

Arturo Maniaci

# Rimedi e limiti di tutela dell'acquirente

*vai alla scheda del libro su [www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)*



Edizioni ETS



[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

© Copyright 2018

Edizioni ETS

Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa

[info@edizioniets.com](mailto:info@edizioniets.com)

[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

*Distribuzione*

Messaggerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

*Promozione*

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884675202-4

## INDICE

### CAPITOLO I

#### LA EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA E L'EFFLORESCENZA DELL'APPROCCIO RIMEDIALE

1. Alle origini della strategia rimediale: la parabola del diritto soggettivo	13
2. Diritti vs. interessi	19
3. La progressiva affermazione del principio di effettività della tutela	22
4. La effettività della tutela quale principio di valenza costituzionale e i suoi corollari	28
5. L'inaugurazione del linguaggio dei rimedi e la prima elaborazione della nozione di rimedio giuridico nella dottrina civilistica italiana della prima metà del Novecento	42
6. Il rimedio come nuova categoria ordinante e le sue principali caratteristiche	46
7. L'ottica dell'effettività rimediale quale specola privilegiata di lettura del sistema di tutela dell'acquirente	55

### CAPITOLO II

#### LA EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA DEL COMPRATORE ALLA LUCE DELLA DISCIPLINA DOMESTICA DELLA VENDITA

1. Alle origini del sistema rimediale a tutela del compratore: il diritto romano	57
2. La persistente attualità della rappresentazione della garanzia come "croce della vendita"	68
3. L'ammissibilità del rimedio volto alla eliminazione del vizio o della mancanza di qualità del bene acquistato nel Codice civile del 1942	71
4. I limiti di effettività di tutela del compratore in relazione ai rimedi contemplati dagli artt. 1478-1489 cod. civ.	92
5. I limiti di effettività di tutela del compratore in relazione ai rimedi contemplati dagli artt. 1490-1497 cod. civ.	102
6. La distribuzione del carico probatorio come problema che si riflette sulla effettività della tutela dell'acquirente	114
7. Verso una integrazione fra disciplina di parte generale e disciplina di parte speciale, nell'ottica di un ampliamento della tutela del compratore	121

## CAPITOLO III

LA EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA DELL'ACQUIRENTE  
DI BENI DI CONSUMO ALLA LUCE DELLA DISCIPLINA  
EUROPEA DELLA VENDITA DI BENI DI CONSUMO

1. La prospettiva rimediale cui è informata la disciplina della vendita di beni di consumo	127
2. Il nodo nevralgico della effettività della tutela dell'acquirente di beni di consumo, dipendente dalle nuove frontiere tecnologiche: la c.d. obsolescenza programmata	129
3. Il carattere stragiudiziale dei rimedi spettanti all'acquirente di beni di consumo	134
4. La gerarchizzazione dei rimedi previsti in favore dell'acquirente in caso di difetto di conformità	139
5. I presupposti e i limiti di esperibilità dei rimedi previsti in favore dell'acquirente	144
6. Il problema dell'attuazione coattiva dei rimedi c.d. primari	151
7. La rilevanza assunta dalla consegna del bene nella vendita di beni di consumo e la valutazione del grado di diligenza dell'acquirente	158
8. I limiti temporali cui soggiacciono i rimedi previsti in favore dell'acquirente di beni di consumo	163
9. Il principio della massima espansione della tutela dell'acquirente di beni di consumo e i suoi corollari	166

## CAPITOLO IV

## AUTONOMIA PRIVATA E GARANZIE NELLA VENDITA

1. Il rapporto tra norme imperative e norme dispositive nella disciplina delle garanzie della vendita di diritto comune	179
2. Patti o clausole di rafforzamento delle garanzie nella vendita di diritto comune	182
3. Patti e clausole di rafforzamento delle garanzie nella vendita di beni di consumo	190
4. Patti di esclusione o limitazione della responsabilità del venditore nella vendita di diritto comune	195
5. Esclusioni o limitazioni volontarie della responsabilità dell'alienante nella vendita di beni di consumo	200
6. La clausola " <i>visto e piaciuto</i> " come ipotesi discussa di limitazione convenzionale della garanzia per vizi	203

