



Dall'inesigibilità alla riduzione

Mauro Orlandi

Prof. ord. dell'Università LUISS



SOMMARIO: 1. Le tre inesigibilità. – 2. La trappola delle parole. – 3. Efficienza. Efficacia. Effettività. – 4. Dalla inesigibilità alla riduzione. – 5. Il problema della condizione. – 6. *Segue*. Statuto essenziale della riduzione. – 7. Corollari.

1. Le tre inesigibilità

Esistono parole insidiose, che nella quiete apparente di una neutralità tecnica covano il germe della dissoluzione concettuale. Tra queste collocherei il lemma “inesigibilità”, il quale sembra esibire almeno tre accezioni.

L'inesigibilità diremo *forte*, che sta nella oggettività del titolo e preclude *ex se* l'azione o la pretesa del creditore. Figura esemplare: il termine¹.

¹ Per la recente letteratura da leggere il bel libro di D'ONOFRIO, *Il pactum de non petendo: struttura e disciplina*, Napoli, 2021, spec. 46 ss.; 131 ss. La quale distingue effetto del termine ed effetto del patto di non chiedere. Il primo oggettivo e rilevabile *ex officio*; il secondo soggettivo e rimesso alla eccezione in senso stretto. Su una linea assimilabile DALLA MASSARA, *Studio sull'interferenza tra il 'pactum de non petendo' e il decorso del tempo della prescrizione*, in *Nuovo dir. civ.*, 2, 2023, 15 ss.; MONTICELLI, *Inerzia e attività nell'esercizio del diritto*, Torino, 2024, 29-30, secondo il quale, «l'espressione “ogni diritto si estingue per prescrizione” allude, senza dirlo, all'insorgenza di un controdiretto del debitore, di natura potestativa, e dunque di possibile ma non necessario esercizio». A differenza del termine, la prescrizione genererebbe tale «controdiretto» potestativo.

Per il patto da leggere REICHEL, *Der Einforderungsverzicht ('pactum de non petendo')*, in *JheringsJahrb.*, LXXXV, 1935; ora nella traduzione critica a cura di dalla Massara e D'Onofrio, Pisa, 2018, 1 ss.; spec. 25 ss.

L'inesigibilità *debole*, la quale si riduce alla soggettività del titolare senza toccare il titolo, riconoscendo al debitore una mera eccezione processuale. Figura esemplare: il patto di non chiedere. Come pure – parrebbe – la prescrizione².

L'inesigibilità *assiologica*, di nuovo conio, che avvolgendo col mantello della buona fede il potere esattivo del creditore, postula come non esercitabile il credito tutte quelle volte che la condizione empirica del debitore appaia meritevole di compassione³.

L'analisi casistica disperde in rivoli l'unità del concetto e rifiuta ogni ordine sistematico. E così avremo che il termine renderebbe oggettivamente inesigibile il credito, come sembra scrivere l'art. 1185 c.c. (“*il creditore non può esigere*”); oggettivamente, nel senso che il titolo ostende il termine e il giudice che sia chiamato a condannare non potrà non leggerlo sulla pagina del contratto e dovrà d'ufficio rigettare la domanda. Il patto di non chiedere attribuirebbe solo a quel debitore e solo verso quel creditore una eccezione processuale, legata alla persona dei paciscenti e non al titolo dell'obbligazione. In tale caso, il giudice non potrebbe rilevare d'ufficio il patto, ancorché leggibile sulla pagina del contratto.

² DALLA MASSARA, *Studio sull'interferenza*, cit., 15. V. GALLO, *Pactum de non petendo e prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 5, 984; ora MONTICELLI, *Inerzia e attività nell'esercizio del diritto*, Torino, 2023, 67-68. Sulla storia della prescrizione per tutti v. CIMMA, *Prescrizione e decadenza nel diritto romano e intermedio*, in *Dig. disc. priv.*, XIV, Torino, 1996, 253 ss.

³ Si muove dall'ormai noto caso del canone locatizio inesatto: Sez. terza, 14 giugno 2021 n. 16743, in *Nuova giur. civ. comm.*, 5, 2021, 1043 ss.; e in parte seconda, con i commenti di G. D'Amico, F. Macario, C. Scognamiglio e mio.

