

## **Interesse legittimo e potestà: al di là della comprensione del diritto soggettivo**

Thiago Luís Santos SOMBRA\*

**RIASSUNTO:** Il dibattito intorno alla tutela della categoria dell'interesse legittimo ha stimolato diverse riflessioni nella dottrina e giurisprudenza, specialmente nella relazione tra il cittadino e la pubblica amministrazione. Però, rimangono ancora sconosciute in Brasile altre modalità di situazioni giuridiche soggettive capaci di promuovere una protezione contro diversi casi di affievolimento. In questo saggio, farò un'analisi dell'evoluzione della categoria dell'interesse legittimo in contrapposizione alla potestà nel Diritto Privato, senza l'impegno di promuovere un trapianto legale irragionevole, per dimostrare che sebbene il diritto soggettivo sia ancora la situazione giuridica più meritevole di tutela, ci sono anche altre situazioni tutelabili.

**PAROLE CHIAVI:** Interesse legittimo; potestà; diritto soggettivo; situazione giuridica soggettiva.

**SOMMARIO:** Introduzione; 1. Le premesse per una comprensione degli interessi legittimi e della potestà; 1.1. Confini della categoria degli interessi legittimi; 1.2. La potestà; 2. La distinzione da altri istituti di Diritto Privato; 2.1. Diritto potestativo e soggezione; 2.2. Le situazioni giuridiche soggettive e la crisi del diritto soggettivo; 3. Per una corretta applicazione della teoria degli interessi legittimi; 3.1. Gli interessi giuridicamente rilevanti per l'ordinamento; 3.2. Il danno ingiusto e la tutela resarcitoria; 4. Conclusione; 5. Bibliografia.

*TÍTULO: Interesse legítimo e potestade: para além da compreensão do direito subjetivo*

*RESUMO: O debate em torno da tutela da categoria do interesse legítimo estimulou reflexões diversas na doutrina e na jurisprudência, especialmente na relação entre o cidadão e a Administração Pública. No entanto, permanecem ainda desconhecidas no Brasil outras modalidades de situações jurídicas capazes de incrementar a qualidade da proteção dos interesses. Neste estudo, far-se-á uma análise da evolução da categoria do interesse legítimo em contraposição àquela da potestade no direito privado, sem o propósito de promover um transplante jurídico desarrazoado, para demonstrar que embora o direito subjetivo seja ainda a situação jurídica subjetiva mais merecedora de tutela, existem também outras situações tuteláveis.*

*PALAVRAS-CHAVE: Interesse legítimo; potestade; direito subjetivo; situação jurídica subjetiva.*

---

\* Professor de Direito Privado e Doutorando na Universidade de Brasília-UnB, Visiting Fellow da London School of Economics and Political Sciences, Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP, Pós-Graduado em Direito Privado pela Università degli Studi di Camerino-Itália, Procurador do Estado de São Paulo perante o Supremo Tribunal Federal. Per i commenti e critiche, dedico questo saggio a Caio Limongi Gasparini, Lorenzo Vettori e Lorenzo Cavalaglio. E-mail: thiagoluissombra@gmail.com.

*SUMÁRIO: Introdução; 1. As premissas para a compreensão do interesse legítimo e da potestade; 1.1. Confins da categoria dos interesses legítimos; 1.2. A potestade; 2. Distinção de outros institutos de direito privado; 2.1. Direito potestativo e sujeição; 2.2. As situações jurídicas subjetivas e a crise do direito subjetivo; 3. Para uma correta aplicação da teoria dos interesses legítimos; 3.1. Os interesses juridicamente relevantes para o ordenamento; 3.2. O dano injusto e a tutela ressarcitória; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.*

*ENGLISH TITLE: Legitimate Interest and Power: Beyond the Comprehension of Subjective Right*

*ABSTRACT: The debate concerning the protection of legitimate interests' category has stimulated many different approaches by doctrine and jurisprudence, especially in the relationship between citizen and public administration. Yet, in Brazil, there are some kind of legal categories in Private Law, which would be able to improve the quality of interests' protection, that are not well known or do not have a insightful reflection by authors. This article seeks at analyzing the evolution of some of those categories in Private Law, namely legitimate interest and power, without the commitment of promoting an unreasonable legal transplant. The conclusion will outline that although subjective rights still represents the most protected one, other categories also deserve protection in accordance to social values and cooperation in a democratic State.*

*KEYWORDS: Legitimate interests; power; subjective rights; subjective legal categories.*

*SUMMARY: Introduction; 1. The premisses for a comprehension of legitimate interests and power; 1.1. Limits of the category of legitimate interests; 1.2. Power; 2. The difference from other private law institutions; 2.1. Power and subjection; 2.2. Subjective legal situations and the crisis of subjective rights; 3. Towards a correct application of the theory of legitimate interests; 3.1. Legally relevant interests; 3.2. Unjust damage and protection through reparation; 4. Conclusion; 5. Bibliography.*

## **Introduzione**

Il dibattito intorno alla tutela della categoria degli interessi legittimi ha stimolato diverse riflessioni nella dottrina e giurisprudenza in Italia, specialmente nella relazione tra il cittadino e la Pubblica Amministrazione. Però, rimane ancora un dubbio sull'attualità della applicazione dell'interesse legittimo nel Diritto Privato, forse perché gli autori hanno preferito l'approccio del Diritto Pubblico<sup>1</sup>. Lina Bigliazzi Geri<sup>2</sup> fu la prima ad approfondire

---

<sup>1</sup> Magari perché la Costituzione italiana prevede nell'articolo 113 la tutela dell'interesse legittimo insieme ai diritti soggettivi, in una formula più ampia di tutela: Art. 113. Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale *dei diritti e degli interessi legittimi* dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.

<sup>2</sup> BIGLIAZZI, Lina Geri. *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1967.

gli studi nel ambito del Diritto Privato; dopo di lei il tema ha ricevuto un'analisi sul piano costituzionale (art. 24, comma 1, Costituzione Italiana)<sup>3</sup>, intorno ad un'idea solidaristica.

Però rimane un dubbio. Cosa c'entra lo studio dell'interesse legittimo nella prospettiva italiana con il Diritto Privato in Brasile? Ci troviamo davanti un'altra modalità di *legal transplants*, come domandano Günther Teubner<sup>4</sup> e Ugo Mattei<sup>5</sup>, oppure la figura dell'interesse legittimo può contribuire con un'altra prospettiva del Diritto Privato? Infatti, l'idea di fondo non riguarda propriamente un trapianto legale della figura dell'interesse legittimo in Brasile, come davanti a un complesso di Cenerentola<sup>6</sup>, ma neanche di una semplice riproduzione della gerarchia sistematica di strutture di potere, secondo la reazione degli autori del *Critical Legal Studies*<sup>7</sup>.

Il punto qui è capire se la trasformazione del profilo sociale che l'ordinamento italiano ha avuto in ordine a ammettere altre situazioni giuridiche soggettive diverse dai diritti soggettivi sia avvenuto anche in Brasile, sotto l'influenza della Costituzione Federale del 1988 e sul piano di un Diritto Comparato critico e adeguato alle nostre particolarità culturali e legali<sup>8</sup>. In questo saggio, farò l'analisi dell'evoluzione della categoria dell'interesse legittimo in contrapposizione alle situazioni di potestà davanti alla dottrina italiana, tuttavia nell'ambito esclusivo del Diritto Privato e con un occhio alla possibilità di analogo riferimento da parte del Diritto Privato in Brasile<sup>9</sup>.

Nella prima parte saranno analizzati il concetto e la delimitazione del segno teorico degli interessi legittimi, oltre ad approntare le premesse essenziali per la sua comprensione, soprattutto la distinzione da altri istituti come i diritti potestativi e diritti soggettivi. Il principale punto di riferimento sarà la considerazione della "crisi e dell'insufficienza dei

<sup>3</sup> ITALIA. Costituzione della Repubblica Italiana. Art. 24. Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. Disponibile nel sito: [http://www.governo.it/Governo/Costituzione/1\\_titolo1.html](http://www.governo.it/Governo/Costituzione/1_titolo1.html), accesso a 15.11.2015.

