giurisprudenziali in tema di *Rechtsmissbrauch*. Il lavoro mette in luce come il *Reichsgericht* prima e il *Bundesgerichtshof* poi siano profondamente influenzati dalle teorie formulate nel corso degli anni Trenta da Wolfgang Siebert, acceso sostenitore del nazismo e ritenuto il principale fautore della teoria dell'abuso del diritto nella versione tuttora prevalente. Quest'ultima si contraddistingue per l'elaborazione, a partire dalle pronunce del *Bundesgerichtshof*, di diversi "casi esemplificativi" (*Fallgruppen*), quali il cd. *venire contra factum proprium*, la *Verwirkung*, l'acquisto e frustrazione sleale di una posizione giuridica e l'assenza di un interesse legittimo. A tal proposito il lavoro riporta i principali sviluppi giurisprudenziali concludendo per una visione del *Rechtsmissbrauch* quale istituto finalizzato a trasformare in chiave ordoliberal la concorrenza in strumento di direzione politica dei comportamenti individuali in ambito economico.

Sommario 1. Dalla funzionalizzazione all'abuso del diritto. – 2. Il divieto di atti emulativi. – 3. L'abuso del diritto nella giurisprudenza del *Reichsgericht*. – 4. Il dibattito dottrinale e la sua influenza sulla giurisprudenza. – 5. Abuso del diritto e ordine giuridico nazista. – 6. Gli orientamenti del *Bundesgerichtshof*: *venire contra factum proprium* e *Verwirkung*. – 7. (Segue) Acquisto e frustrazione sleale di una posizione giuridica e assenza di un interesse legittimo. – 8. Abuso del diritto, ordoliberalismo ed economia sociale di mercato.

Keywords *Rechtsmissbrauch*. Abuso del diritto. Divieto di atti emulativi. *Schikaneverbot*. Economia sociale di mercato. Ordoliberalismo. *Verwirkung*, *venire contra factum proprium*. Acquisto e frustrazione sleale di una posizione giuridica. Assenza di interesse legittimo.

Sebbene il lavoro rappresenti il frutto di riflessioni comuni, i parr. 1, 5 e 8 sono di Alessandro Somma, mentre i parr. 2-4 e 6-7 di Sonja Haberl.

1 Dalla funzionalizzazione all'abuso del diritto

Con la transizione dalla società borghese alla società industriale, le promesse formulate dall'ordine proprietario, che la proprietà fosse veicolo di emancipazione, si rivelarono nella loro essenza di pie illusioni. La società borghese era nata a partire dal patto per cui il sovrano accentrava il potere politico, assicurando in cambio all'individuo l'esclusiva titolarità del potere economico e dunque il riconoscimento di una libertà innata da esprimere nell'appropriazione dei beni¹. Per contro la società industriale, plasmata a immagine e somiglianza del sistema di fabbrica, metteva in luce la sua natura fortemente classista: l'appropriazione dei beni, che la tradizione liberale ammetteva come conseguenza della loro trasformazione attraverso il lavoro, costituiva la prerogativa di una ristretta cerchia di individui nell'ambito di strutture incapaci di produrre mobilità sociale.

Peraltro la società industriale non era minacciata unicamente dal conflitto tra la classe proprietaria e la classe cui la proprietà dei beni produttivi era irrimediabilmente preclusa: il conflitto alla base dell'incipiente questione sociale, ovvero della questione operaia "contenuta in embrione nel contratto di lavoro"². La richiesta di una mano visibile cui affidare il compito di sostenere l'ordine proprietario, cioè, non discendeva solamente dal bisogno di pace sociale e dunque di cooperazione tra produttori. A essere minacciato era anche il funzionamento del meccanismo concorrenziale, il libero incontro di domanda e offerta alla base dell'ordine proprietario, messo a rischio dalla volontà di costituire cartelli, e più in generale dai molti fallimenti del mercato che la mano invisibile non riusciva certo a prevenire o a risolvere. Era insomma indispensabile individuare e percorrere una terza via tra il liberalismo tradizionale, quello della mano invisibile, e i tentativi di superare l'ordine proprietario intrapresi dal nascente movimento operaio.

La terza via poteva assumere molte sembianze: prendere la forma del solidarismo o del funzionalismo, o eventualmente del socialismo della cattedra. I solidaristi chiarirono che il loro credo era incentrato sull'autodeterminazione e sulla relativa "lotta per lo sviluppo individuale". E tuttavia occorre promuovere "l'associazione di azioni individuali" nella misura utile a "mantenere l'individuo in uno stato di durevole prosperità e sicurezza"³. Nello stesso senso i funzionalisti riconoscevano spazi entro cui "sviluppare la propria individualità", ma solo se l'esercizio del relativo potere assolveva al dovere di contribuire all'equilibrio tra le diverse com-

1 *Exposé des motifs de la loi relative à la Propriété par le conseiller d'état Portalis*, in *Code civil des Français*, vol. 4, Paris, 1804, p. 31.

2 G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato* (1906), Milano, 1980, p. 208 e 212.

3 L. BOURGEOIS, *Solidarité*, 3. ed., Paris, 1902, p. 61 s.

ponenti dell'organismo sociale⁴.

Dal canto loro i socialisti della cattedra sottolinearono il nesso tra elaborazione della terza via e crisi della distinzione tra il diritto pubblico dello "Stato onnipotente" e il diritto privato per "l'individuo sciolto da ogni comunità". La crisi avrebbe prodotto un nuovo momento di sintesi tra le due impostazioni, per cui il diritto pubblico sarebbe stato infine penetrato dall'individualismo, e il diritto privato da "una goccia di olio sociale": solo in tal modo l'organismo sociale avrebbe evitato conflitti destabilizzanti, come quelli originati dalla divisione in classi⁵.

Tutto ciò produsse modificazioni sostanziali nel modo di intendere le costruzioni privatistiche, quelle che il patto fondativo della società borghese voleva incentrato sul tema dell'assolutezza dei diritti individuali, ora osservati in prospettiva relazionale e in quanto tali necessariamente relativizzati.

Tra i primi fautori della terza via la commistione tra individualismo e prospettiva superindividuale poteva assumere coloriture differenti, e tuttavia essa indicava una tendenza irreversibile. L'organicismo tipico delle costruzioni pubblicistiche, quelle da cui l'individuo si difendeva rinchiudendosi nella cittadella del diritto privato, sarebbe infine divenuto pervasivo, intaccando l'idea dell'assolutezza delle costruzioni tradizionalmente utilizzate per il funzionamento del mercato. L'ordine proprietario si avviava insomma a divenire terreno nel quale i diritti erano riconosciuti e tutelati solo nella misura in cui il loro esercizio realizzava finalità sistemiche, quelle di cui l'ordine si rendeva interprete.

È a partire dalla conclusione del primo conflitto mondiale che la nuova prospettiva venne assunta in modo consapevole: quel conflitto aveva abbattuto definitivamente l'individualismo, esattamente come la Rivoluzione francese aveva abbattuto il feudalesimo, rendendo ineludibile la costruzione di un ordine capace di conciliare "gli opposti interessi tra il capitale e il lavoro"⁶. Il tutto accelerò e consolidò alcune costruzioni che avevano preso corpo nel decennio precedente a completamento dell'approccio funzionalista e dunque dell'idea di diritti funzionalizzati⁷. Costruzioni come in particolare l'abuso del diritto, elaborata in area francese proprio per amplificare il punto di vista relazionale nell'analisi dei diritti: per affermare che essi sono "concessi dai pubblici poteri" e che in quanto tali "hanno una

4 L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé* (1911), 2. ed., Paris, 1920, pp. 26 s. e 37.

5 O. GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin, 1889, p. 9 ss.

6 N. STOLFI, *La rivoluzione francese e la guerra mondiale in rapporto alle trasformazioni del diritto*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1922, I, p. 386 ss.

7 L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé*, cit., p. 51: "la conception de la liberté-fonction remplace la notion de liberté-droit".

missione sociale da compiere, contro la quale non possono insorgere”⁸.

Anche in area tedesca si è evidentemente discusso di abuso del diritto (*Rechtsmissbrauch*), e a monte di funzionalizzazione dei diritti nell’ambito di un ordine economico bisognoso di una mano visibile incaricata di assicurarne l’equilibrio e lo sviluppo. Anzi, proprio in area tedesca questi temi hanno conosciuto uno sviluppo particolare, dovuto alle modalità con cui si è realizzato il processo di modernizzazione, diverso dal percorso intrapreso in altre aree perché non si è accompagnato allo sviluppo della democrazia: la modernizzazione tedesca costituisce il punto di arrivo di un percorso governato da un potere politico autoritario, se non totalitario⁹.

In questo lavoro metteremo in luce le vicende che hanno segnato quel percorso e condotto a elaborazioni dottrinali e orientamenti giurisprudenziali che, se per un verso sono riferiti al tema dell’abuso del diritto, sono per molti altri riconducibili a un vero e proprio dato caratteristico dell’esperienza tedesca: l’attitudine autoritaria nel modo tedesco di presidiare l’ordine economico. Un’attitudine che evidentemente ha conosciuto momenti drammatici, come quelli relativi all’epoca nazista, quando la democrazia è stata sacrificata alle necessità sistemiche dell’ordine economico. Ma che continua a integrare un dato caratteristico, se non altro per i notevoli momenti di continuità tra le vicende della prima e della seconda metà del Novecento, che anche il tema dell’abuso del diritto consentiranno di evidenziare.