Da segnalare come, con ordinanza 14 marzo 2024 n. 11219, la medesima terza sezione abbia nettamente sconfessato il proprio stesso precedente. Si legge al § 3.1.c: «il solo ritardo nell'esercizio del diritto, per quanto imputabile al titolare dello stesso e per quanto tale da far ragionevolmente ritenere al debitore che il diritto non sarà più esercitato, non può costituire motivo per negare la tutela giudiziaria dello stesso, salvo che tale ritardo sia la conseguenza fattuale di una inequivoca rinuncia tacita».

V. ora le note di AULETTA, *L'inesigibilità del credito tra cognizione ed esecuzione forzata del diritto*, in questo volume, in *Nuovo dir. civ.*, 2, 2025, in corso di pubbl., con riguardo alla posizione della Corte cost. n. 8/2023 (E. Navarretta red.).

Interessante leggerne un estratto: «la categoria della inesigibilità [...] vincola il creditore a esercitare la sua pretesa in maniera da tenere in debita considerazione, in rapporto alle circostanze concrete, la sfera di interessi che fa riferimento al debitore. || Di qui, la rilevanza che possono assumere [...] le condizioni in cui versa quest'ultimo. [E] la pretesa si dimostra dunque inesigibile fintantoché non sia richiesta con modalità che il giudice reputi conformi a buona fede oggettiva. [...] . L'inesigibilità, in tal modo, attenua la rigidità dell'obbligazione restitutoria che, in quanto obbligazione pecuniaria, non vede operare – per comune insegnamento – la causa estintiva costituita dall'impossibilità della prestazione. In particolare, l'inesigibilità non colpisce la fonte dell'obbligazione, ma funge da causa esimente del debitore, quando l'esercizio della pretesa creditoria, entrando in conflitto con un interesse di valore preminente, si traduce in un abuso del diritto».

Dissentito per le ragioni espresse nel mio *Ermeneutica del silenzio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 5, 2021, 2, 1171 ss. L'area di senso in cui si colloca tale fenomeno «abusivo» è quella della impossibilità empirica (non è «esigibile» uno sforzo che sacrifichi interessi primari); non della inesigibilità giuridica, secondo il concetto che tratteremo.

L'ovvio o l'intuitivo suggerisce di separare gli effetti del termine e della condizione sospensiva: la seconda – contrariamente al primo, connotato dalla certezza del tempo – non ammetterebbe *soluti retentio*.

Restringendosi al piano processuale della eccezione, tale da non «toccare» l'obbligazione⁴, la inesigibilità minore del *pactum de non petendo* neppure sospenderebbe il decorso della prescrizione⁵.

Minuziosa e irriducibile anche la articolata disciplina dell'esecuzione. L'art. 553 c.p.c. offre al creditore precedente la facoltà di scegliere l'assegnazione di un credito inesigibile, che – a dispetto di tale inesigibilità – è considerata *pro soluto* ed estingue obbligazione e processo esecutivo. Gli artt. 278, 280, 283 CCII suggerirebbero di restringere l'inesigibile al momento esecutivo, nel senso di immunizzare lo esdebitato dalla coercizione esecutiva⁶. Il *pactum de non exequendo*, avrebbe poi effetto, non già preclusivo dell'esecuzione bensì meramente risarcitorio⁷.

Per guadagnare il sistema appare indispensabile tornare alla radice, attraverso queste domande: cosa è la coercizione o forza dell'obbligazione? Cosa è e come si spiega la eccezione di «inesigibilità»?

⁴ V. sul punto DALLA MASSARA, *Il 'pactum de non petendo': modello o modelli di modulazione cronologica dell'obbligazione*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 5, Napoli, 2021, 127, ove: «nel contemporaneo, il *pactum de non petendo* è apparso come una figura di particolare interesse soprattutto perché – e qui torna a farsi sentire una certa impronta reicheliana – di esso colpisce il fatto che lasci intatta l'obbligazione originaria». Sulla medesima linea GALLO, *Pactum de non petendo e prescrizione*, cit., 990-992; e D'ONOFRIO, *Il pactum de non petendo: struttura e disciplina*, cit., 55 ss. *Infra*, § 3.