<sup>4</sup> TEUBNER, Günther. Legal irritants: good faith in British law or how unifying law ends up in new divergencies. *Modern Law Review*, vol. 61, 1998, p. 12-13.

<sup>5</sup> Per una migliore comprensione della figura del *legal transplants*, v. MATTEI, Ugo. Efficiency in legal transplants: An essay in comparative law and economics. *International Review of Law and Economics*, v. 14, n. 1, p. 3-19, 1994.

<sup>6</sup> La domanda è fatta anche da MATTEI, Ugo. Comparative law and Critical Legal Studies. In: ZIMMERMANN, Reinhard; REIMANN, Mathias (Orgs.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 819-820.

<sup>7</sup> KENNEDY, Duncan. Form and substance in private law adjudication. *Harvard Law Review*, vol. 89, 1976, p. 1700.

<sup>8</sup> Gargarella spiega che il modello liberale ha influenzato notevolmente la sfera privata, ma i recenti Costituzioni hanno portato nuovi valori sociali che hanno cambiato la realtà (GARGARELLA, Roberto. The constitution of inequality: constitutionalism in the Americas, 1776-1860. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2005, p. 19).

<sup>9</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro: a. 4, n. 1, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/08/Souza-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>. Data de acesso: 10.11.2015, p. 11.

diritti soggettivi” per tutelare le diverse situazioni giuridiche soggettive, in virtù della crescente trasformazione della funzione individualistica a fronte di un approccio sociale e solidaristico dell’ordinamento<sup>10</sup>.

Nonostante la concretizzazione teorica dell’istituto abbia acquistato forza con la sentenza n. 500/99 della Corte di Cassazione<sup>11</sup>, verranno esaminati nella seconda parte del saggio gli elementi considerati rilevanti alla tutela degli interessi legittimi in una relazione privata. Da questo punto di vista, merita riferimento all’interesse giuridicamente rilevante, inteso come quello collegato con un bene della vita e a causa di una valutazione e comparazione con altri in conflitto.

Alfine, sarà considerata la rilevanza del danno ingiusto per consolidare un sistema di responsabilità civile intesa nella sua unitarietà a fronte dell’articolo 2043 del Codice Civile italiano<sup>12</sup>, in cui gli interessi non patrimoniali o valori esistenziali, giuridicamente protetti, non possono rimanere privi di tutela. Mentre in Italia si sono trovati punti di protezione per altre situazioni giuridiche, come l’interesse legittimo e sono stati introdotti adattamenti nel sistema della responsabilità civile, in Brasile ancora si parla troppo di situazione protetta soltanto per la categoria dei diritti soggettivi.

## **1. Le premesse per una comprensione degli interessi legittimi e della potestà**

### **1.1. Confini della categoria degli interessi legittimi**

Anzitutto è necessario indagare se la sistematizzazione concettuale, che ha indotto a far uso della nozione d’interesse legittimo nel territorio privatistico, abbia qualche riflesso di natura pratica<sup>13</sup> oppure si tratti di uno svolgimento dogmatico illusorio. È vero che quando i civilisti scoprono che non tutti i rapporti tra privati sono informati dal principio della parità e dell’uguaglianza dei soggetti, vengono alla luce relazioni di autorità, di potere e anche di soggezione. Ma se in generale il Diritto Privato è concepito nell’idea di uguaglianza, è corretto chiedersi quale deve essere la misura di queste situazioni di potere, o quali sono le condizioni in cui si può identificare la relazione di autorità nell’ambito privatistico. La nota sentenza n.

<sup>10</sup> TOBEÑAS, Jose Castan. *Situaciones juridicas subjetivas*. Madrid: Reus, 1963, p. 45.

<sup>11</sup> ITALIA. Corte di Cassazione. Sezioni Unite Civili. Sentenza n. 500, 22 luglio 1999.

<sup>12</sup> ITALIA. Codice Civile. Art. 2043. Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno. Disponibile nel sito: <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>.

<sup>13</sup> RESCIGNO, Pietro. Gli interessi legittimi nel diritto privato. *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVI, 2000, parte prima, p. 885.

500, del 22 luglio 1999, delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione italiana, ha risposto alla questione collocandola nel prisma del diritto amministrativo, ma anche con alcuni riflessi nel diritto privato su cui ci soffermeremo nel prosieguo<sup>14</sup>.

Una volta, Perlingieri<sup>15</sup> ha affermato che il tema dell'interesse legittimo marca il passaggio dallo Stato di Diritto allo Stato Sociale di Diritto<sup>16</sup>, in particolare perché questo passaggio ha portato a concepire il superamento dell'individualismo, giacché il principio di solidarietà e correttezza permea lo Stato moderno di diritto. E, perciò, patrimonio e libertà sociale sono sempre un tema all'interno del quale si può invocare l'interesse legittimo. In fondo, come afferma Gambaro, "il problema che si dischiude dopo la sentenza in esame è anzitutto il destino del diritto civile dello Stato"<sup>17</sup>.

Infatti, gli interessi legittimi devono essere concepiti come situazioni giuridiche autonome che stabiliscono un collegamento causale con le situazioni di potere e autorità per limitare il loro esercizio non corretto<sup>18</sup>. Tra potestà ed interesse legittimo non c'è propriamente un conflitto, ma un collegamento che tende alla realizzazione dello stesso obiettivo: la correttezza, la diligenza, la solidarietà<sup>19</sup>. In altre parole, l'interesse legittimo viene definito come una situazione sostanziale di vantaggio inattiva inserita in un rapporto giuridico come strumento opposto ad una posizione attiva di potere o potestà, caratterizzata dalla discrezionalità del suo titolare<sup>20</sup>. Sullo stesso piano, Gazzoni ha chiarito "che nel diritto privato l'interesse legittimo si ravvisa nella situazione di chi è assoggettato al potere discrezionale di altro soggetto, senza essere a lui legato da un rapporto giuridico"<sup>21</sup>. Dunque, l'interesse legittimo si traduce in un concetto volto ad individuare una comunanza di interessi che si ferma all'esercizio del potere di scelta nell'ambito dei confini disegnati<sup>22</sup>.

---

<sup>14</sup> GAMBARO, Antonio. La sentenza n. 500 ed il diritto civile dello Stato. *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVI, 2000, parte prima, p. 362.

<sup>15</sup> PERLINGIERI, Pietro. Riflessioni sul danno risarcibile per lesione di interessi legittimi. *Rivista Giuridica del Molise e del Sanio*, quadrimestrale diretta, 2004, p. 115.

<sup>16</sup> Pensa così anche GAMBARO, Antonio. La sentenza n. 500, cit., p. 362.

<sup>17</sup> *Idem*, p. 377.

<sup>18</sup> SALVESTRONI, Umberto. Ingiustificata lesione di interessi legittimi e danno ingiusto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LVI, n. 1, marzo 2002, p. 24.

<sup>19</sup> CAVALAGLIO, Lorenzo. Il munus del Trustee tra Diritto canonico, common Law e civil Law. *Rivista Apollinaris*, LXXXVII, 1, 2014, 132-133.

<sup>20</sup> BIGLIAZZI, Lina Geri. *Contributo*, cit., p. 55; MOSCARINI, Lucio V. Attualità e delimitazione della categoria degli interessi legittimi. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, v. 62, n. 4, 2008, p. 1151-152.

<sup>21</sup> GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. 14 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 75.

<sup>22</sup> RESCIGNO, Pietro. Gli interessi, cit., p. 890.