## Capitolo I

# LA EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA E L'EFFLORESCENZA DELL'APPROCCIO RIMEDIALE

SOMMARIO: 1. Alle origini della strategia rimediale: la parabola del diritto soggettivo. – 2. Diritti vs. interessi. – 3. La progressiva affermazione del principio di effettività della tutela. – 4. La effettività della tutela quale principio di valenza costituzionale e i suoi corollari. – 5. L'inaugurazione del linguaggio dei rimedi e la prima elaborazione della nozione di rimedio giuridico nella dottrina civilistica italiana della prima metà del Novecento. – 6. Il rimedio come nuova categoria ordinante e le sue principali caratteristiche. – 7. L'ottica dell'effettività rimediale quale specola privilegiata di lettura del sistema di tutela dell'acquirente.

### 1. *Alle origini della strategia rimediale: la parabola del diritto soggettivo*

Con sguardo lungimirante, uno dei più grandi giuristi del secolo XIX scriveva che «il diritto è fatto per essere realizzato. La realizzazione è la vita e la verità del diritto, è il diritto stesso»<sup>1</sup>.

È immanente ad ogni ordinamento giuridico il dualismo fra essere e dover essere, e cioè fra realtà e modello ideale, che si traduce nella tensione dinamica e costante tra fatto e valore.

È noto che il diritto come tecnica di controllo sociale tende a

<sup>1</sup> «Das recht ist dazu da, daß es sich verwirkliche. Die Verwirklichung ist das Leben und die Wahrheit des Rechts, ist das Recht selbst»: R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, II 2, 2. Aufl., § 38, Breitkopf und Hartel, Leipzig, 1883, p. 322. Sulla figura e sull'opera scientifica di Jhering (definito «personalità strabiliante ed eclettica» da P.G. MONATERI-A. SOMMA, *Il modello di Civil Law*, 4ª ed., Giappichelli, Torino, 2016, p. 119), v. F. WIEACKER, *Rudolph von Jhering*, 2ª ed., K.F. Koehler, Stuttgart, 1968; K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966, pp. 17 ss. e 58 ss.; E. PARESCHE, voce *Jhering Rudolf (von)*, in *Nss. D. I.*, VIII, Torino, 1962, p. 151 ss.; nonché gli scritti raccolti in O. BEHREND (ed.), *Rudolph von Jhering. Beiträge und Zeugnisse*, Wallstein, Göttingen, 1993.

orientare o conformare rapporti e comportamenti umani, secondo certe finalità.

Ma è altrettanto noto che la capacità del sistema giuridico di realizzare i suoi scopi incontra una serie di limiti ed ostacoli, che minano in vario modo la realizzazione concreta degli scopi medesimi.

Se nello scarto tra realizzabilità e realizzazione si misura la distanza fra essere e dover essere del diritto<sup>2</sup>, nello iato fra enunciazione di un valore ed istanza di attuazione dello stesso si condensa la cifra della conformazione complessiva di una data organizzazione giuridica.

Considerato che, oltre che rispondere a un'esigenza irrinunciabile, è valore fondante di ogni comunità il mantenimento della coesione del corpo sociale, la tenuta di un sistema giuridico passa necessariamente attraverso la verifica del grado di soddisfazione dei bisogni espressi dai membri della collettività organizzata.

Tuttavia, il diritto occidentale non si limita a recepire *tout court* qualsivoglia bisogno che emerge nella realtà sociale, ma ne condiziona il riconoscimento *sub specie iuris* e la tutela attraverso filtri di accesso, fra cui spicca quello assurto negli ultimi due secoli trascorsi a categoria ordinante di tutto il diritto privato: il diritto soggettivo<sup>3</sup>, che però ha avuto un percorso storico assai tormentato.

Benché alcune tracce dell'idea fossero già presenti in epoca medievale<sup>4</sup>, quella di diritto soggettivo è nozione dogmatica squisitamente moderna<sup>5</sup>, perché sconosciuta tanto alla cultura greca ed

<sup>2</sup> A. FALZEA, *Diritti dell'uomo e principi generali del diritto*, ora in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, III, *Scritti d'occasione*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 147.