⁵ V. da ultimo, con trascurabile diversità d'accento, DALLA MASSARA, *Studio sull'interferenza*, loc. cit.; CHIZZINI, *Postfazione* a DALLA MASSARA, ORLANDI, *Studi sull'accordo di non chiedere*, Roma, 2024, 107-108; Gallo, *Pactum de non petendo e prescrizione*, cit., 993, ove letteralmente: «la stipulazione del *pactum de non petendo* non incide minimamente sotto il profilo del decorso del termine di prescrizione, che continua a decorrere al pari di prima, il che vale anzi in ogni caso a consolidare la posizione di vantaggio che compete il debitore; decorso il termine di prescrizione, il debitore potrà infatti in ogni caso contrastare la pretesa del creditore in virtù di un'eccezione, questa volta fondata non tanto sul patto, i cui effetti nel frattempo potrebbero essere venuti meno per scadenza del termine, per rinuncia o per mutuo dissenso, ma per l'appunto in esito al decorso del termine di prescrizione».

Preoccupazione inversa in CONFORTINI, *Pactum de non petendo e prescrizione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 12, 2021, 368 ss.; e ora MONTICELLI, *Inerzia e attività*, cit., 68-69, i quali denunciano la (vaga) immeritevolezza di una sospensione convenzionale «eccessiva».

⁶ V. le analitiche pagine di AULETTA, *L'inesigibilità del credito tra cognizione ed esecuzione forzata del diritto*, cit., il quale rileva – se non ne tradisco il pensiero – la polisemia del lemma inesigibilità, il quale sembra irriducibile a unità di categoria.

⁷ Cass. 29 settembre 2023, n. 27590, in *Nuovo dir. civ.*, 2024, 2, 110 ss., con nota di FILICE, *Il pactum de non exequendo tra diritto sostanziale, processo e crisi d'impresa*.

2. La trappola delle parole

Siamo soliti esprimerci secondo i modi del dovere o del potere; dicendo che Tizio ha l'obbligo o il diritto, sempre decliniamo gli ausiliari del puoi e del devi. Nulla di male. Se non fosse per il pericolo dell'abitudine, che silenziosamente conduce a due insidie: di ridurre tutto il diritto alle qualifiche estrinseche di dovere/potere; di entificare le situazioni giuridiche come oggetti suscettibili di possesso, popolando il giuridico di uomini portatori di cose utili come i diritti o disutili come i doveri.

Senza scendere alla radice di questi modi di dire sembra di non poter spiegare in semplicità; e si rimane prigionieri del descrittivismo, che fa di ogni caso una monade. Atteggiamento esegetico e passivo, incompatibile con l'ufficio ricostruttivo della scienza.

L'ultimo passo per uscire dalla trappola del linguaggio modale è abbandonare la estrema metafora del dovere; e ragionare intorno alla categoria dell'effetto⁸.

Nella logica modale c.d. deontica (del dover essere), l'effetto sarebbe da risolvere in *vicenda costitutiva, modificativa, estintiva dell'obbligo*, sicché all'avverarsi della fattispecie (all'accertamento di un caso conforme alla f.) si prevede il costituirsi modificarsi estinguersi di un predicato di dovere.

Su questa linea, si suole notare come il linguaggio giuridico appartenga al mondo prescrittivo o deontico (del dover essere); contrapposto a ontico (dell'essere; meglio, esistere). Potremmo qualificare deontica (relativa al *dover* essere; e non già al mero esistere) la teoria secondo cui l'effetto è una vicenda dell'obbligo.

È da riflettere invece come il dover essere sia un modo dell'essere; e come l'intera dinamica della giuridicità possa ridursi a un giudizio di conformità tra ipotesi e fatto storico. Il dovere (e così pure il potere, e le relative declinazioni) si converte e risolve in una *relazione giuridica di necessità*. La necessità è in ciò: che la posizione dell'effetto segue *necessariamente* al verificarsi del fatto, conforme alla fattispecie⁹.