2 Il divieto di atti emulativi

La questione riguardante l’inserimento di un divieto generale di abuso del diritto nel Codice Civile tedesco del 1896 fu oggetto di accese discussioni durante i lavori preparatori.

Sulla scia della Prima commissione, al riguardo contraria, la cosiddetta Commissione preliminare presso l’Ufficio imperiale della giustizia (*Vorkommission des Reichsjustizamtes*) motivò il suo rifiuto con il timore che un simile divieto avrebbe condotto a decisioni fondate su un senso giustizia “oscuro” e “puramente soggettivo”. Considerazioni simili furono svolte nell’ambito della Seconda commissione a proposito dell’*exceptio doli generalis*, azione riconosciuta nel diritto comune come rimedio generale disponibile al convenuto per opporsi all’esercizio fraudolento o sleale dell’altrui diritto. Vi fu chi propose di codificarla nella Parte generale del Codice, in

8 L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, vol. 1, Paris, 1938, p. 118. In precedenza ID., *De l’abus des droits*, Paris, 1905.

9 È questo il senso della teoria del “percorso eccezionale” (*Sonderweg*): cfr. A. SOMMA, *I giuristi e l’Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazional-socialista*, Frankfurt M., 2005, p. 4 ss.

una disposizione dal seguente tenore: “una pretesa giuridica può essere legittimamente respinta dal soggetto nei cui confronti viene fatta valere, quando l’esercizio della medesima, a seconda delle circostanze del caso, risulti lesiva dei buoni costumi”. Prevalse però l’orientamento negativo, anche qui ispirato dal timore che si sarebbe altrimenti sponsorizzata una “confusione tra diritto e morale”¹⁰.

Infine si trovò un accordo per un divieto di atti emulativi (*Schikaneverbot*), inizialmente relativo al solo diritto di proprietà, poi trasformato in principio generale contenuto nella Parte generale del Codice civile tedesco: “è inammissibile l’esercizio del diritto se può avere soltanto lo scopo di provocare danno ad altri” (par. 226). Il divieto si ricollega alla teoria generale della *aemulatio* che Samuel Stryk sviluppò sulla base dell’*Usus modernus pandectarum*: teoria che, diversamente dalle precedenti elaborazioni, non era più limitata alle ipotesi di rapporti di vicinato, ma riguardava l’insieme delle azioni compiute dal titolare del diritto in assenza di interesse proprio, ovvero all’unico scopo di arrecare danni ad altri¹¹.

L’elemento soggettivo dell’intento di nuocere rappresentò un presupposto anche del primo divieto di atti emulativi codificato in area tedesca, quello contenuto nell’*Allgemeines Landrecht* prussiano del 1794, dove si prevedeva il risarcimento del danno subito da chi “tra più modalità possibili di esercizio del diritto abbia scelto quella che è dannosa per l’altro, con l’intenzione di danneggiarlo” (par. 37 I tit. 6)¹². Le difficoltà probatorie legate a questo presupposto portarono la giurisprudenza a rompere con il tenore letterale del divieto e ad affermare la responsabilità dell’agente anche nel caso in cui “l’elemento soggettivo non può essere comprovato”¹³. L’orientamento non ebbe però influenza alcuna nell’individuazione poi accolta dal Codice civile tedesco, nel cui vigore non venne più significativamente proposto dalle corti.

Insomma, quando fu approvato, il divieto di atti emulativi venne salutato come il veicolo di trasformazioni epocali, in particolare come una spinta verso la socializzazione del diritto e dunque verso il superamento dei paradigmi individualisti ereditati dalla tradizione pandettista¹⁴. Tuttavia le difficoltà legate alla prova dell’*animus nocendi*, prova sostanzialmente

10 Per tutti H.-P. HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmissbrauchslehre - Ergebnis nationalsozialistischer Rechtsdenkens?*, Berlin, 1995, p. 95 ss.

11 S. STRYK, *De iure aemulatione* (1678), in Id., *Dissertationes iuridicae de selectis utriusque iuris materiis*, vol. 3, Frankfurt Oder, 1690, p. 52 ss.

12 Altri divieti erano contenuti nella disciplina della proprietà, ai parr. 27 e 28 I Tit. 8.

13 *Preussisches Obertribunal*, 7 giugno 1852, in *Striethorst Archiv*, 5, 1852, p. 282 ss.

14 Ad es. R. SALEILLES, *Introduction à l’étude du droit civil allemand*, Paris, 1904.

impossibile¹⁵, condannarono il divieto a risultare del tutto trascurabile dal punto di vista pratico, perché sostanzialmente non applicato. Ciò non toglie, però, che il principio posto alla base del divieto non abbia attecchito nell'esperienza giuridica tedesca, essendo esso espressione di quanto abbiamo indicato come un vero e proprio dato di sistema: lo sviluppo di istituti del diritto privato in linea con il proposito di edificare un ordine del mercato incentrato sul tema della funzionalizzazione delle libertà economiche. Il tutto, come vedremo, con il fondamentale contributo della clausola di buona fede, quindi del più noto tra gli strumenti tecnico giuridici utilizzati per ottenere la conformazione dei comportamenti economicamente rilevanti.

3 L'abuso del diritto nella giurisprudenza del *Reichsgericht*

Il destino del divieto di atti emulativi apparve segnato fin dai primissimi anni dall'entrata in vigore del Codice civile tedesco, quando la Corte civile di ultima istanza decise di ovviare alla situazione riattivando l'istituto dell'*exceptio doli generalis*. Già nella seconda metà dell'Ottocento il *Reichsgericht* aveva fatto ricorso all'istituto, richiamandosi lapidariamente al suo ancoraggio nella tradizione romanistica¹⁶. Nella prima metà del Novecento si assistette a un rafforzamento di questa linea interpretativa, che pure conviveva con una relativa incertezza circa il suo fondamento normativo.

In una sentenza del 1904, i giudici, riconosciuto che "il Codice civile tedesco era privo di una disposizione generale" chiaramente fondativa dell'*exceptio doli generalis*, si rivolsero a una previsione tratta dalla disciplina dell'illecito extracontrattuale: quella contenente il divieto di recare un danno ad altri "intenzionalmente in modo contrario ai buoni costumi" (par. 826)¹⁷. La previsione divenne il "canale di legittimazione" per reprimere una serie di tipici comportamenti emulativi¹⁸, consentendo nel contempo di non mettere in discussione la connotazione soggettiva della

15 Per tutti B. VON FELDMANN, *Sub Par.* 226, in *BGB - Münchener Kommentar*, vol. 1, München, 1993, n. 1.

16 Cfr. RG, 13 gennaio 1885, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 13, 1885, p. 32 ss.; RG, 9 novembre 1886, *ivi*, 18, 1887, p. 238 ss.; RG, 31 dicembre 1887, *ivi*, 20, 1888, p. 93 ss. e RG, 3 maggio 1888, *ivi*, 21, 1888, p. 243 ss.

17 RG, 30 maggio 1904, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 58, 1905, p. 35 ss.

18 F. RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, in M. Rotondi (a cura di), *L'abus de droit*, Padova, 1979, p. 371.

fattispecie richiamata dal requisito dell'intenzionalità¹⁹. In tal modo, però, si continuava a non avanzare verso un divieto generale di esercizio del diritto anche solo oggettivamente contrario al buon costume.

Il tutto mentre i tentativi di ampliare per via giurisprudenziale lo stretto ambito di applicazione del par. 226 BGB continuavano a essere timidi e isolati. L'orientamento concettualistico e formalistico dell'epoca, del resto, non permetteva interpretazioni più libere della disposizione, o almeno letture capaci di evitarle la scarsa fortuna a cui fu condannata. Vi fu per la verità qualcuno intento a cantare fuori dal coro, sostenendo che "di sicuro non nuocerebbe se in futuro non prendessimo più tanto sul serio il presupposto dello scopo esclusivo di provocare danni ad altri". Quel qualcuno, però, avrebbe più avanti constatato che il divieto di atti emulativi di certo "non aveva soddisfatto le aspettative poste in essa"²⁰.

In una nota sentenza del 1909, di frequente citazione ancora oggi per la particolarità della vicenda, il *Reichsgericht* fece direttamente ricorso al divieto di atti emulativi per risolvere il caso in cui un padre aveva vietato al figlio, con il quale aveva rotto ogni relazione, di accedere nel parco del suo castello e dunque di visitare la tomba della madre²¹. Si tratta di una delle rare decisioni in cui il tribunale, accedendo a una sua interpretazione ampia, applicò il par. 226 BGB²²: "precepto di etica sociale in misura limitata" in quanto concernente non la sola provocazione di un "danno materiale, bensì anche la violazione di valori e interessi ideali". Il tutto in attuazione di un principio fondamentale (*Rechtsgrundsatz*) di cui il giudice deve tenere conto d'ufficio, tanto è vero che il figlio non aveva chiesto di ricorrere alla disposizione utilizzata dalla corte per risolvere la controversia, come invece richiesto dalla prevalente dottrina dell'epoca²³.

È così che il *Reichsgericht* giunse ad affermare un divieto di atti emu-

19 Cfr. RG, 9 dicembre 1905, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 62, 1906, p. 19 ss. e RG, 27 maggio 1911, *ivi*, 76, 1911, p. 319 ss., ove si ritenne comunque sufficiente il *dolus eventualis*.