<sup>3</sup> Per una bibliografia essenziale sul diritto soggettivo, cfr. R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, pp. 152-153, nota 1; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Jovene, Napoli, 2011, p. 16, nota 48.

<sup>4</sup> È noto il dibattito fra M. VILLEY, *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, in *Arch. phil. droit*, IX, (1964), p. 97 ss., che individua le radici del pensiero individualistico nella tarda scolastica francescana (rappresentata da Duns Scoto e Guglielmo da Ockham), e B. TIERNEY, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 29 ss., che ravvisa la nascita dell'idea di diritto soggettivo nella canonistica precedente, rappresentata da alcuni autorevoli decretisti. Sulla ricostruzione dei termini del dibattito, cfr. L. MARCHETTONI, *Ockham e l'origine dei diritti soggettivi*, in *Quad. fior.* 37 (2008), p. 21 ss.

<sup>5</sup> M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Giuffrè,

ebraica quanto alle tradizioni giuridiche cinese, indiana, islamica ed africana<sup>6</sup>.

Sebbene, poi, il termine *ius* ricorra spesso nelle fonti dei giuristi romani, è stato tuttavia autorevolmente dimostrato come con tale espressione non si alludesse all'insieme delle situazioni attive (poteri, facoltà, libertà) che competono a un soggetto rispetto ad altri, ma ci si riferisse sempre ad entità materiali esterne<sup>7</sup>. Del resto, i Romani consideravano il fenomeno giuridico essenzialmente nella prospettiva della protezione giudiziaria, sicché si può ben dire che il sistema giuridico romano è propriamente raffigurabile come un sistema di *actiones* più che di diritti soggettivi<sup>8</sup>.

Storicamente, la figura del diritto soggettivo è il prodotto sincretico di una visione filosofica individualistica e borghese, in cui confluiscono la concezione del cristianesimo, il pensiero giusnaturalista e la cultura razionalista e illuminista<sup>9</sup>, che vede nell'emanci-

Milano, 1996, p. 43. *Contra*, tuttavia, L. PARISOLI, *Volontarismo e diritto soggettivo. La nascita medievale di una teoria dei diritti nella scolastica francescana*, Istituto storico dei Cappuccini, Roma, 1999, p. 31 ss.

<sup>6</sup> Cfr. N. ROULAND, *Introduction historique au droit*, Puf, Paris, 1998, p. 267 ss.

<sup>7</sup> Cfr. M. VILLEY, *L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, in *RHDFE*, n. 24-25, 1946-47, p. 201 ss.; ID., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 1962, p. 230 ss.; e, ancor prima, H.S. MAINE, *Dissertations on Early Law and Custom*, J. Murray, London, 1883, pp. 365-366 e 390. *Contra*, tuttavia, B. ALBANESE, *Appunti su alcuni aspetti della storia del diritto soggettivo*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, IV, Giuffrè, Milano, 1963, p. 10.

<sup>8</sup> U. BRASIELLO, voce *Obbligazione (diritto romano)*, in *Nss. D. I.*, XI, Torino, 1965, p. 557; G. PROVERA, *Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, IV, Giuffrè, Milano, 1983, p. 325; F. BELLINI, *L'arma locutoria. Valenze magiche e sacrali nella genesi del rito processuale civile*, in *Studi senesi*, 1989, p. 343 ss. Che questa sia la tesi prevalente fra gli studiosi del diritto romano dà atto M. COMPORTI, *Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, p. 436, nota 4.

<sup>9</sup> L'inizio di tale percorso storico è segnato dall'elaborazione dell'idea teologica di persona come anima razionale (Tertulliano; Boezio); cui segue l'assunzione dell'essere umano come munito di *facultas moralis* (Grozio; Pufendorf; Leibniz) o di *dominium* (Francisco de Vitoria), che lo pone in una posizione di alterità e superiorità rispetto agli oggetti esteriori; si approda, quindi, all'immagine di persona come dotata di coscienza e di percezioni relazionali, e dunque autonoma e responsabile (Locke); infine, si inaugura il linguaggio dei diritti quando l'istanza volta a contrapporre al potere e all'autoritarismo degli Stati la libertà dell'individuo diventa programma politico (Condorcet). Su tutto ciò, cfr. *amplius* V. FERRONI, *Storia dei diritti dell'uomo. L'Illuminismo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni*, Laterza, Roma-Bari, 2014, pp. 9 ss., 98 ss. e 151 ss.; P. COSTA, *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di*

pazione dalla logica particolaristica degli *status* e nell'affermazione della vocazione universale delle prerogative individuali l'esito finale di quel graduale processo di positivizzazione dei diritti innesco dalle rivoluzioni (americana e francese) e culminato nelle solenni dichiarazioni settecentesche.