La riduzione della norma a struttura ipotetica implica il passaggio dal comando alla combinazione di fattispecie; dal prescrittivo al *descrittivo*. La fonte *describe* un possibile A; all'accadere del quale prevede un possibile B. Se accade un *fatto* riconducibile al modello ipotetico (se A), allora si applica l'effetto B; ossia entra in vigore la fattispecie B.

⁸ V. ora GENTILI, *Gli effetti giuridici tra fisica e metafisica*, in Angelo Falzea, *Un maestro del Novecento giuridico italiano*, a cura di G. D'Amico e A. Federico, Torino, 2024, 63 ss.; e – in parziale dissenso – il mio *Dogmatica dell'effetto*, *ibidem*, 81 ss.

⁹ FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, Milano, XVI, 1965, 471-472. «La norma – avverte F. – si configura come una proposizione ipotetica o condizionale; e, come ogni proposizione condizionale, distingue in sé tre componenti logiche: la proposizione condizionante, la proposizione condizionata, il rapporto di condizionalità. Quest'ultimo è espresso dal connettivo interproposizionale se-allora del comune linguaggio. Le due proposizioni, condizionante e condizionata, sono entrambe, come vedremo meglio in seguito, proposizioni temporali (secondo la corrispondenza stabilita in linea di principio tra proposizione e situazione). Ne consegue che (secondo la struttura già analizzata delle situazioni temporali) in ciascuna proposizione dovrà trovarsi [...] un astratto schema di fenomeno temporale limitato e circoscritto da un indice di tempo».

Al pari di ogni altra situazione giuridica, anche l'obbligo si lascia *collocare nella categoria della fattispecie*: anche esso è logicamente riducibile a modello di fatto, rispetto al quale sarà giudicato il comportamento di un determinato soggetto. La norma si può concepire razionalmente come *nesso funzionale di fattispecie*.

Diremo *fattispecie indipendente* la protasi normativa, ossia la fattispecie astratta; *fattispecie dipendente* l'apòdosi normativa, ossia l'effetto, inteso come fattispecie applicabile al verificarsi della prima. Nella logica di queste pagine si giunge *mente cogente* a risolvere ogni effetto in una *vicenda di fattispecie*.

Il passaggio dal dovere alla necessità tocca inevitabilmente la tradizionale categoria delle situazioni giuridiche soggettive; la quale, se sul piano linguistico offre utilità di sintesi, sembra irrisolta sul piano logico. Usiamo pure – così faremo anche qui per comodità espositiva – il linguaggio della tradizione, nella vigile consapevolezza del suo carattere modale, segnato dai modi verbali del dovere e del potere. Potere e dovere si svelano sintesi verbali, che si spiegano nel ritmo sillogistico e causale «Se A Allora B».

Risolta l'intera dinamica della rilevanza entro la categoria della causalità giuridica, ossia nel *nesso condizionale tra fattispecie indipendente e fattispecie dipendente*, il modo del dover essere o del poter essere costituisce sempre e per definizione uno stadio preliminare e descrittivo. Il quale attende uno svolgimento causale, ossia la fondata *posizione e applicazione* delle fattispecie indipendente e dipendente¹⁰. L'effetto è una fattispecie dipendente. Per questa via si apre per il linguaggio del diritto una nuova prospettiva. *Prescrivere deve convertirsi in descrivere*.

3. Efficienza. Efficacia. Effettività

Centrale il concetto di rilevanza; e precisamente la distinzione, penetrata nella teoria generale, tra rilevanza interna e rilevanza esterna¹¹.

Le proposizioni normative sono proposizioni di logica comune. Esse descrivono note del reale; e segnatamente classi ipotetiche. Sicché il giurista è chiamato allo studio di proposizioni nomo-logiche, come enunciati che descrivono una legge generale valida per una serie indefinita di casi.

È dato distinguere due forme o stadi della rilevanza.

¹⁰ La tradizionale configurazione delle situazioni giuridiche finisce così per volgersi in tautologia: un giudizio meramente tassonomico e classificatorio.