Orbene, il punto di partenza della tutela dell'interesse legittimo seguito dalla sentenza n. 500 della Corte di Cassazione è rappresentato dell'ammessa risarcibilità di varie posizioni<sup>23</sup>, che del diritto soggettivo non avevano la consistenza, ma che la giurisprudenza di volta in volta, in forma sbagliata, elevava alla dignità del diritto soggettivo<sup>24</sup>, mascherando alcune situazioni. Invece di ammettere che la caratteristica del diritto soggettivo era incompatibile con alcune situazioni di protezione, la giurisprudenza italiana pose all'interno di esso tutti i casi di lesione di interessi rilevanti<sup>25</sup>. E lo fece sulla premessa che "il quadro delle situazioni giuridiche soggettive è stato tradizionalmente delineato nell'ambito della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, intesa come spartiacque invalicabile"<sup>26</sup>.

L'idea individualistica non comprese che le situazioni opposte alla potestà non potevano essere quelle di diritto soggettivo, i cui profili sono troppo diversi. Forse la principale ragione di questo modello riduzionista è l'eccessivo collegamento al modello liberale di Stato e al suo carattere incentrato solo sull'autonomia privata<sup>27</sup>. Pietro Barcellona ha osservato che "se si pensa, poi, che un interesse si intende direttamente protetto solo nella forma del diritto soggettivo, si capisce come e perché l'ingiustizia del danno venga equiparata senz'altro alla violazione di diritti soggettivi", e non più a diritti "relativi" come gli interessi legittimi<sup>28</sup>. E lo stesso sbaglio si verifica anche in Brasile, la cui dottrina, in generale, conosce soltanto le situazioni di tutela giuridica a fronte della lesione di diritti soggettivi. In realtà, l'approccio di Carlo Mazzù ci aiuta a capire meglio il problema:

"Lasciare privi di ogni tutela giuridica una serie di interessi, apprezzabili sul piano sociale, giuridico ed economico, ma che non sarebbero da considerare rilevanti da un punto di vista giuridico (secondo la dogmatica tradizionale), per il fatto di essere contrapposti

---

<sup>23</sup> BUSNELLI, Francesco Donato. Sulla sentenza n. 500/99 delle Sezioni Unite. *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVI, 2000, parte prima, p. 336. Per GAMBARO, "le tendenze incrementalistiche connaturate alla giurisprudenza spiegano il perché, la nostra, una volta abbandonato il caposaldo che confinava la tutela aquiliana a presidio dei soli diritti soggettivi assoluti, abbia superato con scioltezza anche l'ambito dei diritti soggettivi, offrendo tutela a situazioni giuridiche non configurabili in termini di diritto soggettivo, né assoluto né relativo, come nel caso della lesione arrecata ad un rapporto familiare di fatto (Cass. 28 marzo 1994), della lesione alla libera determinazione negoziale (Cass. 4 maggio 1982), ed ha infranto anche la barriera delle perdite puramente economiche, barriera che in altri sistemi europei ancora trattiene il dilagare della responsabilità civile". GAMBARO, Antonio. La sentenza n. 500, cit., p. 366.

<sup>24</sup> BIANCA, C. Massimo. Danno ingiusto, cit., p. 689; ITALIA. Corte di Cassazione. Sezioni Unite Civili. Sentenza n. 500, 22 luglio 1999.

<sup>25</sup> ALPA, Guido. *I principi generali*. Milano: Giuffrè, 1993, pp. 365-366.

<sup>26</sup> MAZZÙ, Carlo. Appunti per uno studio sistematico dell'interesse legittimo nel diritto privato. *Comparazione e Diritto Civile*, 2013, p. 7, Disponibile allo sito: [http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/mazzu\\_appunti.pdf](http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/mazzu_appunti.pdf), accesso 13.11.2015.

<sup>27</sup> Quindi, l'idea di libertà contrattuale fu impiegata nel senso di una politica in favore del individualismo, in una economia di *laissez faire*. Il caso *Lochner v. New York* fu uno dei primi esempi, come riferisce BURTON, Steven J. *Principles of contract law*. 2. ed. Minnesota: West Group, 2001, p. 207-208.

<sup>28</sup> BARCELLONA, Pietro; CAMARDI, Carmelita. *Diritto privato e società moderna*. Napoli: Jovene, 1996, p. 538.

a situazioni comunque di potere (come quella in cui versa il titolare di un diritto soggettivo), significherebbe, nella ricostruzione offerta dalla Bigliazzi Geri, quasi creare spazi vuoti di giustizia, in stridente contraddizione con i valori fondanti dell'intero sistema politico costituzionale"<sup>29</sup>.

Secondo la posizione tradizionale del Diritto Privato – soprattutto in Brasile - esisteva una tendenza a giudicare gli interessi contrapposti alle situazioni di potere irrilevanti da un punto di vista giuridico<sup>30</sup>. Cosicché “il potere privato restava libero e insuscettibile di controllo, col rischio di degenerare nell'arbitrio e nell'abuso”<sup>31</sup>. Insomma, i soggetti titolari di interessi contrapposti a situazioni di potestà si trovavano in una condizione di mera soggezione, non disponendo di strumenti giuridici per tutelare la loro posizione.

Infatti, correlativamente alla potestà, come potere-dovere, si verificano ipotesi in cui i soci<sup>32</sup>, i minori<sup>33</sup>, i parenti<sup>34</sup>, i coniugi<sup>35</sup> hanno protezione giuridica – senza avere bisogno di invocare il diritto soggettivo-, perché addirittura nel diritto civile ci sono anche altre situazioni giuridiche capaci di tutelarne la sfera giuridica<sup>36</sup>.

---

<sup>29</sup> MAZZÙ, Carlo. Appunti, cit., p. 7.

<sup>30</sup> Orlando Gomes fornisce l'analisi più approfondita di questa tradizione. Secondo Lei, “natural que o Código [1916] refletisse as aspirações dessa elite e se contivesse, do mesmo passo, no círculo da realidade subjacente que cristalizara costumes, convertendo-os em instituições jurídicas tradicionais. [...] Desse modo, os grupos dominantes da classe dirigente – a burguesia agrária e a burguesia mercantil – mantinham o país subdesenvolvido, porque essa era a condição de sobrevivência dos seus privilégios econômicos e da sua ascendência social no meio em que viviam. Por esse interesse fundamental explicam-se suas inclinações ideológicas. Para defendê-lo encontram no liberalismo econômico sua mais adequada racionalização” (GOMES, Orlando. *Raízes históricas do Código Civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 22, 26 e 27).

<sup>31</sup> MAZZÙ, Carlo. Appunti, cit., p. 7.

<sup>32</sup> ITALIA. Codice Civile. Art. 23. Annullamento e sospensione delle deliberazioni. Le deliberazioni dell'assemblea contrari alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto possono essere annullate su istanza degli organi dell'ente, di qualunque associato o del pubblico ministero.

Art. 25. Controllo sull'amministrazione delle fondazioni. L'autorità governativa esercita il controllo e la vigilanza sull'amministrazione delle fondazioni; provvede alla nomina e alla sostituzione degli amministratori o dei rappresentanti, quando le disposizioni contenute nell'atto di fondazione non possono attuarsi; annulla, sentiti gli amministratori, con provvedimento definitivo, le deliberazioni contrarie a norme imperative, all'atto di fondazione, all'ordine pubblico o al buon costume; può sciogliere l'amministrazione e nominare un commissario straordinario, qualora gli amministratori non agiscano in conformità dello statuto o dello scopo della fondazione o della legge.

<sup>33</sup> ITALIA. Codice Civile. Art. 334. Rimozione dall'amministrazione. Quando il patrimonio del minore è male amministrato, il tribunale può stabilire le condizioni a cui i genitori devono attenersi nell'amministrazione o può rimuovere entrambi o uno solo di essi dall'amministrazione stessa e privarli, in tutto o in parte, dell'usufrutto legale.

<sup>34</sup> ITALIA. Codice Civile. Art. 102. Persone che possono fare opposizione. I genitori e, in mancanza loro, gli altri ascendenti e i collaterali entro il terzo grado possono fare opposizione al matrimonio dei loro parenti per qualunque causa che osti alla sua celebrazione.