20 V. rispettivamente J.W. HEDEMANN, *Zivilistische Rundschau 1908/09*, in *Archiv für bürgerliches Recht*, 1910, p. 151. e Id., *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Staat und Recht*, Tübingen, 1933, p. 7.

21 RG, 3 dicembre 1909, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 72, 1910, p. 251 ss. In dottrina da ultimo M.J. PILS, *Das Schikaneverbot im Spiegel zweier höchstgerichtlicher Entscheidungen zum deutschen und englischen Recht um 1900 - Ein Gebot der sozialen Ethik oder gefährliche uncertainty in the law?*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Germanistische Abteilung*, 2010, p. 338 ss.

22 Stesso schema in RG, 6 giugno 1905, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 61, 1906, p. 94 ss.; RG, 10 dicembre 1912, *ivi*, 65, 1907, p. 10 ss.; RG, 27 giugno 1919, *ivi*, 96, 1919, p. 184 ss. e RG, 24 gennaio 1924, *ivi*, 120, 1928, p. 47.

23 Per cui era necessaria un'eccezione della parte interessata: ad es. G. PLANCK, *Sub Par. 226*, in *BGB - Plancks Kommentar*, vol. 1, Berlin, 1898, p. 276.

lativi nella sua veste di limite “anche del diritto di proprietà quale diritto assoluto”, cui in effetti il padre si era appellato. Con ciò urtando la suscettibilità di molti autori, i quali lamentarono fra l’altro la mancanza di considerazioni approfondite riguardanti l’*animus nocendi*, se non altro in quanto il padre, a giustificazione del suo rifiuto, lamentava la sofferenza di problemi di cuore che l’eventuale visita del figlio avrebbe acuito, mettendo a rischio la sua salute²⁴. I giudici si erano invece limitati a generici rinvii a quanto stabilito nel precedente grado di giudizio, dal quale sarebbe “emerso senza alcun dubbio come il divieto di visita posto dal convenuto fosse esclusivamente finalizzato ad arrecare danno all’attore”.

Qualche anno dopo la giurisprudenza sembrò assumere il punto di vista della dottrina, stabilendo che “è da escludersi l’atto emulativo qualora un interesse legittimo sia anche soltanto la concausa del comportamento” al vaglio della corte²⁵. Nel complesso, poi, furono di gran lunga prevalenti, le sentenze che, se non altro nell’esito finale, seguirono l’indirizzo giurisprudenziale già emerso nella sentenza del 1904: negarono cioè un’applicazione diretta del par. 226 BGB e ricorsero al principio generale dell’*exceptio doli*.

Da un’analisi di queste decisioni emerge tuttavia la mancanza di un fondamento concettuale stabile, essendo varie le motivazioni sui cui esse poggiano. Con l’intenzione di sottolineare l’esistenza di un principio generale, l’eccezione di dolo generale venne infatti rinvenuta nell’insieme di disposizioni assai eterogenee tra di loro²⁶. In particolare, oltre al par. 826, si richiamano i parr. 133, 157, 242 BGB: il primo concernente l’interpretazione della dichiarazione di volontà secondo criteri soggettivi, il secondo e il terzo relativi rispettivamente all’interpretazione di buona fede del contratto e all’esecuzione di buona fede della prestazione obbligatoria. Le disposizioni richiamate sarebbero “espressione particolare di un principio generale”, i cui confini teorici “non sono tracciabili”, motivo per cui esso deve rimanere “oggetto di libera valutazione da parte del giudice”²⁷.

L’orientamento appena tracciato conobbe un primo ridimensionamento in una sentenza del 1915. In essa i giudici negarono l’esistenza di una *exceptio doli* slegata dal tenore di disposizioni legislative ed “eccepibile a qualsiasi esercizio ingiusto del diritto”, sottolineando allo stesso tempo

24 Per tutti K. LARENZ E M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. ed., München, 2004, p. 283.

25 RG, 8 gennaio 1920, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 98, 1920, p. 15 ss.

26 Ad es. RG, 17 settembre 1904, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 58, 1905, p. 428 ss.; RG, 8 ottobre 1909, *ivi*, 71, 1909, p. 435 ss. e RG, 26 maggio 1914, *ivi*, 85, 1915, p. 108 ss.

27 RG, 26 maggio 1914, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 85, 1915, p. 108 ss.

che l'eccezione trovava un suo fondamento nel par. 826 BGB²⁸. Numerose sentenze successive percorsero questa linea, confermando la necessità di ancorare l'eccezione di dolo generale al diritto oggettivo esistente, e riconoscendo i parr. 242 e 826 BGB come fondamenti per la costruzione²⁹.

In queste decisioni il riferimento a disposizioni legislative diverse, anche se limitato ai parr. 242 e 826 BGB, è ancora una volta riscontro di una ritrosia a identificare una "sovrastuttura metodologica" (*methodischer Überbau*) idonea a contenere e articolare la lotta contro l'abuso del diritto di quel periodo. Nel corso del tempo la casistica elaborata dal *Reichsgericht* permise tuttavia l'individuazione di diverse fattispecie particolarmente tipiche di "esercizio inammissibile del diritto", tra cui il principio del *venire contra factum proprium*, quello del *dolo agit* o la nota *Verwirkung*: figure sulle quali torneremo fra breve.

Negli anni trenta del Novecento, poi, scontato ormai il tramonto di quanto si era appalesato come un troppo "angusto" divieto di atti emulativi, la clausola della buona fede di cui al par. 242 BGB assunse la veste di cardine attorno al quale far ruotare tutte le costruzioni giurisprudenziali degli anni successivi: giurisprudenza caratterizzata, come si vedrà, da una "cospicua inammissibilità dell'esercizio del diritto"³⁰.

4 Il dibattito dottrinale e la sua influenza sulla giurisprudenza

Anche la dottrina che al principio del Novecento si dedicò alla funzione e alla portata del divieto di atti emulativi, lo valutò alla stregua di un mero "cartello etico decorativo" (*moralisches Dekorationsschild*)³¹, giacché ci si era orientati verso una stretta concezione del par. 226 BGB. I dibattiti, di conseguenza, si incentrarono prima sul par. 826, e poi sul par. 242 BGB.

Le prime ricerche tedesche dedicate al tema dell'abuso del diritto sono in parziale ritardo su quelle confezionate in Francia: risalgono agli anni trenta del secolo scorso. Tra esse spicca, per l'influenza tutt'altro che trascurabile sugli orientamenti giurisprudenziali successivi, l'opera di Wolfgang Siebert, all'epoca giovane professore di diritto privato e di diritto del lavoro presso l'Università di Kiel.

Non diversamente da altri autori e dal *Reichsgericht*, anche Siebert

28 RG, 3 febbraio 1915, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 86, 1915, p. 195 ss.

29 Ad es. RG, 17 marzo 1932, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 135, 1932, p. 376 ss.

30 H. MERZ, *Vom Schikaneverbot zum Rechtsmissbrauch*, in *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1977, p. 168.

31 K. HUBER, *Über den Rechtsmissbrauch*, Bern, 1909.

discusse del divieto di atti emulativi come di un precetto con un ruolo del tutto trascurabile, “consumato” da clausole generali più ampie. Il punto di partenza per le sue riflessioni in merito a una teoria generale sull’abuso del diritto furono infatti i parr. 242 e 826 BGB. Entrambi furono da lui considerati limiti generali all’esercizio del diritto, da intendersi, più precisamente, come limiti interni comportanti una “relatività del contenuto del diritto” (*Relativität des Rechtsinhalts*) e, nel caso fossero stati oltrepassati dal suo titolare, un “agire senza diritto” (*Handeln ohne Recht*)³². Mentre però la delimitazione dell’ambito di applicazione delle due norme nella giurisprudenza del *Reichsgericht* rimase piuttosto vaga, Siebert giunse a una sua demarcazione alquanto netta. Mosse dall’idea di “relazione eccezionale” tra i soggetti interessati (*Sonderbeziehung*)³³, per poi precisare che la clausola di buona fede, in quanto “criterio oggettivo omnicomprensivo”, operava all’interno della relazione, laddove il par. 826 BGB, con una connotazione soggettiva, operava invece al di fuori di essa. Con la precisazione che l’elemento soggettivo si realizzava comunque se “la fattispecie esterna del comportamento è talmente grave da rendere insostenibile il tener conto di un’eventuale fattispecie interna scriminante”³⁴.

Fu così che Siebert giunse a elaborare quella “sistematicità delle clausole generali” (*Generalklauselsystematik*) che diventò lo schema di riferimento per la dottrina e la giurisprudenza. Già nel 1935 il *Reichsgericht*, per la prima volta dopo il 1900, fece riferimento a una concezione dottrinale per fornire le basi al suo orientamento in tema di abuso del diritto³⁵, e successivamente la utilizzò come punto di riferimento costante della sua prassi.

Il tutto non coinvolse il solo piano terminologico, ovvero non si risolse nella sostituzione dei riferimenti all’*exceptio doli generalis* con altri riferimenti, come quelli, di cui diremo meglio fra breve, all’“esercizio del diritto inammissibile” (*Unzulässigkeit der Rechtsausübung*). Sulla scia delle riflessioni di Siebert, i giudici iniziarono in primo luogo ad abbandonare il par. 826 BGB come norma centrale nella lotta contro l’abuso del diritto, e

32 W. SIEBERT, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte und zur exceptio doli (Parr. 226, 242, 826 BGB), unter besonderer Berücksichtigung des gewerblichen Rechtsschutzes (Par. 1 UWG)*, Marburg, 1934, p. 87 ss.