¹¹ «Si delinea – avverte N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, 55 ss.; ora in *Norme e fatti*, Milano, 1984 (dove le cit.), 23 – una duplice nozione di rilevanza: a) rilevanza dei dati che sono descritti dalla norma e posti nella protasi e nell'apodosi; b) rilevanza dei dati che vengono pensati secondo i criteri normativi».

Rilevanza *interna* la prima, che potremmo anche dire orizzontale, siccome chiusa entro la cerchia puramente intellettuale o ideale delle ipotesi normative; *esterna* la seconda. Che diremo anche verticale, siccome proiettata verso il mondo empirico dei fatti storici, suscettibili appunto di susunzione. Volendo v. ora il mio *Riduzione. Diritto senza forza*, Torino, 2024, spec. § 21.

- a) rilevanza delle ipotesi, descritte dalla norma e poste nella protasi e nell'apodosi;
- b) rilevanza dei dati materiali, pensati secondo i criteri normativi.

Nel primo senso il termine «rilevanza» indica la posizione dei due membri della norma: la posizione ideale di A come condizione; la posizione ideale di B come condizionato. L'interprete, guadagnando il significato della norma, «ricostruisce il concetto della fattispecie ed il concetto della conseguenza giuridica»¹².

Nel secondo senso il termine «rilevanza» indica una relazione logica fra concetto normativo e dato esterno.

La *rilevanza interna* esprime la combinazione tra fattispecie indipendente e dipendente; la *rilevanza esterna*, la conformazione del caso alla fattispecie. La rilevanza interna attiene alla ipotesi astratta; la rilevanza esterna, al caso concreto.

Introduciamo una nozione, utile per la intelligenza del fenomeno. È il concetto di statuto giuridico: nucleo di effetti strutturali o essenziali.

Lo statuto è combinazione condizionale o normativa; fascio di effetti essenziali, i quali connotano il fenomeno e ne configurano la rilevanza. *Breviter* si può dire che «statuto» è il nome di un nucleo di effetti (o fattispecie effettuali) richiamato ellitticamente; sintesi verbale della disciplina. Lo statuto configura un plesso unitario, che consente di stabilire una costante tra l'apparire del fatto A e il darsi degli effetti b, c, d.

Se – come credo – l'effetto si risolve in attispecie¹³, ossia in schema o ipotesi di condotta, allora dobbiamo per logica necessità muovere dalla struttura causale del giuridico. Il quale si svolge entro l'universale sillogistico Se / Allora: ogni rilevanza si misura entro tale struttura ipotetica.

Sotto questa logica, l'obbligazione si risolve in struttura ipotetica delle fattispecie di responsabilità: se adempimento allora X; se inadempimento allora Y. Il concetto di struttura va compreso nella sua profondità. Esso implica una *relazione* tra elementi co-essenziali ed esibisce una triade: i termini e il nesso condizionale che li lega, in modo che l'esistenza del secondo dipende da quella del primo. Il lemma «struttura» esprime tale articolazione, ove i termini costitutivi sono parimente distinti e indisiungibili¹⁴.

¹² N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, cit., 25. Donde la critica alla deviante e comune formula di fatto efficace, che immette nel circuito normativo la spuria idea di una produzione eziologica: «il fatto concreto produce effetti nel proprio ordine (che è la natura o la storia); ma, per definizione, e inidoneo a produrre effetti nell'ordine giuridico».

¹³ FERRAJOLI, *Principia Juris, Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007, 259 ss., rileva la fallacia del termine «fattispecie», giacché il diritto disciplina soltanto atti umani e mai fatti. Tutte le norme, anche quelle sui fatti naturali (egli fa l'esempio dell'*insula in flumine nata*) si convertirebbero in frammenti, destinati a regolare atti umani. Egli propone allora il lemma «attispecie». Attispecie si risolverebbe così in *species* del *genus* fattispecie. Nel testo useremo indifferentemente «fattispecie», a significare ipotesi di fatti o di atti.