<sup>35</sup> ITALIA. Codice Civile. Art. 117. Matrimonio contratto con violazione degli articoli 84, 86, 87 e 88. Il matrimonio contratto con violazione degli articoli 86, 87 e 88 può essere impugnato dai coniugi, dagli ascendenti prossimi, dal pubblico ministero e da tutti coloro che abbiano per impugnarlo un interesse legittimo e attuale.

<sup>36</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Manuale*, cit., p. 68.

Così, ad esempio il collegio sindacale nelle società per azioni ha il potere di controllare l'attività degli amministratori<sup>37</sup> e il tutore ha il potere di amministrare i beni del minore<sup>38</sup>. Ci sono altri casi, come sempre a titolo esemplificativo il tutore, che investe il denaro che deve amministrare in titoli obbligazionari “o in depositi bancari (art. 1834 ss. c.c) senza tener conto della svalutazione monetaria, sì che il minore, raggiungendo la maggiore età, entra in possesso di una somma con potere di acquisto molto ridotto rispetto a quello che aveva al momento del deposito”<sup>39</sup>. Oppure nel caso della nullità del secondo matrimonio (art. 124), quando il soggetto che abbia interesse alla validità di un acquisto compiuto in regime di comunione dei beni, o di promessa al pubblico, di donazione e di concessione abusiva del credito<sup>40</sup>. Insomma, si tratta di situazioni in cui si verificano interessi creditorî, morali, familiari o esistenziali. Anche in Brasile ci sono degli ipotesi in cui diritto soggettivo e interesse legittimo vengono collegati, come nel Recurso Especial 678.371/MG:

“Direito civil. Registros Públicos. Recurso especial. Dúvida suscitada. Interesse legítimo de terceiro. Impugnação fundamentada. Remessa às vias ordinárias.

- Se remanesce a dúvida, por meio de impugnação fundamentada de legítimo interessado – detentor de possível fideicomisso, averbado de ofício por oficial do registro imobiliário competente, de imóvel em relação ao qual foi requerido posteriormente registro de doação pelos requerentes de retificação –, deve o Juiz remeter os interessados às vias ordinárias, em que a contenciosidade permite amplo debate acerca dos direitos subjetivos em contraposição.

- Ora, sem a ampla defesa e o contraditório do detentor de interesse legítimo, não remanesce possibilidade alguma de levar-se adiante a dúvida suscitada, tão-só pela via administrativa, que se torna perigosamente nociva àquele que sequer foi citado para a lide, permitindo-se que o procedimento de jurisdição voluntária seja equivocadamente utilizado em detrimento do possível direito de terceiro.

---

<sup>37</sup> ITALIA. Codice Civile. Art. 2403. Doveri del collegio sindacale. Il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento. L'esempio è citato anche da RESCIGNO, Pietro. Gli interessi legittimi nel diritto privato. *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVI, 2000, parte prima, p. 893.

<sup>38</sup> ITALIA. Codice Civile. Art. 357. Funzioni del tutore. Il tutore ha la cura della persona del minore, lo rappresenta in tutti gli atti civili e ne amministra i beni.

<sup>39</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile*, cit., pp. 661-662.

<sup>40</sup> OPPO, Giorgio. Novità e interrogativi in tema di tutela degli interessi legittimi. *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVI, 2000, parte prima, p. 397.

Recurso especial provido<sup>41</sup>.

Come ancora ci ricorda Moscarini, si può parlare della “figura degli interessi legittimi anche nella disciplina del divieto degli atti emulativi che, com’è generalmente ritenuto, attiene al contenuto del diritto di proprietà e alla sua delimitazione con lo strumento dell’abuso”<sup>42</sup>. Finora, gli stessi esempi che in Italia hanno ricevuto protezione nella prospettiva dell’interesse legittimo esistono anche nell’ordinamento brasiliano, però su un altro piano, troppo vicino al profilo tradizionale della dogmatica privatistica. Se si pensa ancora una volta agli atti emulativi, l’articolo 1228, §2.º, nel Codice Civile brasiliano<sup>43</sup> fornisce una disciplina molto simile a quella riferita da Moscarini, però protetta nella misura del diritto soggettivo assoluto alla proprietà<sup>44</sup>. D’altra parte, i poteri di amministrazione dei beni della società<sup>45</sup>, dei minori e degli incapace da parte dei genitori<sup>46</sup>, curatori o tutori hanno uguale struttura in Brasile e in Italia, ossia, i titolari hanno il potere-dovere di ben amministrare i beni del soggetto incapace<sup>47</sup>. In realtà, si può ricondurre il dibattito su un paio di situazioni giuridiche che in Brasile e in Italia<sup>48</sup> hanno un profilo sociale molto simile, ma che tuttavia hanno ricevuto nell’ultimo paese un approccio più dinamico e attuale.

---

<sup>41</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 678.371/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrigui, Terceira Turma, DJe 03.11.2008.

<sup>42</sup> MOSCARINI, Lucio V. *Attualità*, cit., p. 1153.

<sup>43</sup> BRASIL. Código Civil. Lei 10.406/02. Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

<sup>44</sup> È lo si inferisce del Recurso Especial 1.233.852/RS: “1. O art. 1.229 do CC/02 estabelece que a propriedade do solo abrange a do subsolo correspondente. A segunda parte do dispositivo legal, porém, limita o alcance desse subsolo a uma profundidade útil ao seu aproveitamento, impedindo o proprietário de se opor a atividades que sejam realizadas por terceiros a uma fundura tal que não tenha ele interesse legítimo em impedi-la. O legislador adotou o critério da utilidade como parâmetro definidor da propriedade do subsolo, limitando-a ao proveito normal e atual que pode proporcionar, conforme as possibilidades técnicas então existentes” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.233.852/RS. Relator: Ministra Nancy Andrigui, Terceira Turma, DJe 01.02.2012).

<sup>45</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1377908/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. DJe 01.07.2013.

<sup>46</sup> RUSCELLO, Francesco. *Il Codice Civile: la potestà dei genitori, usufrutto legale*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 44.

<sup>47</sup> BRASIL. Código Civil. Lei 10.406/02. Art. 1.689. O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar: I - são usufrutuários dos bens dos filhos; II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade. In questo senso, il Superior Tribunal de Justiça ha deciso che gli incapace hanno interesse legittimo nella definizione della competenza intorno al processo di guarda e curatela (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência 109.840/PE. Relatora: Ministra Nancy Andrigui, Segunda Seção, DJe 16.02.2011).

<sup>48</sup> Per esempio, art. 1.976, 1.522, 68, 1011, 1740, 1747 del Codice Civile brasiliano.

## 1.2. La potestà

A fronte degli interessi legittimi ci sono situazioni ibride di diritto-dovere conosciute come potestà<sup>49</sup> – comuni nella attività della Pubblica Amministrazione. Nei casi di potestà, il fondamento dell'attribuzione del potere è il dovere di bene esercitarlo<sup>50</sup>. Non è un'attività libera, arbitraria, ma essenziale all'interesse legittimo altrui, di un terzo o della collettività. Insomma, dinanzi al potere-dovere (potestà), l'ordinamento assicura al soggetto passivo la tutela dell'interesse legittimo secondo i principi della correttezza e della solidarietà<sup>51</sup>.

Si può dire anche che un'altra distinzione tra potestà e diritto soggettivo attiene al fatto che, in quest'ultimo, il titolare non ha necessariamente un dovere di esercitarlo; non deve primariamente preoccuparsi della soddisfazione di un interesse altrui<sup>52</sup>.

In termini di esercizio di un potere-dovere (potestà) si può discutere ancora sul controllo giudiziale (abuso di potere). Senza un controllo giudiziale effettivo sul potere-dovere, il dibattito relativo agli interessi legittimi e alle potestà svanirà. L'indagine di diritto positivo è dunque diretta ad individuare la misura del controllo affidato al giudice sull'esercizio di potere e dovere per i soggetti, prerogative che la coscienza sociale, la giurisprudenza e i codici considerano possibili.