33 Su questo tipo di relazione, comportante l’esistenza di un qualche “contatto sociale”, ad es. A. TEICHMANN, *Sub Par. 242*, in *BGB-Soergel, Kommentar*, vol. 2, Stuttgart, 1990, n. 33 ss.

34 W. SIEBERT, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, cit., p. 116.

35 RG, 22 gennaio 1935, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 146, 1935, p. 385 ss.

a utilizzare, in sua vece, la clausola di buona fede³⁶. Pertanto, l'ambito di applicazione del par. 242 BGB finiva per non essere più limitato al diritto delle obbligazioni, risultando esteso a tutti i casi in cui vi era "un qualsiasi rapporto giuridico tra le parti" nel senso di una *Sonderbeziehung*³⁷. Si coinvolgevano cioè il diritto di famiglia, il diritto dei beni³⁸ e financo il diritto pubblico: la norma doveva valere, come affermato da Siebert, nei confronti di "ogni diritto imperativo"³⁹.

Allo stesso tempo, il tribunale si allontanò dall'idea, in precedenza sostenuta da gran parte della dottrina, di considerare il par. 242 BGB un'eccezione, e spesso iniziò a intervenire d'ufficio. Tutto ciò, come abbiamo detto, portò il par. 826 BGB a giocare un ruolo sempre più di second'ordine, limitato alle ipotesi prive di una *Sonderbeziehung*. Anche perché tale norma, nonostante la sua applicazione fosse accompagnata dalla rinuncia all'*animus nocendi* e al danno cagionato, mantenne in qualche modo la sua connotazione soggettiva⁴⁰. E questa sua natura di disposizione più "stretta" rispetto al par. 242 BGB, caratterizzato invece dal riferimento a criteri meramente oggettivi, ben spiega a sua volta il continuo spostamento del baricentro applicativo verso la clausola di buona fede che, in fin dei conti, portò a poteri di intervento da parte del giudice quasi illimitati.

Per la dottrina del dopoguerra le riflessioni di Siebert rappresentarono⁴¹, e rappresentano tutt'ora⁴², un punto di riferimento centrale: senza aver mai veramente messo in discussione i fondamenti delle sue elaborazioni, essa seguì quasi incondizionatamente la teoria dei limiti interni, l'idea del par. 242 BGB quale disposizione di cui tener conto d'ufficio, nonché la sua connotazione oggettivistica. Del resto lo stesso Siebert continuò a fornire, attraverso i suoi contributi in un noto commentario al par. 242

36 Ad es. RG del 30 luglio 1936, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 152, 1937, p. 150 ss. e RG, 22 gennaio 1938, in *Juristische Wochenschrift*, 1938, p. 1023 ss.

37 RG, 24 marzo 1939, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 160, 1939, p. 348 ss.

38 Molto discussi, a tal proposito, i casi del "rapporto comunitario di vicinato" (*nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis*): ad es. RG, 16 giugno 1936, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 155, 1937, p. 154 ss.

39 W. SIEBERT, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, cit., p. 123 s. Ad es. RG, 16 giugno 1936, cit. e RG, 24 marzo 1939, cit.

40 RG, 16 giugno 1936, cit.

41 Ad es. A. BÖHLE-STAMMSCHRÄDER, *Sub Par. 242*, in *BGB-Erman Kommentar*, Köln, 1952, n. 7 s. e F. Wieacker, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des Par. 242 BGB*, Tübingen, 1956, pp. 26 e 46.

42 Per tutti H. HEINRICHS, *Sub Par. 242*, in *BGB-Palandt Kommentar*, 60. ed., München, 2001, n. 38.

BGB, il suo contributo al tema⁴³. In questo modo si rivelò fondamentale per la costruzione di una “sistematicità interna” (*Binnensystematik*) del par. 242 BGB, basata sull’individuazione di diversi “gruppi di casi” tipici (*Fallgruppen*) concernenti un “esercizio inammissibile del diritto”, ancora oggi fondamentale nelle discussioni in tema di abuso del diritto.

5 Abuso del diritto e ordine giuridico nazista

Wolfgang Siebert, come abbiamo detto il principale fautore della teoria dell’abuso del diritto nella versione tuttora prevalente, è stato un acceso sostenitore del nazismo, in prima fila nel cosiddetto rinnovamento del diritto secondo i dettami della dittatura⁴⁴. Non fu certo l’unico giurista di regime a mantenere posizioni di potere dopo la conclusione del secondo conflitto mondiale⁴⁵. Si trovò in buona compagnia, circondato da molti tra coloro i quali si erano occupati di edificare l’ordine economico nazista, non a caso assunto a punto di riferimento per l’ordine economico della Repubblica di Bonn: sul punto torneremo nella conclusione di questo lavoro.

Siebert fu un esponente di primo piano della *Kieler Schule*, la scuola di diritto nazista tra i cui esponenti si annoverano Karl Larenz e Franz Wieacker, oltre che membro dell’Accademia del diritto tedesco (*Akademie für Deutsches Recht*), cui il potere politico conferì l’incarico di supportare le riforme legislative nei più disparati settori dell’ordinamento, diritto dell’economia in testa⁴⁶. In quell’ambito si lavorò tra l’altro al *Volksgesetzbuch*, il “Codice civile popolare” che avrebbe dovuto sostituire il *Bürgerliches Gesetzbuch*, letteralmente “Codice civile borghese”, i cui lavori furono però interrotti al principio degli anni quaranta⁴⁷. Ebbene, proprio al tema dell’abuso del diritto l’articolato, pur ampiamente incompleto, dedica notevole spazio, il tutto sulla base di costruzioni che appaiono decisamente influenzate da Siebert.

Di questa influenza troviamo riscontro innanzi tutto nell’attrazione della figura entro l’orbita della buona fede, come evidenziato dalle disposizioni in tema di “abuso del diritto e limiti all’esercizio del diritto” (*Rechts-*

43 W. SIEBERT, *Sub Par. 242*, in *BGB-Soergel Kommentar*, 9. ed., Stuttgart, 1959, n. 24 ss.

44 Per tutti H.-P. HAFERKAMP, *Wolfgang Siebert*, in *Neue Deutsche Biographie*, vol. 24, Berlin, 2010, p. 325.

45 Già I. MÜLLER, *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, München, 1989.

46 Per tutti H. HATTENHAUER, *Die Akademie für Deutsches Recht*, in *Juristische Schulung*, 1986, p. 680 ss.

47 Ad es. M. STOLLEIS, *Voce Volksgesetzbuch*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. 5, Berlin, 1998, col. 990 ss.

mißbrauch und Grenzen der Rechtsausübung), collocate in apertura dell'articolato tra le "regole fondamentali per il Codice popolare" (*Grundregeln für das Volksgesetzbuch*). Lì si premette che "chiunque, nell'adempimento dei suoi doveri e nell'esercizio dei suoi diritti, deve rispettare la buona fede e il buon costume", e che "deve tenere doverosamente conto dei legittimi interessi del membro della comunità di popolo partecipante al traffico giuridico, ovunque preferendo il benessere della comunità alla propria utilità". Segue la precisazione che "l'abuso del diritto non riceve tutela giuridica" e che "è abusivo ogni esercizio del diritto che contrasta con la buona fede o il buon costume". Il tutto completato da una esemplificazione di questi assunti: "abusa di un diritto in particolare chi insiste nel richiedere il letterale adempimento di una obbligazione divenuta senza senso o senza scopo, chi fa valere una pretesa così tardi da porsi in contrasto in modo insopportabile con un suo precedente comportamento, chi in sede di esecuzione agisce con una durezza tale da essere confliggente grossolanamente con il sano sentimento popolare"⁴⁸.

Il nazismo, come l'esperienza fascista in genere, è stata perversione delle libertà politiche, al servizio della quale si è posto anche l'istituto dell'abuso del diritto, ad esempio per allineare il diritto delle persone e della famiglia alla politica razziale del regime e in particolare alla sua ispirazione antisemita⁴⁹. Peraltro fu tipico dell'esperienza fascista aver sacrificato le libertà politiche in funzione di una riforma delle libertà economiche, che la mano visibile dello Stato doveva presidiare al fine di prevenire e fronteggiare i fallimenti del mercato⁵⁰. Era, questo, il senso di una dottrina che fu chiamata ordoliberalismo per sottolinearne l'essenza: una commistione tra istanze liberatorie e istanze ordinarie nel senso precisato da una scuola di giuristi ed economisti che contribuì a definire le linee dell'economia nazista⁵¹.

In fin dei conti le formule elaborate dalla Pandettistica offrivano spunti per sviluppare entrambe le istanze, come si evince in particolare dalla tradizionale definizione di diritto soggettivo come "signoria della volontà

48 Cfr. i punti 18, 19 e 20 delle *Grundregeln für das Volksgesetzbuch des Grossdeutschen Reiches* (maggio 1941), in W. SCHUBERT (a cura di), *Volksgesetzbuch. Teilentwürfe, Arbeitsberichte und sonstige Materialien*, Berlin e New York, 1988, p. 46.

