

## CAPITOLO PRIMO

# IL POTERE SOSTANZIALE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Potere giuridico e potere sostanziale. – 3. Il potere sostanziale. – 4. Potere sostanziale e diritto potestativo. – 5. Potere sostanziale e tecnica di produzione dell'effetto giuridico: il potere come libertà di scelta. – 6. (*Segue*): la fattispecie costitutiva dell'effetto giuridico. – 7. La situazione giuridica del soggetto nella cui sfera si realizzano gli effetti dell'esercizio del potere sostanziale. – 8. La situazione giuridica soggettiva sottesa alle ipotesi di tutela costitutiva; rinvio.

### 1. Premessa

Il presente lavoro ha ad oggetto lo studio della tutela giurisdizionale dei diritti e dei rapporti giuridici privati in ordine ai quali rileva una figura di potere sostanziale, per tale intendendo la prerogativa attribuita ad un soggetto, consistente nella possibilità di incidere unilateralmente nella sfera giuridica altrui.

Punto focale dell'analisi è il rapporto tra l'autorità di cosa giudicata della sentenza civile – quale indefettibile elemento della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi<sup>1</sup> – e l'esercizio del potere sostanziale.

---

<sup>1</sup> Così, S. MENCHINI, *Regiudicata civile*, in *Dig. disc. priv.*, XVI, Torino 1997, 404 ss., specie 406-407; ID., *Il giudicato civile*, 2<sup>a</sup> ed., Torino 2002, 7-8; P. GOTTWALD, § 322, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, I, 2<sup>a</sup> ed., München 2000, 2092 ss., specie 2095-2096; D. LEIPOLD, § 322, in STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, IV, 22<sup>a</sup> ed., Tübingen 2008, 1169 ss., specie 1184-1185; L. ROSENBERG-K.H. SCHWAB-P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 16<sup>a</sup> ed., München 2004, 1055; M. JACOBS, *Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens*, Tübingen 2005, 195-196, 213. Questione diversa, come noto altamente controversa, è se il giudicato sostanziale abbia fondamento nella Costituzione, ossia se le norme costituzionali impongano al legislatore ordinario di prevedere che la tutela giurisdizionale contenziosa dei diritti soggettivi e degli *status* abbia luogo necessariamente mediante provvedimenti muniti dell'autorità di cosa giudicata; al riguardo, con diversità di orientamenti, si rinvia a: S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit., 8-9; A. CERINO CANOVA, *La garanzia costituzionale del giudicato civile (meditazioni sull'art. 111, comma 2)*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 395 ss.; A. P. ROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli 2003, 569 ss., specie 572 ss., anche nota 7 (ove è riprodotto il saggio *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c. (Appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluti al giudice)*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 393 ss.); L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata. Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, 2<sup>a</sup> ed., Torino 2004, 108 ss., 281 ss., 313 ss., 419 ss., 477 ss., 507 ss.; R. TSCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, To-

Preliminare rispetto all'indagine che ci prefiggiamo di svolgere è la definizione del potere sostanziale di diritto privato; a questo tema è dedicato il presente capitolo.

Prima di procedere, occorre fornire un'importante avvertenza: la trattazione che si va ad intraprendere ha la limitata finalità di definire un insieme di situazioni giuridiche soggettive individuato sulla base di caratteristiche stabili e costanti, in ragione delle quali si pone, quale dato problematico, il rapporto tra esse ed il giudicato sostanziale; parametro di validità della ricostruzione è, quindi, la sua idoneità ad inquadrare il problema posto, nel rispetto di un vincolo di coerenza interna<sup>2</sup>. Esula, invece, dalle nostre intenzioni e, soprattutto, dallo scopo dell'analisi, proporre una definizione del potere sostanziale meritevole di accoglimento sul piano della teoria generale delle situazioni giuridiche soggettive. Siamo consapevoli, infatti, che, nell'ampia nozione che provvederemo a delineare, risulteranno ricomprese figure, le quali presentano reciproche significative differenze; differenze, che, se sono irrilevanti ai fini della nostra indagine, nondimeno, sul piano della teoria generale, potrebbero impedire di considerare unitariamente le figure *de quibus* e, conseguentemente, di ricostruire un'autonoma categoria di situazioni giuridiche soggettive – quella, per l'appunto, del potere sostanziale –, da porre al fianco di quelle tradizionalmente riconosciute.

Una volta appurato che nell'ordinamento vengono in rilievo situazioni giuridiche soggettive – che definiamo come poteri sostanziali –, caratterizzate da ciò che il titolare, mediante il loro esercizio, può produrre direttamente in via unilaterale effetti giuridici nella sfera altrui, potrà procedersi ad esaminare il quesito al quale il nostro studio aspira a conferire risposta: se, posteriormente alla sentenza dotata di autorità di cosa giudicata, sia consentito l'esercizio del potere sostanziale, mediante il quale è realizzata una modificazione giuridica, incidente sull'assetto della relazione giuridica intercorrente tra le parti, che è stato incontrovertibilmente dichiarato dalla pronuncia giurisdizionale.

## 2. *Potere giuridico e potere sostanziale*

Secondo una nozione di teoria generale, ampiamente condivisa, il potere giuridico designa la possibilità accordata dall'ordinamento al soggetto di operare nella realtà giuridica, producendo effetti giuridici rilevanti<sup>3</sup>. Gli effetti giuridici si rea-

---

rino 2009, 13 ss.; A. C. HIZZINI, *La revoca dei provvedimenti di giurisdizione volontaria*, Padova 1994, 210 ss.; G. SERGES, *Il "valore" del giudicato nell'ordinamento costituzionale*, in *Giur. it.*, 2010, 2819 ss.; R. CAPONI, *Giudicato civile e costituzione: incontri e scontri*, *ivi*, 2827 ss.

<sup>2</sup> La definizione, pertanto, è di genere stipulativo (nello stesso modo, R. STEINER, *Das Gestaltungsrecht*, diss., Zürich 1984, 65; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova 1989, 156).

<sup>3</sup> In dottrina v'è accordo su questa generale definizione, seppur le ricostruzioni divergano quanto a presupposti e risultati (in specie circa la possibilità di riguardare il potere giuridico, assunto in que-

lizzano nella sfera dell'agente o di altri soggetti, ovvero, contestualmente, nella propria e nell'altrui sfera giuridica.

Il potere giuridico, quando il suo esercizio non è diretto a produrre effetti giuridici che si verificano esclusivamente nella sfera dell'agente, ma a realizzare effetti incidenti (anche) nella sfera giuridica altrui, non può operare, per regola generale, senza la cooperazione di questo soggetto, ossia in mancanza di un corrispondente esercizio del potere giuridico da parte di quest'altro. Solo quando la modificazione giuridica è di carattere obiettivamente vantaggioso – consistendo esclusivamente nell'attribuzione di un diritto o nell'eliminazione di un obbligo –, essa può prodursi senza necessità del consenso dell'interessato, al quale, tuttavia, è garantito il potere di rifiuto, che impedisce la realizzazione dell'effetto giuridico (arg. ex artt. 649, 1236, 1333 e 1411 c.c.)<sup>5</sup>.