L'interferenza del potere giuridico altrui nella sfera patrimoniale implica che qualsiasi sconfinamento dai limiti assegnati al potere viene a ledere il tessuto vivo degli interessi giuridici che stanno a fondamento della sfera asservita. Per ciò stesso, il titolare del potere è gravato dal divieto di oltrepassare la frontiera fissata nell'esercizio del suo potere. Se viola tale divieto si rende responsabile del danno ingiusto cagionato dal suo comportamento all'interesse legittimo protetto del soggetto passivo<sup>53</sup>.

Deve ritenersi che i soggetti attivi sono tenuti all'osservanza di un principio di correttezza– che in Brasile sarebbe qualcosa di simile all'idea di buona fede oggettiva-, che riguarda l'esercizio delle loro potestà<sup>54</sup>. In realtà, le regole della correttezza e della buona fede sono

---

<sup>49</sup> Secondo Santoro-Passarelli, “a questa supremazia, che può chiamarsi potestà, fa riscontro dall'atro lato del rapporto non un obbligo, ma una mera soggezione, poiché il soggetto è veramente passivo, subisce le conseguenze della potestà (SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 5. ed. Napoli: Jovene, 1957, p. 55).

<sup>50</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto*, cit., p. 659.

<sup>51</sup> SCOGNAMIGLIO, Renato. In tema, cit., p. 625.

<sup>52</sup> TOBEÑAS, Jose Castan. *Situaciones*, cit., p. 15

<sup>53</sup> BARCELLONA, Pietro; CAMARDI, Carmelita. *Diritto privato*, cit., p. 538.

<sup>54</sup> BUSNELLI, Francesco Donato. Sulla sentenza, cit., p. 341.

destinate ad operare come limite interno all'esercizio della potestà<sup>55</sup>. E se il soggetto ignora questi limiti, cagiona una lesione ingiusta che comporterà una reazione del soggetto passivo o di un terzo per rimuovere l'ingerenza lesiva. Si può dire, dunque, che il concetto di danno ingiusto e interesse rilevante per l'ordinamento sono due premesse molto importanti per comprendere la relazione tra interesse legittimo e potestà. E' condivisibile quanto osservato Pietro Barcellona:

“Il superamento del principio della colpa come fondamento unitario della responsabilità e l'allargamento dell'area del danno risarcibile, invece, esprimono la tendenza della moderna dottrina civilistica e il tentativo di adeguare il sistema ai principi di solidarietà sociale previsti dalla stessa Carta Costituzionale”<sup>56</sup>.

Qui, la violazione dello scopo o della regola di esercizio del potere-dovere è perseguibile come violazione dell'interesse legittimo, essendo insufficiente la menzione della correttezza oppure della buona fede, se si pensa comunque all'ordinamento brasiliano.

## **2. La distinzione da altri istituti di Diritto Privato**

### **2.1. Diritto potestativo e soggezione**

Diversi dal concetto di “potestà” ed “interesse legittimo” è le definizioni di “diritto potestativo” e “soggezione”. Anzitutto, ambedue sono situazioni giuridiche soggettive – una attiva, l'altra passiva -, ma si distinguono nettamente dall'interesse legittimo e dalla potestà, come sottolineano alcuni autori come Perlingieri<sup>57</sup>.

Il diritto potestativo assicura al suo titolare il potere di provocare unilateralmente una vicenda giuridica sfavorevole per un altro soggetto<sup>58</sup>. Per questo è chiamato anche potere formativo, addirittura “il titolare può da solo costituire, modificare o estinguere una

---

<sup>55</sup> STEFANO, Rodotà. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 147; TEUBNER, Gunther. *Legal irritants*, cit., p. 20; GALLO, Paolo. *Contratto e Buona Fede: buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*. Torino: UTET, 2009, p. 404; ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon. *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 24; SOMBRA, Thiago Luis Santos. *Adimplemento contratual e cooperação do credor*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 115-116.

<sup>56</sup> BARCELLONA, Pietro; CAMARDI, Carmelita. *Diritto privato*, cit., p. 539.

<sup>57</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Manuale*, cit., pp. 65-69.

<sup>58</sup> SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali*, cit., p. 56.

situazione soggettiva, nonostante ciò significhi invasione della sfera giuridica di altro soggetto, impossibilitato ad evitare, in termini giuridici, l'esercizio del potere<sup>59</sup>.

Dall'altra parte, la situazione soggettiva passiva opposta è denominata soggezione, perché il soggetto non può ostacolare l'attività del titolare del diritto potestativo, anche se l'effetto fosse a lui sfavorevole<sup>60</sup>. Entrambi sono situazioni di potere, però mentre la potestà richiede il dovere di bene esercitare il potere, il diritto potestativo non ha una misura di controllo così forte.

## 2.2. Le situazioni giuridiche soggettive e la crisi del diritto soggettivo

Occorre spiegare, come fece Perlingieri, che un interesse tutelato dall'ordinamento non è fine a se stesso<sup>61</sup>, specialmente perché le situazioni favorevoli non possono essere considerate isolatamente. È persino troppo palese il disagio dei giudicanti nella ricerca di un criterio di selezione all'interno di tutti gli interessi protetti e nella individuazione di un solido criterio di distinzione degli interessi legittimi dai diritti soggettivi. Del pari è evidente il rischio di inversione logica che si corre spostando tale criterio differenziale sulla tutela risarcitoria<sup>62</sup>. In questo senso, Perlingieri ha segnalato che:

“Nell'ordinamento moderno, l'interesse è tutelato in quanto rispondente non soltanto all'interesse del titolare, ma anche a quello della collettività. Nella maggior parte delle ipotesi l'interesse dà luogo ad una situazione soggettiva complessa, composta tanto di poteri quanto di doveri, obblighi, oneri. In questa prospettiva s'inquadra la crisi del diritto soggettivo: mentre questo è nato per esprimere un interesse individuale ed egoistico, la 'complessità delle situazioni soggettive – per la quale in ogni situazione sono presenti momento di potere e di dovere, sí che la distinzione tra situazioni attive e passive non va intesa in senso assoluto – esprime la configurazione solidaristica del nostro ordinamento costituzionale’ ”<sup>63</sup>.

Infatti, si può senza dubbio affermare che il diritto soggettivo ha perso parte del suo ruolo centrale di tutela delle persone in virtù di altre categorie<sup>64</sup> – come l'interesse legittimo-, individuate secondo il tipo di interesse da tutelare ed il bilanciamento di valore da

---

<sup>59</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto*, cit., p. 646.

<sup>60</sup> TOBEÑAS, Jose Castan. *Situaciones*, cit., p. 135, 138.

<sup>61</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto*, cit., p. 638.

<sup>62</sup> MOSCARINI, Lucio V. *Attualità*, cit., p. 1154.

<sup>63</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto*, cit., p. 638-639.

realizzare<sup>65</sup>. Questo è denominato da Perlingieri “processo di erosione del diritto soggettivo” inteso quale criterio di selezione dei danni risarcibili in virtù di un fatto illecito<sup>66</sup>. La nozione dell’illecito e la lettura tradizionale dell’art. 2043 del Codice Civile italiano, quale lesione di diritti soggettivi, rappresentarono un pesante ostacolo al riconoscimento della tutela degli interessi legittimi<sup>67</sup>, come si è visto anche in Brasile quando sono analizzate le situazioni di potestà unitamente ai diritti soggettivi<sup>68</sup>.

Il diritto soggettivo ha perso un po’ delle sue caratteristiche tradizionali, e la sua definizione storica nel nostro tempo è diventata un giudizio di fatto etico, o un giudizio di fatto sociologico, per cui diventa un concetto operativo di relazione individualistica tra il soggetto e l’ordinamento, in un rapporto di tensione tra le due polarità fondamentali dell’esperienza giuridica<sup>69</sup>.