49 Esempi in G. DAHM, *Deutsches Recht*, Hamburg, 1944, p. 357.

50 Su questo rinviamo ad A. SOMMA, *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma, 2014, p. 49 ss.

51 F. BÖHM, W. EUCKEN e H. GROßMANN-DOERTH, *Unsere Aufgabe*, in F. BÖHM, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart e Berlin, 1937, p. I ss.

concessa dall'ordinamento giuridico"⁵². Era sufficiente porre l'accento su quest'ultimo aspetto per produrre costruzioni capaci di superare l'assolutezza del diritto nello stesso senso auspicato dalla letteratura italiana di epoca fascista. Anche quest'ultima non metteva in discussione l'esistenza del diritto soggettivo, ma attribuiva ai pubblici poteri il compito di ridurlo a funzione⁵³, ovvero di definirne il contenuto sulla base di valutazioni concernenti quanto si ritiene essere il motore del sistema economico: il coordinamento delle attività umane attraverso interventi incisivi e non il loro abbandono alle discrete cure della mano invisibile.

Da quanto appena riferito si comprende la veste retorica utilizzata dalla letteratura di epoca nazista per affrontare il tema dell'abuso del diritto, considerato alla luce di una caratteristica attribuita al diritto germanico, capace di differenziarlo dal diritto romano: se il secondo era divenuto lo strumento per esaltare la signoria dell'individuo e dunque il profilo dei diritti del singolo, il primo poneva invece l'accento sui doveri di questo nei confronti della collettività, cui sacrificare l'interesse individuale⁵⁴. Di qui l'assenza di una disposizione generale inclusa nel *Bürgerliches Gesetzbuch*, che tuttavia si sarebbe potuta ricavare dalle molte disposizioni che costituiscono una sua applicazione: prime fra tutte quelle, contenute anche in provvedimenti speciali di diritto civile e amministrativo, che disciplinano l'uso della proprietà produttiva e di quella abitativa⁵⁵.

Va da sé che, tra gli abusi del diritto colpiti dalla disciplina della proprietà produttiva, rientrano anche i comportamenti che alimentano la "lotta di classe": quindi le serrate, gli scioperi e i boicottaggi. Ma l'intero ordine economico è complessivamente governato dal principio per cui le condotte individuali sono riconosciute nella misura in cui perseguono finalità di ordine superindividuale, ovvero se contribuiscono al benessere collettivo: solo a queste condizioni un diritto astrattamente riconosciuto può essere concretamente esercitato⁵⁶.

Non è un caso se gli studiosi che elaborarono queste posizioni, e più in generale alimentarono il punto di vista ordoliberalista sulla disciplina del mercato, attraversarono indenni il crollo del nazismo e restarono protagonisti anche negli anni successivi la fine del secondo conflitto mondiale. Non è un caso giacché l'ordoliberalismo, in quanto teoria indifferente alle

52 B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 8. ed. a cura di T. Kipp, vol. 1, Frankfurt M., 1901, p. 131.

53 F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *Rivista italiana delle scienze giuridiche*, 1947, p. 93 (il lavoro si fonda su una relazione pronunciata dall'autore nel 1942).

54 Cfr. A. SOMMA, *Da Roma a Washington*, in P.G. MONATERI, T. GIARO e A. SOMMA, *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*, Roma, 2005, p. 194 ss.

55 Ad es. F. WIEACKER, *Bodenrecht*, Hamburg, 1938, p. 47 ss.

56 Cfr. K. LARENZ, *Vertrag und Unrecht*, vol. 1, 1937, p. 85 ss. e vol. 2, Hamburg, 1936, p. 43.

sorti della democrazia, ben può convivere con essa, alla sola condizione di contemplare un utilizzo del principio di concorrenza come strumento di direzione politica dell'ordine economico⁵⁷. E questo è esattamente ciò che è avvenuto e avviene tutt'ora anche grazie alla disciplina dell'abuso del diritto: ne parleremo in conclusione, dopo aver passato in rassegna la giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*, il vertice della giustizia civile nella Repubblica di Bonn prima, e nella Germania unita poi.

6 Gli orientamenti del *Bundesgerichtshof*: venire contra factum poprium e *Verwirkung*

Anche la giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*, sostanzialmente sulle orme di quella del *Reichsgericht*, fu profondamente influenzata dalle teorie formulate nel corso degli anni Trenta. Ciò emerse fin da subito, quando in una sentenza dei primissimi anni Cinquanta la Corte, con significativi richiami alla dottrina francese, fece diretto riferimento all'idea della "relatività del diritto" sostenuta da Siebert. E lo fece per affermare che "l'esercizio inammissibile del diritto è un agire senza o contro il diritto", e che "il contenuto di ogni diritto è limitato dai buoni costumi e dalla buona fede"⁵⁸.

A questo orientamento giurisprudenziale, in linea con una diffusa propensione dell'ordinamento tedesco al suo sviluppo per via giurisprudenziale (*richterliche Rechtsfortbildung*), non furono risparmiate critiche da parte della dottrina. Alcuni autori formulavano condanne definitive, rimproverando a Siebert di aver pervertito il sistema di tutela dei diritti individuali: lo vedremo fra breve. Altri autori puntavano più semplicemente a ricondurre il principio dell'inammissibilità del diritto a schemi ancorabili alla tradizione etico sociale e tecnico giuridica (*sozialethische und fachjuristische Tradition*). Fu questa la prospettiva scelta da un autore come Franz Wieacker, prima tra i principali esponenti della Scuola di Kiel e poi impegnato a prevenire che le corti decidessero secondo "un'equità del tutto arbitraria" (*willkürliches Billigkeitsstreben*)⁵⁹.

Per evitare questa deriva, Wieacker volle tipizzare la buona fede sulla base delle principali funzioni da essa svolte (*Funktionsschichten*), individuando tra esse una funzione suppletiva, a concretizzare ulteriormente le

57 Già L. MIKSCH, *Möglichkeiten und Grenzen der gebundenen Konkurrenz*, in G. SCHMÖLDERS (a cura di), *Der Wettbewerb als Mittel volkswirtschaftlicher Leistungssteigerung und Leistungsauslese*, Berlin, 1942, p. 102 ss.

58 BGH, 12 luglio 1951, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 3, 1951, p. 94 ss.: "la proposizione valevole per il diritto francese per cui *le droit cesse où l'abus commence* vale anche per il diritto tedesco".

59 F. WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung*, cit., p. 27.

diverse categorie già individuate da Siebert⁶⁰. Ancora oggi, sia in sede teorica sia in sede giurisprudenziale, si fa ampiamente riferimento a questa individuazione e concretizzazione, anche se non si è affermata, al riguardo, né una suddivisione, né una terminologia uniforme⁶¹.

A tal proposito, tra le ipotesi individuate dalle corti e poi elaborate in dottrina, rientra il divieto del *venire contra factum proprium*. Inteso dal *Reichsgericht* come il vero principio fondante l'*exceptio doli*⁶², l'ipotesi dell'esercizio di un diritto in contrasto con un precedente comportamento del suo titolare rappresenta una delle fattispecie centrali in cui generalmente viene ravvisato un abuso del diritto. Ciò a condizione che sia stato ingenerato un legittimo affidamento della controparte⁶³, o che vi siano state "altre particolari circostanze" da cui ricavare indizi di un esercizio del diritto contrario a buona fede⁶⁴, e sempre che la controparte, in virtù dell'affidamento, sia stata indotta a tenere un comportamento svantaggioso: di norma effettuando disposizioni patrimoniali, ma anche evitando di farlo, come nel caso in cui ometta di concludere un'assicurazione sulla vecchiaia nell'erronea convinzione che avrebbe percepito la pensione⁶⁵, o di intervenire per interrompere una prescrizione⁶⁶.

Sulla base di questi presupposti la Cassazione civile tedesca ha sostenuto una violazione del par. 242 BGB nel caso in cui la parte, intenzionata a trattenere la prestazione della controparte, si era appellata comunque alla nullità del contratto per sottrarsi alla propria obbligazione⁶⁷. E lo stesso dicasi per il caso del dipendente che, dopo essersi dimesso, sostiene l'inefficacia del licenziamento e chiede la continuazione del rapporto lavorativo⁶⁸. O per l'ipotesi in cui il locatore receda dal contratto di locazione in ragione di "necessità proprie" (*Eigenbedarf*), non sopravvenute ma note

60 Anche per Wieacker le riflessioni di Siebert rappresentarono un punto di riferimento essenziale: *Zur rechtstheoretischen Präzisierung*, cit., pp. 26, 27, 46.

61 H. HEINRICHS, *Sub Par. 242*, cit., n. 42.

62 RG del 30 maggio 1904, cit.

63 Ad es. BGH, 22 maggio 1985, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 94, 1985, p. 344 ss.

64 BGH, 5 giugno 1997, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, p. 3377 ss.

65 BGH, 3 febbraio 1982, in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1986, p. 732 ss.

66 BGH, 8 giugno 1978, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1978, p. 1975 ss e BGH, 10 maggio 1983, *ivi*, 1983, p. 2075 ss.

67 BGH, 20 gennaio 1954, in *Der Betrieb*, 1954, p. 150 ss.

68 BGH, 29 novembre 1965, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 44, 1966, p. 271 ss. e BGH, 8 novembre 1999, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, p. 1329 ss.

nel momento della conclusione del contratto⁶⁹.