---

sta accezione, come autonoma situazione giuridica soggettiva): T. P. ERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, rist. Roma 1938, 55-56; F. C. ARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, rist. Padova 1933, 105; SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947, 172 ss.; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, 238 ss.; E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giurisdizionale*, Milano 1957, 26 ss.; A. L. LENER, *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano 1985, 610 ss., specie 612 ss.; S. C. ASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano 1956, 218; E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano 1942, 26, 75 ss. (ove è riprodotto il saggio *Diritto subiettivo e potere giuridico*, in *Jus*, 1941, 550 ss. e in *Jus*, 1942, 205 ss.); F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino 1957, 191 ss., specie 211 ss.; A. ERASSI, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano 1962, 175 ss.; N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, 3<sup>a</sup> ed., Torino 1976, 79 ss.; R. CAPONI, *Gli impedimenti all'esercizio dei poteri giuridici nella disciplina della decadenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 45 ss., specie 48; V. TAVORMINA, *Il processo come esecuzione forzata*, Napoli 2003, 7 ss.; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, I, Roma-Bari 2007, 308-309, 587 ss., specie 593 ss.; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano 1975 ss., specie 118 ss.; *Id.*, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA, 2<sup>a</sup> ed., Bologna 1998, 261 ss., specie 281 ss.; F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova 2004, 139 ss., 158 ss.; G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, 114 ss., specie 115-116, 117 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 15<sup>a</sup> ed., Napoli 1989, 119; A. CERRI, *Potere e potestà*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1998, 2; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova 2000, 394-395. Peraltro, il tema del potere giuridico, in questa ampia accezione, si ricollega a quello dell'autonomia privata (o negoziale), che di esso è caratteristica espressione; al riguardo, v., soprattutto, SANTI ROMANO, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 14 ss., specie 24 ss.; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano 1959, 212 ss., 221 ss.; SALV. ROMANO, *Autonomia privata*, Milano 1957, 49 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli 1994, rist. corretta della 2<sup>a</sup> ed. 1950, 43 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano 2001, 23 ss.; E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, Milano 1988, 12 ss.; K. A. DOMEIT, *Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche*, Berlin 1969, 10 ss.

<sup>4</sup> A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, cit., 619; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 24-25; A. CERRI, *Potere e potestà*, cit., 5; E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, cit., 15.

<sup>5</sup> A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, cit., 619; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 27; E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, cit., 16-17; C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli 1972, 102 ss.; *Id.*, *Atti unilaterali*. I) *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1988, 2-3; il rifiuto impedisce la realizzazione (o, più ampiamente, il definitivo consolidamento) dell'effetto giuridico nella sfera del beneficiario: C. DONISI, *Atti unilaterali*, cit., 2; *Id.*, *Il problema*, cit., 105; in modo conforme, con riferimento all'art. 1333 c.c., V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 127. Per la dimostrazione dell'atipicità dei negozi unilate-

Il potere giuridico, come possibilità di produrre effetti giuridici rilevanti, costituisce, secondo i principi costituzionali dello Stato democratico e liberale, un attributo generale del soggetto di diritto, che rispecchia una posizione di libertà riconosciuta in modo indifferenziato a tutti i soggetti dell'ordinamento, concernente la competenza del singolo a dettare la disciplina dei propri interessi (autonomia privata)<sup>6</sup>. E sono sempre i medesimi principi fondamentali ad imporre che, quando il potere è volto alla produzione di effetti giuridici incidenti nella sfera altrui, per la loro realizzazione sia necessaria la cooperazione di questo soggetto (c.d. *Mitwirkungsprinzip*)<sup>7</sup>; l'autonomia privata, quale potere di darsi da sé le proprie regole, «garantisce ogni soggetto che le sue posizioni giuridiche non saranno incise per decisione unilaterale di un altro soggetto controinteressato, senza la corrispondente volontà (...) del soggetto interessato»<sup>8</sup>.

Tuttavia, l'ordinamento conosce ipotesi, nelle quali tale regola generale subisce deroga: al soggetto è attribuito il potere di determinare una modificazione

---

rali produttivi di effetti favorevoli nella sfera altrui, confronta: C. DONISI, *Atti unilaterali*, cit., 2 ss.; A. LENER, *op. cit.*, 619-620.

<sup>6</sup> In questo modo, oltre agli Autori citati alla nota 3, confronta: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2ª ed., Milano 2000, 30-31; M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova 2003, 175 ss., specie 183 ss., 195 ss.; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 724 ss., specie 741, 755-756. Può essere al riguardo opportuno precisare che il potere, come attributo generale del soggetto, si distingue pur sempre dalla capacità giuridica e dalla capacità di agire. La prima, infatti, designa la possibilità di contenuto della sfera giuridica del soggetto, ossia l'idoneità del soggetto di diritto ad essere titolare di situazioni giuridiche soggettive all'interno dell'ordinamento di riferimento; il potere giuridico, al contrario, definisce l'attitudine del soggetto di operare nell'ordinamento giuridico, ponendo in essere effetti giuridici che determinano il mutamento (in senso lato) della realtà giuridica. È in ragione di tali caratteri che il potere giuridico è stato ricondotto da parte della dottrina all'interno della capacità di agire, della quale si è ritenuto costituire esplicazione o manifestazione (così, SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, cit., 190 ss.; SALV. ROMANO, *Autonomia privata*, cit., 50; G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, rist. Milano 1993, 3 ss., specie 22). A tale concezione, peraltro, se ne contrappone un'altra, che, con maggiore nettezza, distingue il potere giuridico dalla capacità, sottolineando che questa vale a designare le condizioni ed i presupposti in presenza dei quali il soggetto di diritto può assumere la determinazione giuridicamente rilevante, in esercizio del potere giuridico, il quale, propriamente, contrassegna la dimensione soggettiva della possibilità accordata dall'ordinamento al soggetto di operare nella realtà giuridica (così, A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, cit., 614; A. PIRAS, *Interesse legittimo*, II, cit., 179-180, nota 168; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 309; per la distinzione tra capacità di agire e potere, confronta anche F. C. ORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., 211; E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., 82 ss.; A. FALZEA, *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960, 8 ss., specie 17-18, 43 ss.).

<sup>7</sup> In questo modo, in specie, R. S TEINER, *Das Gestaltungsrecht*, cit., 6-7, 45 ss., 58-59; E. B ÖTTICHER, *Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsklagerecht*, in *Festschrift für H. Dölle*, Tübingen 1963, 41 ss., specie 43 ss.; K.P. STARKE, *Rückgängigmachung ausgeübter Gestaltungsrechte*, diss., Bielefeld 1985, 6-7; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 24; E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, cit., 15; C. BARNINI, *Gestaltungsgeschäfte e poteri formativi: considerazioni sul negozio giuridico unilaterale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 549 ss., specie 553-554, 556; M. DELL'UTRI, *Potere e democrazia nei gruppi privati*, Napoli 2000, 12 ss., specie 18.