¹⁴ Per questa via, l'obbligazione parrebbe risolversi in statuto normativo delle responsabilità personale e patrimoniale. Gli effetti, e segnatamente la responsabilità patrimoniale, non possono uscire dalla struttura ipotetica del vincolo. *Contra*, da ultimo, CASTRONOVO, *Il diritto italiano delle obbligazioni da codice civile del 1942 ad oggi. Profili di una evoluzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, spec.

Il rischio della reificazione è sempre in agguato: non esistono del diritto enti che non si risolvano nella sostanza intellettuale di una ipotesi; come pure non esistono ipotesi che non si risolvano in significati estratti da fonti.

Postulando l'obbligazione come corpo, suscettibile di essere toccato e manipolato, la inesigibilità appare laboratorio esemplare di tale pericolo. Che l'*exceptio pacti* o altra eccezione di inesigibilità non «tocchi» l'obbligazione e «sovrapponga» ad essa un impedimento alla condanna¹⁵ si dimostra non spiegazione ma problema: il quale esige di essere risolto nella dimensione intellettuale dello statuto, ossia della struttura ipotetica.

Discende da queste premesse una tripartizione.

Momento della efficienza. Esso si ragiona sul piano orizzontale della fattispecie e postula l'interpretazione delle fonti e la posizione dei corrispondenti significati. Efficienza esprime la posizione teorica o astratta dello statuto, quale struttura ipotetica delle fattispecie indipendente e dipendente, strette dal vincolo di necessità. Tale che il porsi della seconda dipenda dal porsi della prima. Qui si svolge la significazione della fonte, dalla quale trarre quei significati che sono le fattispecie. Questo momento è proprio della c.d. rilevanza interna o nomologica.

Momento della efficacia. Esso si ragiona sul piano verticale della *sussumibilità in potenza* ed esprime l'*applicabilità* a un percetto (a un fatto che si dimostri empiricamente dato) della ipotesi astratta. Si pensi a un contratto con effetto sospeso sotto termine o condizione: esso può mostrarsi in uno efficiente e inefficace. L'effetto della responsabili-

602, il quale considera decisivo (se non ne tradisco il pensiero) il carattere soltanto eventuale della responsabilità patrimoniale. L'eventuale non può essere essenziale. Ed ora nettamente in *L'obbligazione nel prisma della (nuova) responsabilità patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2022, 715 ss., spec. 731, ove con suggestione letteraria: «Si deve allora concludere che l'ordinamento ci presenta una doppia verità: l'obbligazione in sé e la stessa obbligazione nel prisma della responsabilità patrimoniale? Non c'è una doppia verità, perché la responsabilità patrimoniale, come già dicemmo, non è più l'obbligazione in sé, ma l'obbligazione per sé, l'obbligazione nella vicenda possibile ed eventuale innescata dall'inadempimento, vicenda nella quale l'obbligazione si è tramutata, come accade a un viaggiatore che, fuori dal suo luogo abituale, si ritrova in una dimensione che non è più quella di partenza, è *alibi aliter*, nell'altrove e altrimenti».

Ne dubiterei. Ogni struttura ipotetica si fonda sulla categoria della possibilità: essa è logicamente costituita da un "se"; appunto, una eventualità. Altro è l'eventualità empirica, ossia la possibilità storica che non si giunga mai all'inadempimento e alla concreta imputazione di una responsabilità; altro, l'eventualità logico-giuridica, che ha riguardo alla ipotesi in sé (fattispecie), non al fatto storico ipotizzato (caso). L'ipotesi è indefettibile. Non ci sono norme senza ipotesi. Non ci sono norme che non siano combinazione condizionale (Se/Allora) di ipotesi. Come ogni fattispecie, l'obbligazione si dimostra una struttura ipotetica. Che tiene come necessari gli effetti (i quali sono altre fattispecie) della responsabilità. Giuridicamente inconcepibile appare l'obbligazione senza (fattispecie di) responsabilità, anche patrimoniale.