Come è stato rilevato, «nello stato liberale dell'Ottocento, succeduto allo Stato delle monarchie assolute, è logico che la personalità umana, configurata come soggetto del diritto, acquisti il massimo rilievo, e che pertanto il diritto soggettivo venga posto al centro dell'indagine e dei dibattiti»<sup>10</sup>.

Tuttavia, la massima attenzione verso il diritto soggettivo, inteso come perno attorno al quale ruota l'intero edificio civilistico, non si avrà nell'ambiente francese della prima metà dell'Ottocento, in cui l'esperienza della proclamazione dei diritti sul versante del diritto pubblico (con la conseguente nascita di un soggetto unico ed astratto) e quella della codificazione (che esprimeva appieno la concezione individualistica della proprietà e dello scambio di beni) sul versante del diritto privato avrebbero *in thesi* potuto offrire all'interprete il materiale per porre le basi scientifiche di una nozione generale<sup>11</sup>.

È soltanto con la Pandettistica tedesca della seconda metà dell'Ottocento che si registrano le prime elaborazioni dogmatiche della nozione di diritto soggettivo<sup>12</sup>.

La figura dell'individuo, su cui poggia l'edificazione del sistema giuridico, viene strategicamente intrisa di elementi tratti dalla filosofia wolffiana e kantiana, nonché arricchita di tutti quegli strumenti logici idonei a conferirle una consistenza giuridica unitaria

*retorica universalistica*, in AA.VV., *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, a cura di M. Meccarelli-P. Palchetti-C. Sotis, Dykinson, 2014, p. 29 ss.

<sup>10</sup> V. FROSINI, *La struttura del diritto*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 7.

<sup>11</sup> Cfr. M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in G. ALPA-M. GRAZIADEI-A. GUARNERI-U. MATTEI-P.G. MONATERI-R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, nel *Tratt. dir. civ.*, dir. da R. Sacco, Utet, Torino, 2001, 34, il quale segnala l'assenza di contributi dedicati alla nozione di diritto soggettivo da parte dei primi commentatori del codice napoleonico.

<sup>12</sup> Sulla storia del concetto di diritto soggettivo, cfr. *amplius* H. COING, *Zur Geschichte des Begriffs "subjektives Rechte"*, in ID., *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1962, p. 29 ss.



e, in un certo senso, ad entificarla<sup>13</sup>: il diritto soggettivo diviene, così, l'attributo ed il predicato inscindibile e irrinunciabile dell'individuo<sup>14</sup>, elevato a soggetto giuridico.

Compiuto, però, il passaggio dell'uomo da oggetto del diritto a *subiectum iuris*<sup>15</sup>, il diritto soggettivo conosce la fase dell'inizio della sua parabola<sup>16</sup> discendente: con l'affermarsi della cultura giuspositivistica statuale e imperativista, che inverte la dialettica fra autorità e libertà sottesa alle originarie spinte giusnaturalistiche e individualistiche dell'Illuminismo giuridico, viene ad istituirsi una priorità logica e assiologica del diritto oggettivo sul diritto soggettivo: «da figura centrale dell'ordinamento, e da antagonista quasi della volontà statale, da *libertà*, esso viene degradato a “riflesso”, e a “condizione” di quella volontà, fino a giungere poi al suo completo annullamento nel diritto “oggettivo”»<sup>17</sup>.

L'epilogo della vicenda storica del diritto soggettivo è noto: agli inizi del secolo XXI, «dopo duecento anni di gloria, un progressivo silenzio è sceso sul concetto»<sup>18</sup>. E tale crisi è uno dei precipitati della rottura che ha investito il rapporto dialettico norma-soggetto<sup>19</sup>.