<sup>8</sup> In questo modo, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 24, che così definisce il secondo valore del concetto di autonomia privata.

giuridica nella sfera di un altro soggetto, la quale si realizza a prescindere dal suo consenso<sup>9</sup>; l'effetto giuridico è prodotto in via unilaterale nei confronti di questo soggetto, il quale è costretto a subire la conformazione della propria sfera giuridica<sup>10</sup>.

In tali casi, non viene più in considerazione il generale potere giuridico, ma assumono rilievo figure peculiari di potere, le quali sono attribuite, al ricorrere di cause specifiche, a soggetti determinati<sup>11</sup>. Non si tratta di un attributo generale del soggetto, ma di prerogative specifiche, che pongono colui che ne è titolare in una posizione differenziata rispetto ai consociati, che designiamo come *poteri sostanziali*<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Il carattere derogatorio o, se si vuole, eccezionale, rispetto al principio generale innanzi ricordato dei poteri che abilitano un soggetto a produrre effetti giuridici in via unilaterale nella sfera altrui, ha dato luogo nella nostra dottrina ad indagini dirette a verificarne la compatibilità con i principi costituzionali e, in specie, con quello di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.; confronta, in particolare, C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli 1977, 4 ss.; G. LOMBARDI, *Poteri privati e diritti fondamentali*, Torino 1970, *passim*; M. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova 1986, 42 ss., 110 ss., 191 ss.; rileva il carattere eccezionale delle figure *de quibus* anche E. BETTI, *Teoria*, cit., 51-52, 221 ss.

<sup>10</sup> Tanto che chi ha ritenuto di configurare unitariamente il potere giuridico, non ha mancato di rilevare che non tutte le figure soggettive in relazione alle quali si utilizza il termine di potere sono riconducibili ad un unico concetto e, in particolare, ha riguardato quali ipotesi peculiari e specifiche le figure in esame: SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, cit., 177-178; A. PIRAS, *Interesse legittimo*, II, cit., 175 ss., 184 ss.; B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, I, 2<sup>a</sup> ed., Milano 2003, 699 ss., specie 779-780, il quale, sulla base di tale carattere, distingue il potere amministrativo da altri poteri spettanti alla pubblica amministrazione, i cui effetti operano all'interno dell'amministrazione stessa.

<sup>11</sup> Parte della dottrina, osservando che la nozione di potere giuridico appare una figura dotata di scarso valore ricostruttivo, quando è utilizzata per designare l'attitudine del soggetto a produrre effetti giuridici nella propria sfera, sovrapponendosi, nonostante i chiarimenti forniti (v., *supra*, nota 6), al concetto di capacità di agire ovvero costituendo un mero riflesso di uno stato di libertà riconosciuto al soggetto dall'ordinamento (A. DI MAJO, *Legittimazione negli atti giuridici*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano 1974, 52 ss., specie 56; A. PIRAS, *Interesse legittimo*, II, cit., 177 ss.; M. DELL'UTRI, *Potere e democrazia*, cit., 10), sottolinea l'opportunità di utilizzare la nozione di potere per designare l'area dell'agire per altri o con effetti per o su altri e, dunque, per definire una speciale prerogativa del soggetto, che lo abilita a compiere attività giuridicamente rilevanti, che la generica capacità di agire non gli consentirebbe (confronta, S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano 1935, 24 ss., 72 ss.; ID., *Considerazioni sul potere di disposizione*, in *Diritto civile. Saggi*, Milano 1951, 33 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9<sup>a</sup> ed., Napoli 1966, 34, 130-131, 266-267; G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo*, cit., 118-119; A. PIRAS, *Interesse legittimo*, II, cit., 177 ss., 184 ss.). Con ciò, peraltro, non sono identificate figure omogenee di potere; all'interno di tale ampia categoria, rientrano, infatti, fattispecie, che, al di là del carattere estrinseco dell'agire per altri o con effetti su o per altri, presentano tra loro significative differenze quanto a presupposti, struttura, contenuto e funzione; appare intuitivo, per limitarci a figure di cui ci occuperemo (*infra*, par. 3), che vi sia diversità tra il potere di recesso ed il potere di rappresentanza.

<sup>12</sup> Molto chiaramente, su tali aspetti, R. STEINER, *Das Gestaltungsrecht*, cit., 45 ss., 58-59, il quale rileva che, quando un soggetto può produrre in via unilaterale effetti giuridici nella sfera altrui, senza la cooperazione di questo soggetto, viene in rilievo una « *besondere Legitimation*»; in modo analogo, D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 9<sup>a</sup> ed., Heidelberg-München 2006, 40; E. BÖTTICHER, *Gestal-*

### 3. Il potere sostanziale

I poteri di conformazione dell'altrui sfera giuridica sono definiti dalla dottrina italiana *diritti potestativi*, mentre nell'ordinamento tedesco è invalsa la denominazione di *Gestaltungsrechte*; l'enucleazione della figura si deve alla dottrina tedesca formatasi a cavallo del XIX e del XX secolo e, in Italia, all'opera di Giuseppe Chiovenda<sup>13</sup>.

Non sembra né utile né opportuno dar conto della complessa elaborazione dell'istituto, provvedendo a ricostruire un dibattito, i cui termini, anche grazie a notevoli indagini, sono ampiamente noti<sup>14</sup>. Ciò che ai nostri fini rileva, infatti, è porre in rilievo quello che appare essere il risultato fondamentale della riflessione scientifica: l'acquisizione, da parte della giurisprudenza teorica e pratica, dell'esistenza di peculiari figure di potere, le quali sono contrassegnate da ben individuati carat-

---

*tungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht*, Berlin 1964, 4; I.D., *Besinnung*, cit., 43 ss.; M. BECKER, *Gestaltungsrecht und Gestaltungsgrund*, in *Arch. f. civ. Praxis*, 1988 (188), 24 ss., specie 27-28; E. ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, II, Leipzig 1898, 43-44; K.P. STARKE, *Rückgängigmachung*, cit., 6-7; nella nostra dottrina, confronta, in specie, B. CARPINO, *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Napoli 1977, 81; C. BARNINI, *Gestaltungsgeschäfte e poteri formativi*, cit., 558, 561; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 72; A. PIRAS, *Interesse legittimo*, II, cit., 184 ss.