In parte considerato un esempio applicativo tipico del divieto di *venire contra factum poprium*⁷⁰, e in parte considerata un'ipotesi a esso vicina⁷¹, viene poi in rilievo l'istituto della *Verwirkung*. Quest'ultima è intesa come inerzia nell'esercizio di un proprio diritto, o nella reazione alla sua violazione, per un determinato periodo di tempo (cd. *Zeitmoment*)⁷², tale da provocare nella controparte l'affidamento legittimo che il diritto non verrà più esercitato⁷³. Presupposto, quest'ultimo, escluso ad esempio nel caso in cui il debitore non conceda le informazioni necessarie in merito all'esistenza e all'entità della pretesa, causando così l'inerzia dell'avente diritto⁷⁴, o avrebbe dovuto riconoscere che l'avente diritto non era a conoscenza della sua pretesa⁷⁵.

La Cassazione civile tedesca ha ripetutamente affermato che il mero trascorrere del tempo non porta automaticamente a soddisfare l'ulteriore presupposto che condiziona la *Verwirkung*: l'aver tenuto un comportamento svantaggioso, ovvero, di norma, aver effettuato disposizioni patrimoniali tali da comportare uno "svantaggio irragionevole" (cd. *Umstandsmoment*)⁷⁶. Presupposto soddisfatto, per esempio, laddove la

69 Ad esempio BGH, 21 gennaio 2009, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2009, p. 1139 ss.; BGH, 13 aprile 2010, in *Wohnungswirtschaft und Mietrecht*, 2010, p. 575 ss.; BGH, 6 luglio 2010, *ivi*, 2010, p. 512 ss. e BGH, 20 marzo 2013, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2013, p. 1596 ss. Recentissima, ma negando un abuso del diritto, BGH, 4 febbraio 2015, *ivi*, 2015, p. 1087 ss.

70 Per tutti H. HEINRICHS, *Sub Par.* 242, cit., n. 87 e A. TEICHMANN, *Sub Par.* 242, cit., n. 332.

71 K. LARENZ E M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., p. 289. V. anche P. ROTH, *Sub Par.* 242, in *BGB-Münchener Kommentar*, vol. 2, München, 2003, n. 297, che discorre di uno sviluppo autonomo della *Verwirkung*.

72 L'elemento temporale non è precisamente determinabile, ma condizionato, tra l'altro, dal tipo di diritto considerato, dal grado di intensità dell'affidamento ingenerato, oltre che dalle circostanze del singolo caso: ad es. H. HEINRICHS, *Sub Par.* 242, cit., n. 93. Sulla delimitazione tra prescrizione (*Verjährung*) e *Verwirkung* - la prima *Einrede*, e quindi da tenere in considerazione solo nel caso in cui il soggetto se ne avvalga, la seconda *Einwendung* e quindi da considerare d'ufficio - v. ad es. A. TEICHMANN, *Sub Par.* 242, cit., n. 332 ss.

73 Ad es. BGH, 16 marzo 2007, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, p. 2183 ss. Quest'ultimo presupposto esclude la *Verwirkung* in merito a tutti quei diritti di cui la controparte non è l'unica a poter disporre, diritti, quindi, che tutelano la collettività, come ad esempio quelli riguardanti la concorrenza sleale: BGH, 7 novembre 2002, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2003, p. 628 ss.

74 BGH, 27 giugno 1957, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 25, 1958, p. 47 ss.

75 BGH, 5 settembre 1999, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, p. 140 ss. Recentemente anche BAG, 22 febbraio 2012, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2012, p. 1629 ss.

76 Da ultimo BGH, 23 gennaio 2014, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2014, 1230. Ma vedi già BGH, 20 luglio 2010, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2011, p. 212 ss. e BGH, 14 gennaio 2010, in *Baurecht*, 2010, p. 618 ss.

controparte rinunci a una possibile traslazione verso terzi dell'importo controverso⁷⁷, ovvero quando, di fronte alla richiesta successiva e tardiva di prestazioni alimentari, si vede costretta ad affrontare difficoltà economiche che si sarebbero altrimenti evitate⁷⁸.

7 (Segue) Acquisto e frustrazione sleale di una posizione giuridica e assenza di un interesse legittimo

Alle due ipotesi cui abbiamo fatto finora riferimento, si aggiungono ulteriori *Fallgruppen* che fungono da segnavia per la giurisprudenza nell'individuazione di un abuso del diritto nel caso concreto. Mentre l'eccezione dell'"acquisto sleale della propria posizione giuridica" (*unredlicher Erwerb der eigenen Rechtsstellung*), sviluppata sulla base dell'*exceptio doli preteriti* del diritto comune, riguarda la rivendicazione di un diritto da parte di un soggetto che l'ha acquisito in modo contrario alla legge o al contratto⁷⁹, quella della "frustrazione sleale di una posizione giuridica" (*unredliche Vereitelung einer Rechtsstellung*) riguarda il caso speculare, ovvero quello in cui il soggetto impedisce che la controparte possa acquisire determinati diritti.

Entrambe le ipotesi comprendono anche le azioni contrarie a buona fede che conducono alla creazione di presupposti tali da permettere l'esercizio di diritti all'interno di un rapporto regolarmente instaurato, così come le azioni anch'esse contrarie a buona fede che mirano a impedire l'esercizio di diritti esistenti sulla base di un rapporto regolarmente instauratosi. Sono le ipotesi in cui, ad esempio, non si possono far valere la mancata notifica da parte di chi l'ha ostacolata attraverso la rimozione della cassetta delle lettere⁸⁰, oppure determinati vizi di forma da parte di chi ha impedito la conclusione del contratto nella forma dovuta⁸¹.

77 BGH, 22 maggio 1997, in *Versicherungsrecht*, 1997, p. 1004 ss.

78 BGH, 13 gennaio 1988, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 103, 1988, p. 63 ss.

79 BGH, 6 ottobre 1971, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 57, 1972, p. 108 ss. Il comportamento del soggetto, dovendo essere causale per l'acquisto del diritto, non impedisce l'avanzamento delle pretese nel caso in cui l'acquisizione sarebbe avvenuta anche senza un comportamento contrario a buona fede: cfr. A. TEICHMANN, *Sub Par.* 242, cit., n. 281.

80 BGH, 3 novembre 1976, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 67, 1977, p. 271 ss. Anche BGH, 27 ottobre 1982, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1983, p. 929 ss. riguardante il rifiuto infondato di prendere in consegna una raccomandata.

81 Per F. WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung*, cit., p. 28 s. l'inammissibilità della domanda di far valere certi vizi di forma, essendo dovuta a un determinato compor-

Con riferimento alla validità di un contratto viziato nella forma, il *Bundesgerichtshof* ha affrontato il problema in una serie di casi riguardanti innanzi tutto contratti di compravendita di immobili. La formula utilizzata dalla Corte, secondo la quale il contratto è da ritenersi valido qualora il risultato della nullità sarebbe “del tutto insostenibile” (*schlechthin untragbar*) per la parte coinvolta⁸², può essere intesa in due modi: in senso socio economico, in quanto attiene a una “minaccia alla propria esistenza” (*Existenzgefährdung*)⁸³, oppure in senso morale, come ipotesi di “violazione particolarmente grave del principio di lealtà” (*besonders schwere Treuepflichtverletzung*)⁸⁴.

La dottrina, critica verso una formula troppo vaga e arbitraria perché priva di criteri precisi, propone in sua vece l’applicazione dei criteri del *venire contra factum proprium*, potendo così operare distinzioni sulla base del criterio della legittimità dell’affidamento della controparte⁸⁵. In tal modo la conoscenza da parte dell’acquirente della prescrizione di forma implica la consapevolezza circa il rischio inerente l’affidamento della mera “buona volontà” del venditore, e in quanto tale comporta l’esclusione del diritto all’adempimento⁸⁶. Diverso è invece il caso in cui l’acquirente era legittimato a fidarsi sul presupposto che il contratto non avrebbe necessitato una determinata forma, che può ad esempio discendere da un *gap* informativo tra le due parti: si pensi alla grande società la quale, nel momento della conclusione di un contratto richiedente il rogito notarile, induca l’altra parte, un *ex-impiegato*, a rinunciare alla forma prescritta richiamando la sua importanza e fama, oltre al fatto che in genere usa ritenere equivalente la scrittura privata⁸⁷.

Al di là delle ipotesi già riportate, abusa del suo diritto anche colui che sia privo di un “interesse proprio legittimo” (*berechtigtes Eigeninteresse*).

tamento precedente del soggetto, rappresenta un esempio applicativo del divieto di *venire contra factum proprium*.

82 Così già BGH, 27 ottobre 1967, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 48, 1968, p. 396 ss. Successivamente BGH, 5 maggio 1983, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1983, p. 2504 ss.; BGH, 20 settembre 1984, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 92, 1985, p. 164 ss. e BGH, 24 aprile 1998, *ivi*, 138, 1998, p. 339 ss.

83 V. già BGH, 18 febbraio 1955, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 16, 1955, p. 334 ss. e BGH del 5 febbraio 1957, *ivi*, 23, 1957, p. 249 ss. Più di recente BGH, 20 dicembre 2001, *ivi*, 149, 2002, p. 326 ss.