Resta, comunque, fermo che il linguaggio dei diritti ha una sua forza che si dispiega a livello performativo, creando, per il tramite

<sup>13</sup> Utili rilievi sul punto in E. GABRIELLI, *Appunti su diritti soggettivi, interessi legittimi, interessi collettivi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, pp. 971-976. In tale ottica, si può forse più agevolmente comprendere l'affermazione (altrimenti suscettiva di essere considerata come meramente provocatoria) secondo cui l'uomo sarebbe «un'invenzione recente, (...) che non ha nemmeno due secoli», e resa possibile da una determinata configurazione storica assunta dal nostro sapere (M. FOUCAULT, *Le parole e le cose. Un'archeologia delle scienze umane*, trad. it. di E. Panaitescu, Bur, Milano, 1994, p. 13).

<sup>14</sup> R. ORESTANO, *Teoria e storia dei diritti soggettivi*, in S. Rodotà (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, Bologna, 1971, p. 89 ss.

<sup>15</sup> R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, cit., pp. 150-151.

<sup>16</sup> Di «parabola del diritto soggettivo» aveva parlato già P. PIOVANI, *Linee di una filosofia del diritto*, 1958, p. 229.

<sup>17</sup> M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, cit., p. 243.

<sup>18</sup> A. GENTILI, *A proposito de «Il diritto soggettivo»*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 351.

<sup>19</sup> A. DI MAJO, voce *Situazioni giuridiche*, in *Enc. Feltrinelli Fischer, Diritto*, 2, a cura di G. Crifò, Milano, 1972, p. 458.

di un atto linguistico, un'idea: un'idea che, benché non poggi su un'entità empirica (o, come si dice nelle scienze linguistiche, su un referente), non può essere liquidata alla stregua di una mera finzione, o illusione, perché – come ci insegna la prospettiva del realismo giuridico scandinavo, tradizionalmente considerata scettica in materia di diritti – il diritto soggettivo è sostenuto anche da spinte e fattori socio-psicologici, esprimendo la oggettivazione, *inter alia*, del senso di sicurezza percepita e sperimentata dall'individuo quando ritiene di agire in conformità all'ordinamento giuridico<sup>20</sup>. Pensiamo, ad esempio, alla situazione in cui «Brown and Jones are signing a document together, where Brown among other things says: 'I hereby declare that from now on Jones shall be the owner of my Opel car reg. no. A-73703'»: si è detto che questa «utterance is obviously not a proposition about somebody being the owner or not. On the contrary, it expresses a declaration to the effect that Jones shall become the owner of the car. Such declarations become 'effective,' because of certain general legal sentences about the 'creation' of ownership. Jones is from now on owner because Brown says that he shall become the owner»<sup>21</sup>.

L'utilità della costruzione del diritto soggettivo consiste, dunque, in un'opera di semplificazione della realtà, che attraverso una parola o un enunciato (*utterance*) può essere alterata, con tutte le conseguenze che ne discendono in termini giuridici ed economici: ampliamento della nozione di bene, maggiore facilità e rapidità nella circolazione della ricchezza e, soprattutto, esaltazione dei congegni di trasferimento delle situazioni di appartenenza, che vedono nella vendita il dispositivo che più di altri riflette quei caratteri di idealità e spiritualità tipici dell'effetto giuridico, non a caso individuato come il nucleo ultimo della giuridicità<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Cfr. K. OLIVECRONA, *Il diritto come fatto*, a cura di S. Castiglione, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 5 ss. e 70 ss. Ma ci pare che l'idea serpeggiasse già in seno alla letteratura non giuridica (cfr. C. MICHELSTAEDTER, *La persuasione e la retorica. Appendici critiche*, a cura di S. Campailla, Adelphi, Milano, 1995, pp. 100-101, la cui prima e parziale edizione è uscita postuma nel 1913).

<sup>21</sup> N.K. SUNDBY, *Legal Right in Scandinavian Analyses*, in *Natural Law Forum*, 1968, p. 72 ss., spec. pp. 95-96.

<sup>22</sup> A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in ID., *Voci di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 250.