<sup>13</sup> Il percorso che ha condotto all'enucleazione dei diritti di modificazione giuridica può essere tracciato, a nostro avviso, soprattutto attraverso le opere di A. THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Aalen 1964, rist. ed. Weimar 1878, 338 ss., specie 341 ss., il quale con l'espressione *Befugnis* designava, senza compiere ulteriori distinzioni, i singoli casi di potere giuridico, al cui esercizio, in via unilaterale, la legge ricollega la produzione di effetti giuridici; E.I. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, I, Aalen 1979, rist. ed. Weimar 1886, 89 ss., il quale aveva enucleato i c.d. *negativen Rechte*, definendoli quali «diritti la cui efficacia si limita a ciò, di rompere l'efficacia di un altro diritto, ossia o solo paralizzandolo o annullandolo», in dipendenza dell'esercizio ad opera del soggetto legittimato; L. ENNECERUS, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, II, Marburg 1889, 600 ss., il quale individuò la categoria delle facoltà acquisitive (*Erwerbserwerbungen*), costituenti, secondo l'Autore, una particolare categoria di diritti, aventi per contenuto esclusivo il potere di acquisto di un diritto; E. ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, cit., 32 ss., al quale deve essere riconosciuto il merito di avere per la prima volta delineato secondo linee sistematiche rigorose, ancor oggi poste a base della figura, i diritti di modificazione giuridica, denominati *Rechte des rechtlichen Könnens* (diritti del potere giuridico), ponendoli al fianco dei *Rechte des rechtlichen Dürfen* (i diritti assoluti) e dei *Rechte des rechtlichen Sollens* (i diritti di credito). L'organica sistemazione della categoria, peraltro non priva di tratti di originalità, fu compiuta da E. SECKEL nell'opera *Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts*, Darmstadt 1954 (edizione speciale dello scritto apparso in *Festgabe für R. Koch*, Berlin 1903), a cui si deve anche la denominazione, oggi di uso comune, di *Gestaltungsrechte* (op. cit., 12). In Italia, va ascritto a Giuseppe Chiovenda (*L'azione*, cit., 20 ss., 93 ss.) il merito di aver delineato la nuova figura, anche per mezzo del recepimento dell'elaborazione compiuta dalla dottrina germanica; l'illustre Autore conferì alle situazioni giuridiche *de quibus* il nome di diritti potestativi, in chiara assonanza alla denominazione di Zitelmann, recepita da K. HELLWIG sin dall'opera *Anspruch und Klagerecht*, Jena 1900, 2-3, piuttosto che a quella proposta da Seckel (il cui scritto, edito nel 1903, del resto, è coevo al saggio chiovendiano sull'azione).

<sup>14</sup> Ci riferiamo, in specie, per la letteratura italiana, a B. CARPINO, *L'acquisto coattivo*, cit., 69 ss.; G. MESSINA, *Diritti potestativi*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino 1960, 737 ss.; nella letteratura tedesca, confronta, H. HELMREICH, *Das Selbsthilfeverbot des französischen Rechts und sein Einfluß auf Gestaltungs- und Gestaltungsrecht*, Berlin 1967, 17 ss.; R. STEINER, *Das Gestaltungsrecht*, cit., 80 ss.

teri strutturali, che consentono di predicare la legittimità teorica di un'unitaria categoria di situazioni giuridiche soggettive<sup>15</sup>.

Il dato da cui muovere è quello posto in evidenza al termine del precedente paragrafo: i poteri *de quibus* traggono origine da una causa specifica – una certa situazione di fatto o un determinato titolo giuridico – e costituiscono una prerogativa del soggetto, consentendo al loro titolare di produrre in via unilaterale effetti giuridici nella sfera di un altro soggetto, il quale è costretto a subirli<sup>16</sup>; e tanto vale a distinguerli dal potere giuridico, quale attributo generale del soggetto<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Per la qualificazione dei diritti potestativi come figure particolari di potere: SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, cit., 173 ss.; E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., 90-91; G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo*, cit., 118; G.G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano 1942, 187 ss., specie 201 (ove è riprodotto, con alcune variazioni, il saggio *Poteri formativi e diritti potestativi*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, I, 557 ss.); C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, 2<sup>a</sup> ed., Milano 2000, 6, 38-39; A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, cit., 627; M. CLARICH, *Giudicato e potere*, cit., 162-163; G. MESSINA, *Diritti potestativi*, cit., 737; G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 20 ss.; ID., *Principii di diritto processuale civile*, 3<sup>a</sup> ed., rist. Napoli 1980, 40 ss.; L. FERRI, *L'autonomia privata*, cit., 219; A. CERRI, *Potere e potestà*, cit., 2; B.G. MATTARELLA, *L'attività*, cit., 779 ss.

<sup>16</sup> Isolata è rimasta la tesi dottrinale (dovuta a K. ADOMEIT, *Gestaltungsrechte*, cit., 10 ss., specie 19 ss.), che ha ritenuto di raffigurare come diritto potestativo l'attitudine generale del soggetto di produrre effetti giuridici; peraltro, è opportuno notare che tale ricostruzione non trascura di porre in evidenza le peculiarità delle figure in cui un soggetto è abilitato a produrre in via unilaterale effetti nella sfera altrui (K. ADOMEIT, *Gestaltungsrechte*, cit., 13, 21, 35 ss.), tanto che non si è mancato di rilevare il carattere meramente formale dellareductio ad unitatem operata (come osservato, nella recensione all'opera di Adomeit, da A. SÖLLNER, in *Arch. f. civ. Praxis*, 1970 (170), 76 ss., specie 77).

<sup>17</sup> In modo conforme, E. SECKEL, *Die Gestaltungsrechte*, cit., 14; E. ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, cit., 43-44; G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 20; G. MESSINA, *Diritti potestativi*, cit., 742-743; G.G. AULETTA, *La risoluzione*, cit., 189 ss., specie 192 ss.; W. SCHLOCHOFF, *Die Gestaltungsrechte und ihre Uebertragbarkeit*, diss., Niedermarsberg 1933, 3; H. HELMREICH, *Das Selbsthilfeverbot*, cit., 25-26; E. BÖTTICHER, *Gestaltungsrecht*, cit., 4; ID., *Besinnung*, cit., 43 ss.; R. STEINER, *Das Gestaltungsrecht*, cit., 2-3, 45 ss., 58 ss.; K.P. STARKE, *Rückgängigmachung*, cit., 6-7; M. BECKER, *Gestaltungsrecht*, cit., 27-28; L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 1, rist. Torino 2000, 321-322; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, cit., 6, 38-39; A. PIRAS, *Interesse legittimo*, II, cit., 184 ss.; B. CARPINO, *L'acquisto coattivo*, cit., 81-82, 91; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli 1979, 271; A. CERRI, *Potere e potestà*, cit., 2; R. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano 1932, 119-120; S. S. ANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano 1965, 175-176; in modo analogo, il carattere specifico del potere di incidere in via unilaterale nella sfera altrui è posto in rilievo dalle indagini concernenti il potere amministrativo: A. ROMANO, *I soggetti*, cit., 312 ss.; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino 2006, 26 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 616. In ciò, del resto, trova fondamento la comune opinione secondo cui le figure di potere sostanziale sono solo quelle previste dalla legge; nel settore privato, si afferma che i diritti potestativi sono un *numerus clausus* (G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 41; G. MESSINA, *Diritti potestativi*, cit., 743, il quale precisa, con riferimento alle figure di fonte convenzionale, che «ciò non toglie che la legge stessa possa in alcuni casi richiedere che il diritto potestativo sia particolarmente attribuito da un negozio giuridico»; in modo analogo, A. CERRI, *Potere e potestà*, cit., 3; C. BARNINI, *Gestaltungsgeschäfte e poteri formativi*, cit., 560, 563; M. DELL'UTRI, *Potere e democrazia*, cit., 21); nel settore del diritto pubblico, è comune l'affermazione della tipicità e nominatività dei poteri amministrativi (M. CLARICH, *Giudicato e potere*, cit., 170; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., 26 ss.; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, 2<sup>a</sup> ed., I, Milano 2003, 797 ss., specie 810; A. ROMANO, *I soggetti*, cit., 312 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 616-617).