Diciamo invece che con la “*crisi del diritto soggettivo*” – come potere riconosciuto dall’ordinamento a un soggetto per realizzare il proprio interesse -, l’aspetto dinamico e complesso, denominato situazione giuridica soggettiva, merita un’altra riflessione<sup>70</sup>. Questo perché, le situazioni giuridiche soggettive devono essere intese come ipotesi formulate secondo un concetto di durata, dinamicità, di continuo riferimento per la qualificazione di una pluralità di comportamenti - dovere, onere, potere, aspettative, diritti soggettivi e obbligazioni<sup>71</sup>. Si realizzano, poi, sul piano dell’ordinamento una serie di posizioni garantite non riconducibili esclusivamente allo schema del diritto soggettivo e tuttavia meritevoli di essere tutelate, ove la relazione privata si rivela come rapporto paritario o non<sup>72</sup>.

<sup>64</sup> ROUBIER, Paul. *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963, p. 69-70, 78.

<sup>65</sup> TOBEÑAS, Jose Castan. *Situaciones*, cit., p. 46-47.

<sup>66</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Manuale*, cit., p.70. In opposizione a Perlingieri, v. TOBEÑAS, Jose Castan. *Situaciones*, cit., p. 8-9.

<sup>67</sup> ITALIA. Corte di Cassazione. Sezioni Unite Civili. Sentenza n. 500, 22 luglio 1999.

<sup>68</sup> BRASIL. Código Civil de 2002. Lei 10.406/02. Art. 1.229. A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las.

Art. 1.452. Constitui-se o penhor de direito mediante instrumento público ou particular, registrado no Registro de Títulos e Documentos. Parágrafo único. O titular de direito empenhado deverá entregar ao credor pignoratício os documentos comprobatórios desse direito, salvo se tiver interesse legítimo em conservá-los.

<sup>69</sup> GABRIELLI, Enrico. *Appunti*, cit., p. 986.

<sup>70</sup> SOMBRA, Thiago Luis Santos. *Adimplemento*, cit., p. 48.

<sup>71</sup> Per FALZEA, “potrebbe essere giunto il momento di ripensare l’intera problematica delle situazioni soggettive, elaborando due categorie sistematiche contrapposte nelle quali confluiscono, da un verso tutte le situazioni giuridiche attive e dal verso opposto tutte le situazioni giuridiche passive, e riconducendo alla dinamica dei rapporti, di concordanza, o di confliggenza, la molteplicità delle forme con cui le rispettive figure situazionali si vanno atteggiando nella realtà”. FALZEA, Angelo. *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*. *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVI, 2000, parte prima, p. 684.

<sup>72</sup> RESCIGNO, Pietro. *Gli interessi*, cit., p. 892.

### 3. Per una corretta applicazione della teoria degli interessi legittimi

#### 3.1. Gli interessi giuridicamente rilevanti per l'ordinamento

Un primo quesito presentato dalla dottrina e anche dalla giurisprudenza riguarda la distinzione tra qualunque interesse e interesse al “bene della vita”, chiamato interesse legittimo. La Corte di Cassazione italiana, nella sentenza 500<sup>73</sup>, li distingueva distinti, identificando il secondo come interesse rilevante secondo l'ordinamento. Tuttavia ha affermato anche che la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria ma non sufficiente per accedere alla tutela risarcitoria<sup>74</sup>. Prima facie, questo sembra un po' astratto e senza una logica ragionevole.

Ma per conservare l'autonomia categoriale dell'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo<sup>75</sup>, si potrebbe pensare di porlo in relazione con un “bene della vita”, però sempre quando si trova di fronte a una potestà esercitata al di là dei suoi limiti<sup>76</sup>. Tale interesse può essere qualificato protetto solo quando, dal piano della previsione astratta, si scende al piano concreto, sul quale gli interessi esistono<sup>77</sup>.

Per la Corte di Cassazione, “bene della vita” non è qualsiasi oggetto che soddisfi una qualunque aspirazione di un qualunque soggetto; meno che mai il termine può essere assunto in un senso simile dal diritto<sup>78</sup>. È un oggetto che merita nella sua appartenenza un giudizio favorevole nel quale concorre la valutazione etica e sociale<sup>79</sup>.

Certo è, comunque, che la sentenza n. 500/99 della Corte di Cassazione con molta chiarezza tiene ad affermare che la comparazione degli interessi in conflitto e la valutazione dell'interesse leso non sono rimesse alla discrezionalità del giudice, ma vanno condotte alla stregua del diritto positivo e degli aspetti sociali, al fine di accertare se, e con quale consistenza e intensità, l'ordinamento assicuri tutela all'interesse del

<sup>73</sup> ITALIA. Corte di Cassazione. Sezioni Unite Civili. Sentenza n. 500, 22 luglio 1999.

<sup>74</sup> CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2006, p. 211-212.

<sup>75</sup> Secondo Scognamiglio, “si deve rigettare senz'altro la obiezione radicale, ed in certo senso più suggestiva, che nega agli interessi legittimi ogni rilevanza sostanziale”. SCOGNAMIGLIO, Renato. In tema, cit., p. 629.

<sup>76</sup> OPPO, Giorgio. Novità e interrogativi in tema di tutela degli interessi legittimi. *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVI, 2000, p. 396.

<sup>77</sup> ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile: storia, fonti, interpretazione*. Vol. I. Milano: Giuffrè, 2000, p. 944.

<sup>78</sup> CASTRONOVO, Carlo. *La nuova*, cit., p. 211.

<sup>79</sup> OPPO, Giorgio. Novità e interrogativi, cit., p. 391.

danneggiato non come norma secondaria<sup>80</sup>. Due sono le premesse della sentenza n. 500, però soltanto la seconda sarà analizzata in questo saggio:

“a) il peculiare assetto del sistema di riparto della giurisdizione nei confronti degli atti della Pubblica Amministrazione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, incentrato sulla dicotomia diritto soggettivo-interesse legittimo e caratterizzato dall’attribuzione ai due giudici di diverse tecniche di tutela [...]; b) *la tradizionale interpretazione dell’art. 2.043 c.c., nel senso che costituisce ‘danno ingiusto’ soltanto la lesione di un diritto soggettivo, sul rilievo che l’ingiustizia del danno, che l’art. 2.043 c.c. assume quale componente essenziale della fattispecie della responsabilità civile, va intesa nella duplice accezione di danno prodotto non jure e contra jus [...]*”<sup>81</sup>.

Non si può stabilire *a priori*, quali siano tutti gli interessi meritevoli di tutela, neanche nella prospettiva dell’art. 2043 del Codice Civile italiano o del Codice Civile brasiliano. Per questo il giudizio sull’ingiustizia del danno è atipico e configurato come un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, cioè dell’interesse effettivo in capo al soggetto che si afferma danneggiato e dell’interesse che il comportamento lesivo dell’autore del fatto è volto a perseguire<sup>82</sup>.

Si pone, però, un problema di selezione degli interessi in gioco e pertanto la difficoltà di individuare idonei criteri selettivi. E il compito della dottrina, perciò, è offrire alla giurisprudenza indicazioni costruttive e criteri operativi per adeguare l’applicazione della regola dell’ingiustizia del danno ad un sistema normativo e giurisprudenziale in continua evoluzione, ma senza mai frustrare la base normativa di tale regola.

### 3.2. Il danno ingiusto e la tutela resarcitoria

---

<sup>80</sup> CASTRONOVO, Carlo. *La nuova*, cit., p. 211. Per Sconamiglio, “un rilievo ben maggiore assume di nuovo l’atteggiamento in tema di responsabilità civile del vigente codice; in quanto nella disposizione generale dell’art. 2.043 qualifica, con espressione ampia e comprensiva, come ‘ingiusto’ il danno risarcibile” (SCOGNAMIGLIO, Renato. In tema, cit., p. 624).