## 2. Diritti vs. interessi

Benché le ragioni del declino della figura del diritto soggettivo siano di vario ordine (necessità e difficoltà di individuare un fondamento, prima politico, filosofico o ideologico, poi tecnico-giuridico; ambiguità e vaghezza del termine; eterogeneità delle *species*; incapacità ad esprimere la complessa trama delle relazioni intersoggettive di diritto privato; contestazione della stessa autonomia o utilità della categoria nel discorso giuridico), ci pare che alcuni aspetti dell'acceso dibattito che ha storicamente caratterizzato la figura possano oggi essere recuperati per comprendere se ed eventualmente perché sia definitivamente tramontata ovvero affiancata, se non sostituita, da altre categorie o da altri approcci metodologici.

Già dalle discussioni e dai lavori preparatori del Codice civile francese del 1804 emerge che i redattori si ispirarono ad un'antropologia materialistica e ad una filosofia utilitaristica, in cui viene soprattutto esaltato il criterio dell'interesse, elevato a regola e misura di tutti i rapporti, ivi compresi quelli familiari<sup>23</sup>.

Poi, il passaggio dalla concezione savigniana del diritto soggettivo come potere (o signoria) della volontà del titolare di agire entro un'area di autonomia riservata dal diritto oggettivo (*facultas agendi*) alla concezione jheringiana del diritto soggettivo come *rechtllich geschützte Interesse*<sup>24</sup> fa emergere nuovamente l'interesse come elemento qualificante delle relazioni giuridiche.

Oggi, la progressiva penetrazione dell'interesse nella dinamica giuridica ha determinato l'avvio di una nuova riflessione giuridica<sup>25</sup>.

L'interprete non è più orientato a vagliare quale struttura abbia

<sup>23</sup> Cfr. ad es. F. OST, *Droit et intérêt*, 2, *Entre droit et non-droit: intérêt*, Fac. univ. Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p. 44 ss.; M. GRAZIADAI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, cit., 34 ss.

<sup>24</sup> Una recente ricostruzione del dibattito sul diritto soggettivo alla luce delle due concezioni fondamentali (quella della volontà e quella dell'interesse) si legge in G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 33 ss.

<sup>25</sup> Sul punto, cfr. G. VILLANACCI, *Al tempo del neoformalismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 18 ss. Di «radicale mutamento di prospettiva» parla in proposito C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 23.

o cosa sia il diritto soggettivo, ma quali siano i bisogni che possano aspirare ad essere soddisfatti sul piano giuridico.

La prima operazione che egli deve compiere è, quindi, di carattere selettivo: quali interessi siano meritevoli di essere presi in considerazione al cospetto dell'ordinamento giuridico.

E, nello svolgimento di tale delicata attività, si gioca non soltanto la partita della "giustiziabilità", che attiene alla possibilità di demandare la cognizione di una controversia ad organi muniti di potere giurisdicente<sup>26</sup>, ma anche quella del controllo degli atti di autonomia privata (sotto cui ricadono non soltanto i contratti atipici e gli atti atipici di destinazione, come sembrano far propendere gli artt. 1322 e 2645-ter cod. civ., ove il riferimento alla meritevolezza degli interessi è edittale, ma anche tutti gli altri contratti, considerato l'atteggiamento esibito negli ultimi tempi dalla giurisprudenza, che maneggia con disinvoltura lo strumento della causa in concreto<sup>27</sup>), nonché quella della responsabilità civile (che attraverso la clausola generale di traslazione del danno dal danneggiato ad un altro soggetto, rappresentata dalla "ingiustizia" di cui all'art. 2043 cod. civ., viene da tempo piegata a una logica focalizzata non tanto sui diritti, quanto sugli interessi)<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> L'espressione, mutuata dall'inglese (uno dei primi ad utilizzarla fu H. KANTOROWICZ, *The Definition of Law*, Cambridge University Press, 1958, p. 79) ed entrata ormai a far parte delle prassi discorsive dei giuristi, allude, infatti, alla possibilità in astratto di attivare – secondo determinate regole formali e procedurali – la *judicial machinery* a tutela di un determinato interesse.

<sup>27</sup> A partire quantomeno da Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718 e da Cass. 24 luglio 2007, n. 16315, in *Danno e resp.*, 2008, p. 845. In chiave critica, cfr., *ex multis*, V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 957 ss., che significativamente la definisce una «formula magica» (*ivi*, p. 988).