È proprio in ragione di ciò che la dottrina, sia tedesca che italiana, ha ricondotto i poteri sostanziali all'interno del *genus* dei diritti soggettivi, conferendo ad essi, in senso specificativo rispetto alle altre *species* (diritti assoluti e di credito), il *nomen* di diritti potestativi e di *Gestaltungsrechte*, in una sintesi verbale espressiva della contaminazione tra diritto e potere. Diritto, in quanto siamo in presenza di una prerogativa del soggetto, che lo pone in una posizione differenziata rispetto ai consociati: «*denn was jeder kann, ist nicht konkrete Macht; jedes subjektive Recht ist ein Vor-Recht, ein mehreres gegenüber dem, was alle oder viele können; eine Macht, die den andern nicht zustehet*»<sup>18</sup>. Il riferimento all'area semantica del potere, invece, vale ad identificare il contenuto specifico e caratteristico dei diritti *de quibus*, che si risolve, per l'appunto, nel potere di produrre effetti giuridici, consistenti nella costituzione di diritti e rapporti giuridici e nell'estinzione o modificazione di situazioni giuridiche esistenti<sup>19</sup>.

Preferiamo, tuttavia, non adottare la terminologia tradizionale. Questa scelta consente, da un lato, di non impegnarci in via preliminare sulla questione – che non appare, invero, decisiva<sup>20</sup> – concernente la qualificazione come diritti sogget-

<sup>18</sup> Così, E. SECKEL, *Die Gestaltungsrechte*, cit., 14; analogamente, osserva E. ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, cit., 43-44: «man wird vielmehr von subjektiven Rechten nur sprechen, wo durch konkrete Tatsachen gerade für diese einzelne Person im Unterschied gegen andere eine besondere Möglichkeit erwachsen ist, eine bestimmte Wirkung herbeizuführen, und zwar eine Wirkung, an der sie ein Interesse hat». In modo conforme, K. HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht*, I, Aalen 1968, rist. ed. Leipzig 1903, 232-233; W. SCHLOCHOFF, *Die Gestaltungsrechte*, cit., 2-3; H. HELMREICH, *Das Selbsthilfeverbot*, cit., 25-26; R. STEINER, *Das Gestaltungsrecht*, cit., 2-3, 45, 55 ss., specie 57-58; E. BÖTTICHER, *Gestaltungsrecht*, cit., 4; Id., *Besinnung*, cit., 43 ss.; K.P. STARKE, *Rückgängigmachung*, cit., 6; P. BYDLINSKY, *Die Uebertragung von Gestaltungsrechten*, Wien 1986, 11, 15; C.M. BANCA, *Diritto civile*, 6, cit., 38-39; L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, cit., 321-322; C. BARNINI, *Gestaltungsgeschäfte e poteri formativi*, cit., 561-562; A. FALZEA, *La separazione personale*, Milano 1943, 128, nota 8; G. GIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 21-22 (per il quale «quando il diritto connette all'atto lecito unilaterale d'un cittadino (...) la nascita di effetti giuridici nuovi inevitabili per parte di colui sulla cui sfera gravano, ivi è una potenza autonoma, un diritto subiettivo»).

<sup>19</sup> V., infatti, G. GIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 20; Id., *Principii*, cit., 42 (ove il *nomen* «*diritti potestativi*» è giustificato osservando che «tali diritti si esauriscono in un puro *potere giuridico*»); in modo analogo, L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, cit., 322 e, nella dottrina tedesca, E. SECKEL, *Die Gestaltungsrechte*, cit., 9, 12; K. HELLWIG, *Lehrbuch*, I, cit., 232-233; E. ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, cit., 32, 34-35, 43-44. Questo carattere specificante consente di individuare quale *species* autonoma, all'interno del *genus* dei diritti soggettivi, i diritti potestativi, pur nell'ambito di concezioni per le quali il diritto soggettivo racchiude in sé, quale elemento necessario per definirne il concetto, il potere (v., infatti, G. MESSINA, *Diritti potestativi*, cit., 737; per tale concezione del diritto soggettivo, confronta F. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. Scialoja, I, Torino 1886, 335 ss.; B. WINDSCHEID-T. KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, 8<sup>a</sup> ed., Frankfurt am Main, 1900, 130 ss).

<sup>20</sup> La questione sembra avere un rilievo puramente classificatorio, atteso che la nozione delle figure di potere in considerazione è chiaramente delineabile, a prescindere dalla loro qualificazione come diritti soggettivi: «pare un eccesso di qualificazione irrilevante, cioè non utile ma neppure nocivo, presentare come diritti soggettivi (potestativi) quelli che altro non sono che specifici poteri giuridici, simili in ciò ad altri poteri» (A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, cit., 627; per analoghi rilievi, G. SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, II, Padova 1963, 42 ss.; S. PULEO, *I diritti potestativi (individuazione*



tivi di situazioni giuridiche, il cui contenuto si risolve nel potere di produrre una modificazione giuridica nella sfera altrui, e, da un altro lato, di conferire all'analisi tutta l'ampiezza desiderabile, senza le (inevitabili) delimitazioni derivanti dall'adesione alla teoria del diritto potestativo.

È infatti nostro convincimento che l'area di estensione del fenomeno che designiamo potere sostanziale sia più ampia di quella consuetamente riconosciuta al diritto potestativo: taluni caratteri, che la dottrina del diritto potestativo ha contribuito a porre in luce, appaiono in effetti qualificanti, al contrario di altri, che, se possono valere ad identificare peculiari fattispecie di potere sostanziale, non assumono rilievo individuatore della figura.

Iniziamo dai primi, rinviando al paragrafo successivo l'analisi dei secondi.

A) Il potere sostanziale è una situazione giuridica soggettiva <sup>21</sup>. Vi sono nell'or-

---

*delle fattispecie*), Milano 1959, 3-4; R. CAPONI, *Gli impedimenti*, cit., 51; M. CLARICH, *Giudicato e potere*, cit., 163-164, seppure tale osservazione sia compiuta al fine di affermare che «la vera contrapposizione è tra i concetti di diritto soggettivo e di potere giuridico». Si tratta di una disputa che ha per lungo tempo affaticato la dottrina; essa sorgeva dalla premessa accolta in ordine alla configurazione del diritto soggettivo, trovando diversa soluzione, a seconda che al concetto fosse ritenuto o meno essenziale l'elemento della pretesa ad un comportamento (attivo o inattivo) di un altro soggetto, obbligato al suo compimento (sul punto, con diversità di orientamenti, confronta: A. LFR. ROCCO, *La sentenza civile*, Torino 1906, 98-99; U. ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, Roma 1917, 314 ss., specie 322; R. BOLAFFI, *Le eccezioni*, cit., 121 ss.; A. FALZEA, *La separazione*, cit., 129-130, nota 9; F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova 1936, 54; B. CARPINO, *L'acquisto coattivo*, cit., 75 ss.; SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, cit., 176 ss., 188 ss.; G.G. AULETTA, *La risoluzione*, cit., 189 ss., 199 ss.; G. MESSINA, *Diritti potestativi*, cit., 738 ss.; G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 21; ID., *Principii*, cit., 41-42, in nota; L. FERRI, *L'autonomia privata*, cit., 218 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Diritti potestativi, rappresentanza, contratto a favore di terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, 351 ss., specie 356-357).