<sup>81</sup> ITALIA. Corte di Cassazione. Sezioni Unite Civili. Sentenza n. 500, 22 luglio 1999.

<sup>82</sup> “Compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela ex art. 2.043 c.c., è quindi quello di procedere ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, poichè solo la lesione di un interesse siffatto può dare luogo ad un ‘danno ingiusto’, ed a tanto provvederà istituendo un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, e cioè dell’interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato, e dell’interesse che il comportamento lesivo dell’autore del fatto è volto a perseguire, al fine di accertare se il sacrificio dell’interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell’autore della condotta, in ragione della prevalenza”. ITALIA. Corte di Cassazione. Sezioni Unite Civili. Sentenza n. 500, 22 luglio 1999.

Quindi, si presenta il problema della delimitazione del danno risarcibile. Angelo Falzea fa riferimento alla piena compatibilità tra l'ammissione degli interessi legittimi alla tutela risarcitoria con il mantenimento della loro distinzione dai diritti soggettivi<sup>83</sup>. È troppo dire, come ha fatto la sentenza n. 500/1999, che "ciò che caratterizza l'interesse legittimo e lo distingue dal diritto soggettivo è soltanto il modo o la misura in cui l'interesse sostanziale ottiene protezione". La diversità di concetto si incontra anche nei beni, che non sono sempre identici<sup>84</sup>.

Anzitutto è opportuno affermare che la lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo, rientra nella fattispecie della responsabilità aquiliana o extracontrattuale dopo la qualificazione del danno come ingiusto<sup>85</sup>. Ciò non equivale, tuttavia, ad affermare la indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi, perché, come si è già detto, la lesione è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria<sup>86</sup>. Dopo si deve fare un giudizio di valutazione sulla meritevolezza dell'interesse.

Non è perché ci sia un danno *contra jus* che ci sarà necessariamente una lesione di un diritto soggettivo; ma non è sufficiente neppure la lesione ingiustificata di un qualsiasi interesse giuridicamente rilevante. Quindi, danno ingiusto sarebbe qualsiasi lesione di un interesse giuridicamente rilevante, in senso di difetto di una causa di giustificazione (*non jure*). L'ingiustizia, è fatta dipendere dal carattere dell'atto, tuttavia la mera rilevanza giuridica di un interesse non è sufficiente ad inferirne l'ingiustizia della lesione. Non è risarcibile, per esempio la lesione di interessi di fatto.

Ma, se il fatto non è oggettivamente antiggiuridico, la sua illiceità non può dipendere dalla mancanza di una autorizzazione legale. È necessario tutelare queste fattispecie accertando sul piano dell'esperienza quali siano gli interessi tutelati nel rapporto giuridico. In effetti, la tutela e la promozione della persona non operano sempre in forza di previsione legale. In questo senso, è condivisibile la affermazione di Perlingieri, secondo cui dobbiamo ritornare al sistema della responsabilità civile intesa nella sua unitarietà, ispirata ai principi di fondo che partono da una necessità molto semplice: gli interessi non patrimoniali o valori essenziali, rilevanti, giuridicamente protetti, non possono rimanere disarmati a fronte di un sistema di rimedi tassativo e

---

<sup>83</sup> FALZEA, Angelo. Gli interessi, cit., p. 679.

<sup>84</sup> OPPO, Giorgio. Novità e interrogativi, cit., p. 393.

<sup>85</sup> Castronovo ci ricorda che ci sono autori che difendono anche la possibilità di responsabilità contrattuale (CASTRONOVO, Carlo. *La nuova*, cit., p. 211).

<sup>86</sup> ITALIA. Corte di Cassazione. Sezioni Unite Civili. Sentenza n. 500, 22 luglio 1999.

disarmonico<sup>87</sup>. Quindi, dobbiamo partire dalla natura dell'interesse, dalla natura della protezione dell'interesse, dall'entità della protezione dell'interesse, in collegamento o in conflitto con altri prevalenti o soccombenti, per capire come questi interessi, una volta lesi, debbano essere risarciti<sup>88</sup>.

A rigore, la tipicità del sistema della responsabilità civile deve coniugarsi con la valutazione degli interessi e dei valori che l'ordinamento giuridico considera prevalenti e, quindi, meritevoli di tutela. Sarebbe un'assurdità, una discrasia, riconoscere nell'ordinamento diritti fondamentali della persona o altri interessi legittimi di estrema importanza e poi negare ad essi tutela.

La questione principale nello sviluppo della categoria dell'interesse legittimo è quella di non privare della tutela risarcitoria situazioni giuridiche tradizionalmente non classificate come diritti soggettivi<sup>89</sup>. Una ragione autorevole per servirsi della nozione di interessi legittimi, sta nel fatto che il privatista costruisce il suo sistema sul concetto di diritto soggettivo, e tuttavia ha conosciuto nella sua esperienza la crescita, e soprattutto l'elaborazione, di tipi assai differenti di diritti soggettivi<sup>90</sup>.

#### 4. Conclusione

La rivalutazione dell'interesse legittimo ha rappresentato una delle più notevoli trasformazioni nell'ambito della situazione giuridica soggettiva, al fine di dimostrare che esistono altre categorie meritevoli di tutela<sup>91</sup>. In realtà, l'influenza dei valori costituzionali è stata decisiva nella promozione di elementi sociali e solidaristici, altrimenti il Diritto Privato sarebbe rimasto essenzialmente incentrato sui valori individuali e sulla figura dei diritti soggettivi.

---

<sup>87</sup> PERLINGIERI, Pietro. Riflessioni, cit., p. 116.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

<sup>89</sup> BIANCA, C. Massimo. Danno ingiusto, cit., p. 690.

<sup>90</sup> BUSNELLI, Francesco Donato. Sulla sentenza, cit., p. 337.

<sup>91</sup> Tra gli autori brasiliani che hanno scritto sulla situazione giuridica soggettiva, Torquato Castro considera che "compreende a situação que de direito se instaura em razão de uma determinada situação de fato, revelada como fato jurídico, e que se traduz na disposição normativa de sujeitos concretos posicionados perante certo objeto" (CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimatário do sujeito*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 50). Nella stessa direzione, Olimpio Costa Júnior afferma che, "à luz dessa nova concepção, a expressão situação jurídica deixa de significar uma simples etapa genética na formação de relações jurídica (segundo Kohler), ou uma mera posição de sujeito como parte dessas relações (conforme Carnelutti), para corresponder a toda e qualquer situação de fato sobre que incida norma de direito" (COSTA JÚNIOR, Olimpio. A relação jurídica obrigacional: situação, relação e obrigação em direito. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 4-5).

Però, questo processo è stato possibile soltanto in ragione dell'erronea comprensione della dinamicità e complessità della situazione giuridica soggettiva stessa. Sotto questo profilo, i diritti soggettivi sono intesi come una delle ipotesi di protezione della sfera giuridica dei soggetti, però mai come l'unica. Sebbene i diritti soggettivi rimangano ancora i più protetti istituti di Diritto Privato, altre categorie li hanno sopravanzati.

Quindi, mentre le situazioni di potere devono essere comprese in termini di superiorità, qualche approfondimento è necessario per mettere in evidenza l'idea di correttezza, buona fede e risarcibilità dei danni ingiusti contro le lesioni degli interessi legittimi. Infatti, è necessario fornire meccanismi per farvi fronte e controllare la loro funzionalità.