¹⁵ V. sul punto DALLA MASSARA, *Il 'pactum de non petendo'*, cit., 127, secondo la classica impostazione reicheliana. Sulla medesima linea P. GALLO, *Pactum de non petendo e prescrizione*, cit., 990-992; da ultimo D'ONOFRIO, *Il pactum de non petendo: struttura e disciplina*, cit., 55 ss. *Supra*, § 1.

tà, ancorché validamente previsto, è sospeso sino alla scadenza o all'avveramento. Prima, esso è bensì giuridicamente posto ma come inapplicabile.

Momento della effettività o attuazione. Essa esprime la *sussunzione in atto* e si risolve in una nota del fatto rispetto alla fattispecie. Il fatto rileva come conforme e così integra o verifica la fattispecie. Muovendo verso il sillogismo applicativo. Questo momento svolge la c.d. rilevanza esterna o crinologica.

4. Dalla inesigibilità alla riduzione

Si danno fonti efficienti, ossia capaci di descrivere le fattispecie indipendente e dipendente; eppure inefficaci, siccome insuscettibili di «entrare in vigore». Potremmo per semplicità prendere dal linguaggio dei costituzionalisti questa formula, che ben disegna il fenomeno. La fattispecie è *prevista*; ma non ancora *vigente*: ossia applicabile al comportamento di Tizio.

Tra le cause più familiari e diffuse di inefficacia troviamo la condizione sospensiva. Perché leggiamo nei manuali che la condizione è elemento accidentale? Perché del pari leggiamo che essa «sospende l'efficacia»?

La prima affermazione si spiega con la categoria della efficienza. La condizione non è un elemento necessario alla efficienza del titolo. Perché rilevi come fonte, non è necessario che il contratto esprima un elemento condizionale, ossia la previsione di un fatto futuro e incerto. Tutto all'opposto: è logicamente necessario che l'elemento condizionale cada sul titolo già efficiente; esso già compiutamente prevedendo l'effetto in astratto.

Risolto ogni effetto in fattispecie, la fonte condizionata risulta perfetta siccome suscettibile di porre tutte le fattispecie del caso. Se mancasse un elemento essenziale, la fonte sarebbe imperfetta; siccome invalida come titolo delle fattispecie. *Breviter*: invalida come fonte normativa. La fonte inefficiente è fonte giuridicamente inesistente. Non ha senso porre una condizione sospensiva a un contratto nullo (ad esempio, per difetto di forma essenziale). La condizione ha senso (è giuridicamente efficiente) se e solo se la fonte è valida: valida, come significante giuridico degli effetti essenziali.

Dobbiamo a questo punto una precisazione. Anche la condizione è – si direbbe per definizione – una ipotesi. Ossia una fattispecie. Anch'essa non può che ripetere la dinamica astratto / concreto di qualsiasi fattispecie. Ne viene che pure la condizione si osserva sul duplice piano della efficienza e della efficacia. Nel primo senso, essa integra lo statuto, aggiungendo una ipotesi ulteriore; nel secondo, essa attende un fatto storico che la integri, così rendendo applicabile l'effetto condizionato.

Questo ragionare mena alla puntigliosa (forse troppo) distinzione tra *efficienza interna* ed *efficienza esterna*.

La prima designa fattispecie essenziali al titolo, come necessarie perché esso possa valere da tavola descrittiva degli effetti, imputabili e applicabili. Un contratto privo della *forma ad substantiam* non è valido come titolo di tali effetti, ancorché essi appaiano materialmente descritti e conoscibili.

La seconda designa le fattispecie inessenziali al titolo, ossia non necessarie perché la fonte sia perfetta. Un contratto non sottoposto a condizione rimane valido, siccome in sé e per sé suscettibile di porre effetti imputabili e applicabili¹⁶.

Logica, tributaria degli studi falzeiani sui cicli formativi. Il ciclo della validità si svolge negli elementi (ossia nelle fattispecie) *interni* siccome essenziali; il ciclo della efficacia, nei co-elementi *esterni* e ulteriori, non necessarî alla validità.

A rigore la condizione e ogni altro elemento esterno implica sul piano della fonte una *diversa efficienza esterna*, ossia un diverso statuto astratto. Tale efficienza *non* tocca il *ciclo interno*, ormai perfetto. Tocca il *ciclo formativo esterno*, onde si prevede un coelemento ulteriore (un'altra ipotesi), non richiesto per la validità: ossia per l'idoneità del titolo a prevedere-descrivere effetti.