<sup>28</sup> Il percorso giurisprudenziale in questo senso viene ufficialmente inaugurato dalla storica sentenza di Cass. S.U. 22 luglio 1999, n. 500, in *Danno e resp.*, 1999, p. 965 ss., che, ai fini della lesione (e della tutela) aquiliana, ritiene sufficiente un interesse giuridicamente rilevante (e dunque anche diverso dal diritto soggettivo o dall'interesse legittimo) a un bene della vita. Sottolinea che il lungo cammino del 'danno ingiusto' è stato scandito dal passaggio dal diritto all'interesse V. SCALISI, *Danno e ingiustizia nella teoria della responsabilità civile*, ora in ID., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 742 e 746 ss.; cfr. anche ID., *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 658.

All'astrattezza del linguaggio dei diritti soggettivi, dunque, si contrappone oggi la concretezza degli interessi.

Lo strumento del diritto soggettivo tende così ad essere abbandonato o accantonato, sia perché non sempre un diritto soggettivo esprime un interesse unitario o individuabile *a priori* (è il problema, ad esempio, dei c.d. diritti molecolari o macro-diritti, ovvero dell'abuso nell'esercizio del diritto), sia perché fra interesse e diritto soggettivo non si configura una necessaria corrispondenza biunivoca (è il problema, ad esempio, del possesso), sia soprattutto perché nel mondo della complessità giuridica occorre ponderare quale interesse prevalga su altri o su un altro, destinato a collidere con il primo (è il problema, ad esempio, del bilanciamento fra interessi di pari rango fra loro interferenti, concorrenti, contrapposti o incompatibili).

Ma l'emersione dell'interesse come termine di riferimento della valutazione normativa pone all'interprete anche il compito di individuare gli strumenti deputati e più congeniali alla sua realizzazione, secondo una logica differenziata in ragione dei diversi valori presenti nell'ordinamento giuridico, sicché il passaggio dell'interesse dalla cerchia del giuridicamente irrilevante (di mero fatto) alla sfera del giuridicamente protetto ("giustiziabile", appunto), e dunque da ragione individuale per agire a regola dell'agire<sup>29</sup>, non esaurisce l'attività dell'interprete e non prelude a una soluzione o a un esito precostituito, influenzando su di esso il tipo di relazione fra i soggetti coinvolti e tutte le circostanze del caso concreto, letti e integrati alla luce dell'intero sistema giuridico.

Come è stato autorevolmente osservato, «la rilevanza giuridica apre all'interesse tutte le vie della tutela giuridica, che si adatterà alle circostanze secondo il criterio universale dell'adeguamento degli effetti giuridici alla sostanza degli interessi espressi dal fatto giuridico»<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Mutuiamo la felice espressione utilizzata da P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Esi, Napoli, 1996, p. 723.

<sup>30</sup> A. FALZEA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, ora in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, III, *Scritti d'occasione*, cit., p. 223.

## Jura

---

L'elenco completo delle pubblicazioni  
è consultabile sul sito

**www.edizioniets.com**

alla pagina

<http://www.edizioniets.com/view-Collana.asp?Col=Jura>. Temi e problemi del diritto



---

## Pubblicazioni recenti

### STUDI

#### *discipline civilistiche*

- Arturo Maniaci, *Rimedi e limiti di tutela dell'acquirente*, 2018
- Roberta S. Bonini, «*Rinunciabilità dell'effetto risolutivo*». *Un principio da ridimensionare*, 2017
- Michele Onorato, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, 2017
- Andrea Genovese, *Il trasferimento dell'ipoteca. Vicende del rapporto ipotecario*, 2017
- Vito Velluzzi (a cura di), *Discorsi su Il diritto come discorso*, 2017
- Giuseppe Cricenti, *Il sé e l'altro. Bioetica del diritto civile*, 2013
- Fulvio Cortese, Filippo Sartori (a cura di), *Finanza derivata, mercati e investitori*, 2011
- Stefano Pagliantini, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, 2009

Edizioni ETS

Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa

[info@edizioniets.com](mailto:info@edizioniets.com) - [www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

Finito di stampare nel mese di marzo 2018