Nonostante nel 2012, con la riforma del Diritto di Famiglia nel Codice Civile italiano<sup>92</sup>, tutto il titolo IX della filiazione sia stato modificato, alcuni autori hanno affermato che la potestà dei genitori ha perso il suo ruolo come potere-dovere dei genitori nei confronti dei figli<sup>93</sup>. Tuttavia, come ci ha detto D'Antonio, la riforma ha solo riordinato la situazione di potere dei genitori verso i figli con l'obiettivo di riaggiustare la loro sfera di protezione come diritti:

“Dunque, con l'esplicito riconoscimento di quelli che sono veri e propri diritti del figlio e non più soltanto doveri dei genitori, la potestà, ‘spazio’ giuridico ove tali diritti e doveri devono trovare la propria esplicitazione concreta, si presenta, una volta di più, quale strumento estremamente duttile: l'istituto, infatti, se, da un punto di vista contenutistico, appare pronto ad accogliere la varietà di fenomeni di filiazione che la realtà presenta, da quelli puramente biologici a quelli meramente sociali<sup>16</sup>, d'altro canto, in una ottica funzionale, si dimostra la fucina di sviluppo naturale della ormai riconosciuta autonomia decisionale del minore, dei suoi diritti e della sua capacità di autodeterminazione anche prima del diciottesimo anno di età”<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> ITALIA. Legge 210, 10 dicembre 2012, disponibile nel sito: <http://www.altalex.com/documents/news/2014/11/10/della-potesta-dei-genitori>, accesso a: 12.11.2015. Invece del tradizionale “Della potestà dei genitori”, adesso il titolo IX è detto “Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio”.

<sup>93</sup> D'ANTONIO, Virgilio. *La potestà dei genitori ed i diritti e i doveri del figlio dopo l'unificazione dello status filiationis. Comparazione i Diritti Civile*. Disponibile nel sito: [http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/rf\\_dantonio\\_potesta.pdf](http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/rf_dantonio_potesta.pdf), giugno 2013, p. 4.

Infatti, è lo sviluppo della tutela dell'interesse legittimo che ha permesso un'altra comprensione delle relazione di potere, al fine di far capire che la protezione dei minori doveva essere fatta su un piano più adatto alla loro condizione, senza che fosse necessario richiedere l'estinzione della potestà dei genitori.

Senz'altro, lo scopo di questo saggio non era proprio dar conto di un trapianto legale della figura dell'interesse legittimo nell'ordinamento brasiliano, ma piuttosto quello di far capire che vi sono altri meccanismi di protezione delle diverse specie di situazioni giuridiche soggettive.

## 5. Bibliografia

ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile: storia, fonti, interpretazione*. Vol. I. Milano: Giuffrè, 2000.

ALPA, Guido. *I principi generali*. Milano: Giuffrè, 1993.

BIANCA, Cesare Massimo. Danno ingiusto: a proposito del risarcimento da lesione di interessi. *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVI, 2000, parte prima.

BIGLIAZZI, Lina Geri. *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1967.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 678.371/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, DJe 03.11.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.233.852/RS. Relator: Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, DJe 01.02.2012

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1377908/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. DJe 01.07.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência 109.840/PE. Relatora: Ministra Nancy Andrichi, Segunda Seção, DJe 16.02.2011

BRASIL. Código Civil. Lei 10.406/02.

BURTON, Steven J. *Principles of contract law*. 2. ed. Minnesota: West Group, 2001.

BUSNELLI, Francesco Donato. Sulla sentenza n. 500/99 delle Sezione Unite. *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVI, 2000, parte prima.

CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimatário do sujeito*. São Paulo: Saraiva, 1985.

CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2006.

---

<sup>94</sup> *Idem*, p. 5.

- CAVALAGLIO, Lorenzo. Il munus del Trustee tra Diritto canonico, common Law e civil Law. *Rivista Apollinaris*, LXXXVII, 1, 2014.
- COSTA JÚNIOR, Olimpio. A relação jurídica obrigacional: situação, relação e obrigação em direito. São Paulo: Saraiva, 1994.
- D'ANTONIO, Virgilio. La potestà dei genitori ed i diritti e i doveri del figlio dopo l'unificazione dello status filiationis. *Comparazione i Diritti Civile*. Disponibile nel sito: [http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/rf\\_dantonio\\_potesta.pdf](http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/rf_dantonio_potesta.pdf), accesso: 11.11.2015
- FALZEA, Angelo. Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive. *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVI - 2000, parte prima.
- GABRIELLI, Enrico. Appunti su diritti soggettivi, interessi legittimi, interessi collettivi. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XXXVIII, fascicolo quarto, 1984.
- GALLO, Paolo. *Contratto e Buona Fede: buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*. Torino: UTET, 2009
- GAMBARO, Antonio. La sentenza n. 500 ed il diritto civile dello Stato. *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVI, 2000, parte prima.
- GARGARELLA, Roberto. The constitution of inequality: constitutionalism in the Americas, 1776-1860. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2005.
- GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. 14 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.
- GOMES, Orlando. *Raízes históricas do Código Civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GRISI, Giuseppe. *Gli istituti del diritto privato*. 3. ed. Vol. I. Napoli: Jovene Editore, 2007.
- ITALIA. Costituzione della Repubblica Italiana. Disponibile nel sito: [http://www.governo.it/Governo/Costituzione/1\\_titolo1.html](http://www.governo.it/Governo/Costituzione/1_titolo1.html), accesso a 15.11.2015.
- ITALIA. Codice Civile. Disponibile nel sito: <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>
- ITALIA. Corte di Cassazione. Sezioni Unite Civili. Sentenza n. 500, 22 luglio 1999.
- KENNEDY, Duncan. Form and substance in private law adjudication. *Harvard Law Review*, vol. 89, 1976.
- MATTEI, Ugo. Efficiency in legal transplants: An essay in comparative law and economics. *International Review of Law and Economics*, v. 14, n. 1, p. 3-19, 1994.
- MAZZÙ, Carlo. Appunti per uno studio sistematico dell'interesse legittimo nel diritto privato. *Comparazione e Diritto Civile*, 2013, Disponibile allo sito: [http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/mazzu\\_appunti.pdf](http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/mazzu_appunti.pdf), accesso 13.11.2015.

MOSCARINI, Lucio V. Attualità e delimitazione della categoria degli interessi legittimi. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, v. 62, n. 4, 2008.

OPPO, Giorgio. Novità e interrogativi in tema di tutela degli interessi legittimi. *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVI, 2000, parte prima.

PERLINGIERI, Pietro. Riflessioni sul danno risarcibile per lesione di interessi legittimi. *Rivista Giuridica del Molise e del Sanio*, quadrimestrale diretta, 2004.

\_\_\_\_\_. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*. Vol. II. 3. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Itliane, 2006.

\_\_\_\_\_. *Manuale di diritto civile*. 6. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Itliane, 2007.

RESCIGNO, Pietro. Gli interessi legittimi nel diritto privato. *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVI, 2000, parte prima.

RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 2004.

ROUBIER, Paul. *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963.

RUSCELLO, Francesco. *Il Codice Civile: la potestà dei genitori, usufrutto legale*. Milano: Giuffrè, 2010.

SALVESTRONI, Umberto. Ingiustificata lesione di interessi legittimi e danno ingiusto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LVI, n. 1, marzo 2002.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 5. ed. Napoli: Jovene, 1957.

SCOGNAMIGLIO, Renato. In tema di risarcibilità dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi da parte della pubblica amministrazione. *Studi in Onore di Gaetano Zingali*. Milano: Giuffrè, 1965.

SOMBRA, Thiago Luis Santos. *Adimplemento contratual e cooperação do credor*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro: a. 4, n. 1, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/08/Souza-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>. Data de acesso: 10.11.2015.

TEUBNER, Günther. Legal irritants: good faith in British law or how unifying law ends up in new divergencies. *Modern Law Review*, vol. 61, 1998.

TOBEÑAS, Jose Castan. *Situaciones jurídicas subjetivas*. Madrid: Reus, 1963.

ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon. *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

civilistica.com

Recebido em: 07.07.2015  
Aprovado em:  
27.07.2015 (1º parecer)  
09.11.2015 (2º parecer)

**Como citar:** SOMBRA, Thiago Luís Santos. Interesse legittimo e potestà: al di là della comprensione del diritto soggettivo. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/interesse-legittimo-e-potesta/>>. Data de acesso.