<sup>21</sup> In senso contrario, coloro che, negando che il potere costituisca una situazione giuridica, lo qualificano come una "forza" (v., in specie, G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo*, cit., 116; E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., 76; F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 23, 139 ss., 158 ss.) o come fattispecie normativa dinamica di un comportamento libero (G. GARINO, *Potere*, cit., 238 ss., specie 249, 253, il quale, molto nettamente, a pag. 241 afferma che «il concetto di potere come situazione giuridica va bandito dal nostro vocabolario»; in modo analogo, A. PRAS, *Interesse legittimo*, II, cit., 175 ss., testo e note; N. IRTI, *Introduzione allo studio*, cit., 83 ss., 91 ss.); contrastano la legittimità della nozione di potere giuridico come posizione giuridica del soggetto anche D. B. ARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, 5<sup>a</sup> ed., Torino 1958, 138-139 e S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*, cit., 224, 226. A tali orientamenti è comune la valorizzazione del momento oggettivo della qualificazione giuridica (il modello normativo di una fattispecie di comportamento) a discapito di quello soggettivo, che designa l'imputazione della condotta al soggetto, quale autore potenziale della condotta regolata. Orbene, ci sembra che al momento soggettivo, che si concreta nell'identificazione di una situazione giuridica in capo al soggetto, la quale designa, dal punto di vista statico, la posizione dell'autore potenziale di un determinato comportamento descritto da una norma, non sia né utile né possibile rinunciare, in tutte quelle ipotesi in cui la fattispecie di comportamento, da un lato, è ricollegata al soggetto al ricorrere di cause specifiche e, dall'altro lato, designa la possibilità di una condotta al cui compimento segue la produzione di effetti giuridici, la quale non spetta indistintamente a tutti i soggetti dell'ordinamento, ma solo ai soggetti che si trovino in una determinata posizione. Questa, per l'appunto, si presta ad essere designata come situazione giuridica soggettiva: il potere sostanziale.

dinamento norme, le quali, disponendo, per l'ipotesi del verificarsi di una determinata fattispecie, la possibilità per il soggetto di operare una modificazione giuridica, necessariamente si subbiettivizzano in capo al soggetto, attribuendogli una situazione giuridica (il potere sostanziale)<sup>22</sup>; questa costituisce una prerogativa del soggetto a cui è imputata, atteso che il titolare del potere si trova in «una situazione concreta e singolare di preminenza»<sup>23</sup>, che lo pone in una posizione differenziata rispetto ai consociati, essendogli consentito di produrre in via unilaterale effetti giuridici nella sfera di un altro soggetto, il quale è costretto a subirli<sup>24</sup>.

Peraltro, il potere *de quo* è attribuito al soggetto in vista del perseguimento di uno specifico interesse, che è realizzato dalla produzione della modificazione giuridica nella sfera altrui<sup>25</sup>: il bene giuridico è rappresentato dal mutamento giuridico<sup>26</sup>; la

---

ziale è la situazione giuridica, che abilita il soggetto alla produzione di predeterminati effetti giuridici in via unilaterale nella sfera altrui, ove egli ponga in essere un comportamento conforme alla fattispecie di comportamento descritta dal modello legale. Il contrasto, rispetto ad alcuni degli Autori citati, peraltro, è più apparente che reale, atteso che si riconosce che il potere costituisce una vera e propria situazione giuridica soggettiva, quando, come nelle ipotesi in esame, designa «una situazione di libertà, niente affatto generale, ma propria ed esclusiva di un determinato soggetto» (A. PIRAS, *Interesse legittimo*, II, cit., 184; in modo sostanzialmente analogo, seppur implicitamente, G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo*, cit., 118-119). Per la qualificazione del potere giuridico come situazione giuridica soggettiva, confronta, in specie, A. ROMANO, *I soggetti*, cit., 274 ss.; ID., *Giurisdizione*, cit., 117 ss.; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., 211 ss.; G. SUPPIEJ, *La struttura*, II, cit., 42 ss.; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 308-309; V. TAVORMINA, *Il processo*, cit., 7 ss.

<sup>22</sup> A. PIRAS, *Interesse legittimo*, II, cit., 184-185, 187, nota 178; B. CARPINO, *L'acquisto coattivo*, cit., 92-93; E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., 79-80; C. BARNINI, *Gestaltungsgeschäfte e poteri formativi*, cit., 561-562; G.G. AULETTA, *La risoluzione*, cit., 199.

<sup>23</sup> Così, S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano 1987, 142, a cui aderisce R. ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale, decadenza*, Padova 2003, 2.

<sup>24</sup> «Si tratta di una situazione di libertà, niente affatto generale, ma propria ed esclusiva di un determinato soggetto» (così, come già ricordato, A. PIRAS, *Interesse legittimo*, II, cit., 184-185); la configurazione del potere *de quo* come prerogativa specifica del soggetto è insita nella teoria del diritto potestativo (per riferimenti, v., *supra*, le note 17 e 18) ed essa emergeva chiaramente già nel pensiero di G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 22, per il quale si tratta del «potere di volere dati effetti giuridici: pertanto né altri può produrli se non colui a cui la legge lo concede».

<sup>25</sup> Per la raffigurazione delle situazioni giuridiche soggettive come il risultato di un procedimento di qualificazione normativa di un interesse materiale del soggetto, definibile come rapporto di tensione tra un soggetto ed un bene, di natura oggettiva (in quanto interesse tipico, astrattamente identificato dalla legge), che sorge al ricorrere di determinati fatti e presupposti, L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, cit., 260-261, 271; L. BIGLIAZZI GERI, *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, IX, Torino 1993, 527 ss., specie 537; in modo analogo, S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., 62; R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano 1962, 9; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 12<sup>a</sup> ed., Napoli 2006, 55-56; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, 3<sup>a</sup> ed., Milano 1993, 74 ss., specie 81; A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 105; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, 2<sup>a</sup> ed., Napoli 1935, 1 ss., 8 ss.; S. S. ATTA, *L'esecuzione forzata*, 4<sup>a</sup> ed., Torino 1963, 3; R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano 1996, 3-4; A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, 273 ss., specie 280 ss., 285.

<sup>26</sup> Nella dottrina dei diritti potestativi, è frequente l'osservazione che si tratta di situazioni giuridiche che consentono al titolare di ottenere un risultato favorevole mediante la produzione di un effetto giuridico nella sfera altrui (L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, cit., 321;

produzione di questo realizza l'interesse, in ragione del quale è data al soggetto la situazione giuridica di potere<sup>27</sup>.