84 BGH, 5 maggio 1983, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 87, 1983, p. 237 ss.; BGH, 20 settembre 1984, *ivi*, 92, 1985, p. 164 ss. e BGH, 20 dicembre 2001, *cit.*

85 Così A. TEICHMANN, *Sub Par.* 242, *cit.*, n. 326 ss.

86 Stesso esito in BGH, 22 giugno 1973, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1973, p. 1455 ss.

87 BGH, 27 ottobre 1967, *cit.*

Un simile interesse può essere del tutto inesistente fin dal principio o cessare di esistere in seguito al raggiungimento dello scopo che il titolare dell'interesse si era prefisso. Questa fattispecie, che pur non comprendendo l'*animus nocendi* si avvicina molto al divieto di atti emulativi⁸⁸, si verifica ad esempio quando si fanno valere vizi della cosa nonostante essi non siano più esistenti perché già eliminati⁸⁹. Oppure qualora i fatti che hanno causato l'errore non siano più esistenti nel momento dell'impugnazione⁹⁰, o ancora quando dichiarazioni mendaci nei confronti dell'assicurazione vengano corrette prima che quest'ultima possa subire un danno⁹¹.

Se in simili ipotesi il creditore è immeritevole di tutela in modo assoluto, in altre esso può esserlo in termini relativi, da valutare attraverso un raffronto con gli interessi del debitore: occorre che l'esercizio del diritto provochi al creditore svantaggi o danni sproporzionati⁹², o che comunque la sua posizione risulti bisognosa di maggiore tutela.

La Cassazione tedesca ha affrontato quest'ultimo aspetto in una serie di casi concernenti l'esclusione, contrattualmente concordata, della compensazione. Si è ritenuto di non consentire di avvalersi di una tale previsione al creditore successivamente fallito⁹³, o al creditore nei cui confronti la controparte avanzi una pretesa risarcitoria per fatto illecito⁹⁴. La dottrina accoglie con favore l'orientamento giurisprudenziale per quest'ultima vicenda, ritenendolo giustificato dal fatto che rappresenta un'ipotesi molto vicina a quella dell'"acquisto sleale della propria posizione giuridica". È invece più critica nel caso del fallimento del creditore: l'esclusione contrattuale della compensazione, invero, sarebbe segno del fatto che il debitore, avendo voluto assumersi in tutta autonomia determinati rischi, ha rinunciato "a mettere al sicuro i propri interessi"⁹⁵.

Infine, nella categoria dell'interesse legittimo mancante, giurisprudenza e dottrina fanno rientrare anche l'ipotesi del cd. *dolo agit*: l'ipotesi in cui un soggetto richiede a un altro soggetto di effettuare una prestazione

88 A. TEICHMANN, *Sub Par. 242, cit.*, n. 291.

89 BGH, 22 febbraio 1984, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1984, p. 2287 ss.

90 BGH, 11 marzo 1992, in *Wertpapiermitteilungen*, 1983, p. 1055 ss. Anche BGH, 30 giugno 2000, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, p. 2894 ss.

91 BGH, 5 dicembre 2001, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, p. 518 ss.

92 Tale ipotesi può considerarsi espressione del principio di proporzionalità: BGH, 7 novembre 2002, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2003, p. 628 ss.

93 BGH, 6 marzo 1975, in *Wertpapiermitteilungen*, 1975, p. 614 ss.; BGH, 26 febbraio 1987, *ivi*, 1987, p. 732 ss. e BGH, 19 settembre 1988, in *Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport*, 1989, p. 1984 ss.

94 BGH, 15 febbraio 1978, in *Wertpapiermitteilungen*, 1978, p. 620 ss. V. anche BGH, 6 aprile 2011, *ivi*, 2011, p. 1870 ss.

95 Per tutti A. TEICHMANN, *Sub Par. 242, cit.*, n. 294.

che tuttavia, poco dopo, sarebbe tenuto a restituirgli perché quest'ultimo dispone di una contropotesa nei suoi confronti. L'eccezione del *dolo agit qui petit, quod stat redditurus est*, basata sull'idea dell'inammissibilità di pretese qualora manchi un interesse proprio "duraturo"⁹⁶, è applicabile a qualsiasi tipo di contropotesa: sia essa relativa a un diritto reale⁹⁷, a un adempimento contrattuale⁹⁸, a un risarcimento del danno⁹⁹ o a un arricchimento ingiustificato¹⁰⁰.

Il tutto, sia detto per inciso, a condizione che la contropotesa non sia relativa a un rapporto a prestazioni correlate (*Zug-um-Zug-Leistung*) che il richiedente si rifiuta di effettuare¹⁰¹. In tal senso la Cassazione tedesca ha affermato un esercizio abusivo del diritto per la richiesta di consegna, da parte del datore di lavoro, di copie di documenti dei cui originali egli stesso disponeva, al solo fine di mettere in difficoltà il lavoratore per la deduzione della prova¹⁰². Lo stesso si è deciso nel caso in cui l'avente diritto intendeva avvalersi di un debito fondiario rispetto al quale esisteva, da parte sua, l'obbligo di restituzione¹⁰³, o ancora nel caso in cui ci si voleva appellare alla nullità di una procura e il rappresentato era tenuto a conferirla¹⁰⁴.

Il panorama giurisprudenziale qui descritto conferma il ruolo indiscusso del par. 242 BGB, norma cardine nella lotta contro l'abuso del diritto, rispetto alla quale i parr. 826 e 226 BGB assumono un ruolo assolutamente secondario: il primo ha ben presto esaurito la sua funzione pratica, mentre le applicazioni del secondo da sempre devono cercarsi "con la lanterna"¹⁰⁵. Attraverso il riferimento alla buona fede le corti hanno comunque condotto a una nozione di *Rechtsmissbrauch* che va al di là delle ipotesi di abuso del

96 F. WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung*, cit., p. 29.

97 BGH, 21 maggio 1953, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 10, 1954, p. 69 ss.

98 BGH, 7 maggio 1974, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1974, p. 1651 ss.

99 BGH, 17 dicembre 1986, in *Wertpapiermitteilungen*, 1987, p. 349 ss.; BGH del 24 maggio 1976, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 66, 1977, p. 302 ss. e BGH, 3 dicembre 1991, *ivi*, 116, 1992, p. 200 ss.

100 BGH, 19 marzo 1973, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 56, 1971, p. 22 ss. e BGH, 28 maggio 1979, *ivi*, 74, 1980, p. 300 ss.

101 BGH, 24 ottobre 2003, in *Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport*, 2004, p. 229 ss.

102 BGH, 21 dicembre 1989, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 110, 1990, p. 30 ss. ove la Corte, oltre al par. 242, ricorre anche al par. 226 BGB.

103 BGH, 2 dicembre 1955, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 19, 1956, p. 205 ss. Anche BVerfG, 8 novembre 2004, in *Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport*, 2005, p. 500 ss.

104 BGH, 22 ottobre 2003, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, p. 62 ss.

105 B. VON FELDMANN, *Sub Par. 226*, cit., n. 1.

diritto in senso stretto. Il par. 242 BGB ha cioè assunto, anche al di fuori del campo dell'esecuzione dell'obbligazione in senso stretto, "il compito di giustificare un generale divieto di esercizio scorretto o intenzionalmente dannoso del diritto"¹⁰⁶.

8 Abuso del diritto, ordoliberalismo ed economia sociale di mercato

Quello dell'abuso del diritto è un tema tipicamente ordoliberale. È anzi il tema ordoliberale per antonomasia, costitutivo di un movimento nato per contrastare le concentrazioni di potere economico e per ritenere a tal fine che, sebbene rappresentassero per un verso un'attuazione della libertà contrattuale, ne costituivano per un altro un abuso, dunque un comportamento non tutelato dal diritto.

Dal punto di vista ordoliberale le concentrazioni di potere sono produttive di comportamenti antisistema: consentono agli operatori economici di esercitare forza centrifuga, ovvero di assecondare finalità che frustrano il libero incontro di domanda e offerta e dunque inceppano il funzionamento del meccanismo concorrenziale. Azzerare il potere economico significa allora spoliticizzare il mercato, costringere i suoi operatori a tenere i soli comportamenti che costituiscono reazioni automatiche ai suoi stimoli, con ciò "sincronizzando interessi individuali e interessi collettivi"¹⁰⁷. Di qui la tradizionale lotta, cui abbiamo appena fatto riferimento, contro i cartelli tra imprese e contro la tendenza, ben rappresentata nella giurisprudenza del *Reichsgericht*, a considerarli espressione di autonomia privata, in quanto tali non passibili di essere repressi dal diritto¹⁰⁸.

Nel merito, fin dagli anni Venti del secolo scorso, l'ordinamento tedesco si era dotato di una disciplina più o meno organica, che tuttavia mirava al controllo amministrativo e dunque politico sui cartelli, piuttosto che al loro divieto¹⁰⁹. Una disciplina che il regime nazista, fin da subito impegnato a edificare un'economia di guerra, modificò per amplificare i poteri di intervento del potere politico, che avrebbe anche potuto imporre la costituzione di cartelli ove ritenuta corrispondente "all'interesse del sistema

106 A. LAS CASAS, *Tratti essenziali del modello dell'abuso del diritto nei sistemi giuridici europei e nell'ordinamento comunitario* (luglio 2013), in www.comparazionedirittocivile.it, p. 24.

107 F. BÖHM, *Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung*, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1946, p. 147.