B) L'effetto giuridico si produce sempre – anche se di regola non esclusivamente<sup>28</sup> – nella sfera di un altro soggetto, il quale nulla deve fare perché esso si realiz-

---

B. CARPINO, *L'acquisto coattivo*, cit., 87-88; A. CERRI, *Potere e potestà*, cit., 4; R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, cit., 33; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, cit., 6, 38-39; A. FALZEA, *La separazione*, cit., 130-131); il bene giuridico è rappresentato dalla modificazione dello stato giuridico preesistente, «quando si abbia interesse a toglier di mezzo un rapporto giuridico o a costituirne uno nuovo» (G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 8; in modo analogo, B. CARPINO, *L'acquisto coattivo*, cit., 94, 102-103, nota 107; I.D., *Diritti potestativi*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1988, 2-3; G.G. AULETTA, *La risoluzione*, cit., 201; A. FALZEA, *La separazione*, cit., 130-131). A ciò si è obiettato che «se si qualifica propriamente come bene un *quid* atto al soddisfacimento di bisogni umani, non è lecito scorgere un bene nel mutamento giuridico (...) che non è altro che uno strumento diretto a procurare al soggetto del bisogno una posizione giuridica favorevole al suo *successivo* soddisfacimento» (E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., 91-92); precisato che l'obiezione dell'illustre Autore era diretta a contestare la qualificazione del diritto potestativo come diritto soggettivo, e che appare condivisibile la replica di CARPINO (*opp. locc. cit.*, per cui il mutamento giuridico diviene un bene giuridico, nella prospettiva della qualificazione normativa della situazione giuridica *de qua*), è però indubbio il nucleo di verità in essa contenuto (su cui vedi la nota seguente).

<sup>27</sup> Provvediamo a compiere, una volta per tutte, una precisazione: quando affermiamo che l'esercizio del potere realizza l'interesse, con ciò si vuol dire che da esso consegue la produzione di una situazione giuridica, tale per cui un determinato interesse diviene oggetto di protezione giuridica: è prodotto un nuovo effetto giuridico, che, ora, a differenza di quanto era a dirsi nello stato giuridico anteriore all'esercizio del potere, protegge un determinato interesse materiale (per tale ragione, i diritti potestativi vengono definiti come diritti-mezzo, diritti secondari o, ancora, come situazioni strumentali rispetto ad un effetto giuridico finale: G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 23; G. MESSINA, *Diritti potestativi*, cit., 737; A. FALZEA, *La separazione*, cit., 131; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., 213; A. PIRAS, *Interesse legittimo*, II, cit., 186 ss., testo e note 172, 176, 178; S. S. ATTA, *L'esecuzione*, cit., 6; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 152; B. CARPINO, *L'acquisto coattivo*, cit., 94; R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano 1991, 134). Questione diversa è quella della conformità dello stato di fatto alla nuova situazione di diritto; se, in altri termini, dal punto di vista materiale, l'interesse sia in stato di soddisfacimento o meno (per analoga considerazione, R. ORIANI, *Diritti potestativi*, cit., 110). Così, talvolta, può avvenire che l'esercizio del potere implichi anche il soddisfacimento materiale dell'interesse, senza che sia necessaria la cooperazione (doverosa in virtù della prodotta modificazione giuridica) dell'altro soggetto: ad esempio, l'affittuario, che ha il potere di fatto sul bene alienato in violazione della prelazione legale a suo favore prevista, esercita il potere di recesso nei confronti del terzo acquirente, a seguito del quale diviene proprietario della *res*; in questa ipotesi, la situazione di fatto corrisponde alla situazione di diritto. In altri casi, invece, le cose possono stare diversamente; ad esempio, il locatore esercita il recesso, a seguito del quale diviene doverosa la restituzione del bene da parte di colui che, a seguito dell'intervenuta modificazione giuridica, la detiene senza averne più titolo; in questa ipotesi, la situazione di fatto non corrisponde alla situazione di diritto conseguente all'intervenuto esercizio del potere, di guisa che il soddisfacimento dell'interesse dipende dalla cooperazione del soggetto obbligato. Che i due temi debbano trovare separata considerazione, può dimostrarsi anche prendendo in considerazione la medesima fattispecie: il venditore con patto di riscatto può essersi riservato o meno il godimento materiale del bene alienato; esercitato il potere, riacquista la proprietà sulla cosa; nel primo caso, il suo interesse si trova, dal punto di vista materiale, in stato di soddisfacimento, mentre nel secondo è doverosa la restituzione della *res*, di guisa che, in mancanza della spontanea cooperazione dell'obbligato, il riscattante potrà ottenere il soddisfacimento del suo diritto facendo ricorso alla tutela giurisdizionale.

<sup>28</sup> Si osserva frequentemente che l'esercizio del potere attua una conformazione complementare

zi, e nulla può fare per impedirne la produzione; in breve, egli è costretto a subirlo: si tratta di un potere di conformazione della sfera giuridica altrui, rispetto al quale il consenso alieno è irrilevante.

Il punto è di fondamentale importanza per la ricostruzione della figura.

Non si è in presenza di un potere sostanziale, quando l'effetto giuridico, conseguente ad un atto unilaterale, non incide nella sfera giuridica di un altro soggetto, ma interessa esclusivamente quella dell'agente; in tali ipotesi, si tratta dell'esplicazione del generale potere giuridico, spettante in modo indifferenziato ad ogni soggetto dell'ordinamento<sup>29</sup>.

Parimenti, non viene in rilievo un potere sostanziale, quando il destinatario degli effetti non è costretto a subirli, potendo impedire la modificazione della propria sfera giuridica, compiendo una determinata attività (rifiuto, opposizione); anche in questo caso, seppur per un diverso profilo, non è derogato il principio della necessaria cooperazione del soggetto nella cui sfera si realizzano gli effetti giuridici. Infatti, se occorre riconoscere che si prescinde da una positiva manifestazione di consenso del soggetto per la produzione dell'effetto giuridico, nondimeno si deve tenere in considerazione che egli non subisce l'effetto giuridico, potendo compiere un'attività che impedisce la modificazione della sua sfera giuridica; in definitiva, la realizzazione dell'effetto giuridico è pur sempre condizionata ad un'attività dell'in-

---

delle sfere giuridiche dei soggetti e che la modificazione giuridica realizzata nella sfera dell'agente può essere, eventualmente, di carattere sfavorevole (si pensi, significativamente, ai poteri a rilievo estintivo che operano all'interno dei rapporti obbligatori complessi, al cui esercizio consegue il venir meno anche di situazioni giuridiche di vantaggio dell'agente); tuttavia, ciò non è rilevante ai fini della ricostruzione della figura, per la quale è decisivo che l'effetto giuridico si realizzi anche nella sfera altrui (A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, cit., 627; E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 29; G. MESSINA, *Diritti potestativi*, cit., 743; E. BÖTTICHER, *Besinnung*, cit., 45-46; R. STEINER, *Das Gestaltungsrecht*, cit., 44, 55; K.P. STARKE, *Rückgängigmachung*, cit., 8).

<sup>29</sup> In questo modo, L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, cit., 321-322; B. CARPINO, *L'acquisto coattivo*, cit., 97; G. MESSINA, *Diritti potestativi*, cit., 743; G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo*, cit., 118-119; G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 21-22; R. BOLAFFI, *Le eccezioni*, cit., 121, 123, nota 1; G.G. AULETTA, *La risoluzione*, cit., 192-193; nella dottrina tedesca: W. SCHLOCHOFF, *Die Gestaltungsrechte*, cit., 5-6; E. BÖTTICHER, *Besinnung*, cit., 43; K.P. STARKE, *Rückgängigmachung*, cit., 9-10; R. STEINER, *Das Gestaltungsrecht*, cit., 6-7, 44-45, 55 ss., per il quale l'incisione della sfera giuridica altrui – c.d. *Eingriffswirkung* – è «il cardine del concetto di *Gestaltungsrecht*» (cit., 55-56), di guisa che «von der Ausübung eines Gestaltungsrechts kann man nur sprechen, wenn die dadurch erzeugten Rechtswirkungen nicht nur den eigene Rechtsbereich des zur Gestaltung Berechtigten betreffen» (cit., 44). In modo diverso, E. SECKEL, *Die Gestaltungsrechte*, cit., 15-16, annoverava tra i *Gestaltungsrechte* sia i diritti incidenti nella sfera altrui, sia quelli aventi effetti limitati alla sfera dell'agente (i primi definiti *Eingriffsrechte*, i secondi *Zugriffsrechte*). Non appartengono quindi alla categoria in considerazione, ad esempio, le facoltà acquisitive speciali (come l'occupazione della *res nullius*) o, ancora, l'accettazione dell'eredità, in quanto, in tutti questi casi, l'effetto giuridico è limitato alla sfera dell'agente e non incide su situazioni giuridiche altrui; certo, l'occupazione della cosa priva altri della possibilità di occuparla e di acquistarne la proprietà, l'accettazione dell'eredità impedisce ai chiamati successivi di diventare erede; tuttavia, «le posizioni di questi soggetti vengono toccate non in senso giuridico, ma in senso solo empirico; ad essi non si tolgono diritti, ma mere aspettative di fatto» (V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 26; in modo conforme, C. DONISI, *Atti unilaterali*, cit., 3; ID., *Il problema*, cit., 41-42, 149-150).

interessato. Non può quindi dirsi che l'agente sia titolare di un potere sostanziale, ossia di un potere di conformazione dell'altrui sfera giuridica, atteso che tale figura ricorre solo quando costui è soggetto, «così da non potersi sottrarre, all'effetto giuridico prodotto»<sup>30</sup>; in tali casi, invece, l'effetto non può realizzarsi contro la volontà dell'interessato<sup>31</sup>.

C) Il potere sostanziale si connota per la sussistenza di un contrasto (giuridico e non meramente economico) di interessi (c.d. *Interessengegensatz*) tra colui che ne è titolare ed il soggetto nella cui sfera si realizzano gli effetti: la modificazione giuridica opera a favore dell'uno e a carico dell'altro<sup>32</sup>.

Ciò consente di espungere dall'area di rilevanza del fenomeno figure che solo apparentemente sono ad esso riconducibili; ci riferiamo ad ipotesi in cui un sog-

<sup>30</sup> G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 21, che così definisce la posizione di colui che è esposto agli effetti dell'esercizio del potere, definendola soggezione; rimandando sul punto al par. 7, è ora da notare come, per Chiovenda, l'elemento posto in rilievo è essenziale per la configurazione del diritto potestativo, ricorrendo la figura solo quando al potere di produrre effetti giuridici faccia riscontro la soggezione altrui, non potendosi concepire «un contegno altrui contrario a questo potere» (G. CHIOVENDA, *L'azione*, cit., 22).

<sup>31</sup> Sono le ipotesi, già ricordate, degli artt. 649, 1236, 1333, 1411 c.c. Oltre a queste possono ricordarsi, ad esempio, quella dell'art. 546 cod. nav. (dichiarazione dell'assicuratore di non voler profittare degli effetti conseguenti all'abbandono della nave) e, nel codice civile, le fattispecie contemplate dagli artt. 537 e 753 c.c. (ove, in materia di commutazione e di affrancazione dell'immobile comune, l'opposizione degli interessati impedisce la realizzazione dell'effetto): in tutti questi casi, il destinatario può compiere un'attività, che impedisce la produzione di effetti nella sua sfera; su tali ipotesi, si rinvia, anche per ulteriori riferimenti, a R. O. RIANI, *Diritti potestativi*, cit., 58 ss., 64 ss., 72 ss. Con riferimento alla posizione di Renato Oriani, occorre compiere un approfondimento. Secondo l'illustre Autore, alla tecnica del diritto potestativo "puro o classico", in cui non v'è possibilità di reazione da parte del soggetto passivo, il quale, in caso di legittimo esercizio del potere, subisce gli effetti giuridici prodotti nella sua sfera, si affianca quella in cui, insieme all'attribuzione del diritto potestativo, è previsto un termine entro il quale il soggetto passivo può contestare (R. O. RIANI, *Diritti potestativi*, cit., 98 ss., 127 ss.); in questo caso, la contestazione «rende impossibile la produzione dell'effetto» (R. O. RIANI, *Diritti potestativi*, cit., 142). Orbene, a nostro avviso, in tal caso, siamo al di fuori del fenomeno in esame, proprio perché il destinatario dell'effetto può, con una propria attività, impedirne la realizzazione; egli, quindi, non è soggetto ad un potere altrui (in modo conforme, C. DONISI, *Il problema*, cit., 43, 359).

<sup>32</sup> Così, H. HELMREICH, *Das Selbsthilfeverbot*, cit., 36; R. STEINER, *Das Gestaltungsrecht*, cit., 24 ss. (il quale distingue tra *eigennützigen* e *fremdnützigen Rechten*, osservando che i diritti potestativi appartengono alla prima categoria); C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, 5<sup>a</sup> ed., Padova 2006, 113; G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 41; ID., *Istituzioni*, I, cit., 13; L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, cit., 321-322; G. MESSINA, *Diritti potestativi*, cit., 739 testo e nota 7; B. CARPINO, *L'acquisto coattivo*, cit., 87-88; R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, cit., 33; G.G. AULETTA, *La risoluzione*, cit., 202; in modo analogo, si sottolinea che il potere amministrativo è attribuito per il perseguimento di un interesse, che è valutato come prevalente rispetto a quello privato, che è sacrificato dagli effetti conseguenti all'esercizio del potere (per molti, confronta, A. ROMANO, *I soggetti*, cit., 319-320; B.G. MATTARELLA, *L'attività*, cit., 779 ss.; ID., *Potere amministrativo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, V, Milano 2006, 4393 ss., specie 4398). In generale, per il rilievo che il potere – qualsiasi potere, sia esso pubblico o privato – esprime la prevalenza di un interesse rispetto a quello con esso confliggente, B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., 401-402.