108 Ad es. F. BÖHM, *Das Reichsgericht und die Kartelle. Eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Kritik an dem Urteil des RG vom 4. Februar 1897*, in *Ordo*, 1948, p. 197 ss.

109 *Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen* del 2 novembre 1923.

economico e al benessere collettivo”¹¹⁰. Di qui la battaglia che gli ordoliberali condussero per ottenere, dopo il crollo del nazismo, un intervento del legislatore in linea con il proposito di contrastare le concentrazioni economiche in quanto tali.

Il tutto avveniva in un contesto decisamente favorevole a quelle concentrazioni, che sicuramente intralciavano le necessità dell’ordine economico eretto a sistema, ma che altrettanto sicuramente corrispondevano ai desiderata dei singoli operatori economici, comprensibilmente interessati a mettersi al riparo dalla concorrenza. E questi erano decisamente numerosi, come testimonia la circostanza che nei settori siderurgico, minerario, chimico e bancario le concentrazioni monopolistiche avevano assunto le medesime dimensioni registrate al principio dell’epoca weimariana¹¹¹.

La volontà di produrre una nuova disciplina sul presidio della concorrenza condusse a un disegno di legge che vide la luce verso la metà degli anni Cinquanta, quando il problema delle concentrazioni aveva assunto dimensioni incompatibili con l’inerzia dei pubblici poteri¹¹². Il disegno era incentrato sul divieto di ricorrere ai cartelli tra imprese e sul controllo delle concentrazioni e fusioni societarie, quindi appariva massimamente ispirato al credo ordoliberale. Nella relazione di accompagnamento il contrasto delle concentrazioni di potere economico veniva infatti considerato il presidio primo di un’economia di mercato, a sua volta ritenuta il miglior modo di assicurare un alto rendimento delle attività produttive e quindi un cospicuo benessere sociale, inteso come benessere dei consumatori elevati al rango di “conduttori della vita economica”¹¹³.

Se queste furono le premesse per l’emanazione di una disciplina sul contrasto delle limitazioni alla concorrenza, il risultato finale non appariva coerente, il tutto come esito di pressioni esercitate dagli interessi imprenditoriali organizzati. Nella seconda metà degli anni Cinquanta si giunse infatti alla Legge contro le limitazioni della concorrenza tutt’ora vigente¹¹⁴, un provvedimento fondato sull’idea che le limitazioni della concorrenza potevano ammettersi oltre l’ipotesi, ammessa da parte ordoliberale, dei cosiddetti “monopoli inevitabili”: quelli che favoriscono l’efficienza pro-

110 Par. 1 *Gesetz über die Errichtung von Zwangskartellen* del 15 luglio 1933.

111 Per tutti D.J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, Oxford, 2003, p. 266 ss.

112 Cfr. P. HÜTTENBERGER, *Wirtschaftsordnung und Interessenpolitik in der Kartellgesetzgebung der Bundesrepublik 1949-1957*, in *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, 1976, p. 287 ss.

113 *Amtliche Begründung zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen* del 17 febbraio 1954, in G. BRÜGGEMEIER, *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus*, vol. 2, Frankfurt M., 1979, p. 412 ss.

114 *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* del 27 luglio 1957.

duttiva o generano effetti di favore per i consumatori¹¹⁵. Se non altro, la valutazione delle limitazioni della concorrenza era stata concepita in modo tale da prevenire eccessive ingerenze della politica: il sistema di controllo del mercato è di tipo amministrativo, ma concepito con le modalità e le prerogative di un controllo giudiziale, secondo uno schema non del tutto distante da quello voluto dagli ordoliberali¹¹⁶.

Peraltro, dal punto di vista ordoliberalesimo, il contrasto dell'abuso del diritto non si esaurisce nel divieto dei cartelli o nel loro controllo. Questo, come abbiamo detto, è l'aspetto centrale, ma evidentemente non è l'unico: per il corretto funzionamento del meccanismo concorrenziale occorre che le condotte degli operatori economici complessivamente intese siano tali da incentivare o quantomeno assecondare il funzionamento della concorrenza¹¹⁷. Occorre cioè che siano condotte le quali, oltre a presidiare la moltiplicazione dell'offerta di beni e servizi, inducano relazioni corrette e trasparenti tra chi produce quei beni e quei servizi e chi li richiede: i consumatori, infatti, devono essere posti nelle condizioni di assolvere alla loro funzione di sistema, ovvero di selezionare in modo efficiente i beni e servizi immessi sul mercato¹¹⁸. E ciò è quanto viene incentivato da molti tra i precetti elaborati dalla giurisprudenza a partire dalle disposizioni del Codice civile tedesco, quella sull'esecuzione della prestazione secondo buona fede in testa, da cui ricavare il principio per cui l'ordinamento colpisce l'abuso del diritto.

Tutto ciò avviene sulla base di costruzioni che derivano dall'epoca nazista e che anzi sono state concepite da un nazista come Wolfgang Siebert. Di qui le riflessioni che hanno appassionato alcuni autori, impegnatisi nel tentativo di comprendere se questo comportava e comporta una sorta di fascistizzazione dell'attuale ordinamento privatistico tedesco¹¹⁹.

A ben vedere il tema rinvia a una tra le questioni più controverse, in Germania, tra i cultori del diritto e delle scienze sociali in genere: il segno politico dell'economia sociale di mercato (*soziale Marktwirtschaft*), la dottrina ritenuta una sorta di mito fondativo della rinata democrazia tedesca, i cui padri nobili furono i giuristi e gli economisti che al tempo della dittatura nazista elaborarono il credo ordoliberalesimo. Va da sé che per

115 Cfr. F.A. LUTZ, *Bemerkungen zum Monopolproblem*, in *Ordo*, 1949, p. 39.

116 Lo ammette per tutti W. EUCKEN, *Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung*, in *Ordo*, 1949, p. 68.

117 S. HABERL, *Riflessioni sparse sul divieto di discriminazione nel diritto dei contratti*, in *Politica del diritto*, 2011, p. 79 ss.

118 Cfr. A. SOMMA, *Razzismo economico e società dei consumi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2009, p. 447 ss.

119 Cfr. H.-P. HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmissbrauchslehre*, cit., p. 339 ss. In precedenza W. WEBER, *Sub Par 242*, in *BGB-Staudingers Kommentar*, Berlin, 1961, n. D 29.

la schiacciante maggioranza dei tedeschi l'ordoliberalismo non appare in alcun modo compromesso con la dittatura: al contrario, i suoi esponenti sarebbero stati in verità oppositori della dittatura, tutt'al più impegnati a limitarne i danni. E tuttavia non mancano ricostruzioni di tutt'altro segno¹²⁰, le quali possono a ben vedere fondarsi su numerosi riscontri¹²¹: primo fra tutti la circostanza che l'espressione "economia sociale di mercato" fu coniata da Alfred Müller-Armack, braccio destro di Ludwig Erhard, il Ministro dell'economia dell'Era Adenauer, come rivendicato dal diretto interessato e unanimemente riconosciuto¹²².

Ebbene, Müller-Armack fu un iscritto al partito nazista, nel quale militò fin dal 1933, servendo il regime da posizioni di rilievo nell'amministrazione dell'economia, oltre che un ammiratore di Mussolini e del suo sistema di potere¹²³. E coniò l'espressione "economia sociale di mercato" anche per l'ambiguità del termine, che i più ritengono infatti voglia alludere a un non meglio definito capitalismo dal volto umano. Tanto che Friedrich von Hayek ebbe a osservare: "non mi piace questo uso, anche se grazie a esso alcuni amici tedeschi sembrano riusciti a rendere appetibile a circoli più ampi il tipo di ordine sociale che difendo"¹²⁴.

La verità è che l'espressione coniata da Müller-Armack indica che l'economia di mercato in quanto tale è un istituzione sociale, capace di realizzare un'ottimale produzione e distribuzione della ricchezza. Il tutto nell'ambito di un ordine che concepisce bensì un intervento perequativo dei pubblici poteri, tuttavia solo nella misura necessaria e sufficiente a produrre pacificazione sociale e collaborazione tra capitale e lavoro: è, questo, un altro significato del riferimento al "sociale". A dimostrazione di come lo scioglimento dell'individuo nell'ordine sia un dato caratteristico dell'esperienza tedesca, anche e soprattutto con riferimento all'ordine concepito per il funzionamento del mercato concorrenziale: il diritto è chiamato a presidiarlo con i molteplici istituti di cui dispone, incluso il *Rechtsmißbrauch*, per trasformare la concorrenza in uno strumento di direzione politica dei comportamenti individuali.

120 Per tutti D. HASELBACH, *Autoritärer Liberalismus und Soziale Marktwirtschaft*, Baden-Baden, 1991 e R. PTAK, *Vom Ordoliberalismus zur Sozialen Marktwirtschaft*, Opladen, 2004.

121 Ricostruiti in A. SOMMA, *La dittatura dello spread*, cit., p. 19 ss.

122 A. MÜLLER-ARMACK, Voce *Soziale Marktwirtschaft*, in *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, vol. 9, Stuttgart, 1956, p. 392.

123 A. MÜLLER-ARMACK, *Entwicklungsgesetze des Kapitalismus. Ökonomische, geschichtstheoretische und soziologische Studien zur modernen Wirtschaftsverfassung*, Berlin, 1932.

124 F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà* (1973-79), Milano, 2000, p. 283, nt. 26.