Gli elementi esterni (che Falzea denomina *coelementi di efficacia*) non entrano nello statuto essenziale, e anzi ne postulano la perfezione. Essi riguardano sempre e solo il momento dell'applicazione¹⁷. Per questa via nulla parrebbe precludere la permanenza del titolo sospeso come fattispecie di *soluti retentio*. Altro è il piano dogmatico, che tocca la possibilità giuridica ossia la configurabilità di uno statuto perennemente ridotto, suscettibile di *soluti retentio*; altro il piano ermeneutico, che riguarda la concreta volontà delle parti. Nel loro silenzio, non c'è ragione dogmatica che converta la condizione in causa di nullità: la eventuale sopravvenuta impossibilità della condizione implicherà riduzione perenne, non invalidità.

Ne scende il corollario. Tutte le cause di inesigibilità confluiscono nella categoria del fatto riduttivo. Si *riduce la efficacia* della responsabilità personale e (o) patrimoniale, rendendola temporaneamente o perennemente inapplicabile. *Breviter*: disapplicando effetti, già descritti dalla fonte.

5. Il problema della condizione

La distinzione qui accolta tra efficienza ed efficacia sembra ripercorrere gli esiti della letteratura di fine millennio intorno alla fondazione causale delle prestazioni condizionali¹⁸. La condizione di adempimento o inadempimento configura «l'esecuzione di un programma d'autonomia»¹⁹.

¹⁶ V. ancora FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 27. Il quale scrive anche di «mera rilevanza»: nella quale si svolge una efficacia potenziale e non attuale.

¹⁷ Volendo il mio *Riduzione*, cit., § 46.

¹⁸ AMADIO, *La condizione di inadempimento*, Padova, 1997, spec. 275 ss.

¹⁹ Per dirla con AMADIO, *La condizione d'inadempimento*, cit., 277. Mi pare di poter far mia la costruzione teorica di A., secondo il quale la condizione di inadempimento (*mutatis mutandis*, l'affermazione si estende alla condizione di adempimento) ha senso nella fase dell'esecuzione, ossia del comportamento empirico; non nella fase della formazione del titolo.

Questa letteratura dimostra con grande acume come la irripetibilità o ripetibilità della prestazione non doverosa (la prestazione condizionale, dedotta in condizione di adempimento o inadempimento²⁰ e perciò lasciata alla libertà del debitore) non dipenda dalla qualifica di doverosità, ossia dalla responsabilità applicabile all'eventuale contegno inadempiente.

Come sempre nel linguaggio modale, la formula «ripetizione dell'*indebita*» ripropone il grave equivoco: di fondare sul «debito», e così sulla qualifica di dovere, la causa della prestazione.

La prestazione è ripetibile, non già perché «non dovuta» o «spontanea» o «libera», o come voglia dirsi in termini modali e puramente evocativi. L'adempimento è tale siccome conforme alla fattispecie che lo prevede, e cioè al programma ipotetico posto dalla fonte.

Delle due l'una: o la fonte è efficiente, ossia compiutamente formata, e allora la fattispecie prestazione è posta; o è inefficiente, e allora la fattispecie prestazione non è posta.

La ripetibilità segna *l'attuale* inefficienza, e con essa l'impossibilità di conformare l'esecuzione concreta alla relativa fattispecie. L'attribuzione patrimoniale non è sussumibile nella fattispecie adempimento. Per due cause:

o perché non validamente descritta dal titolo (inefficienza interna);

o perché, ancorché descritta, non applicabile (inefficacia): in entrambe le ipotesi il pagamento si dirà appunto «privo di titolo».

La causa della prestazione non sta nel suo essere dovuta; ma nel suo essere posta dalla fonte come fattispecie applicabile²¹: SE il comportamento è sussumibile nella prestazione, ALLORA attribuzione; e consustanziale irripetibilità.

La inesigibilità della prestazione, ossia il suo risultare disgiunta dall'effetto «responsabilità per inadempimento», non implica per sé alcuna irrilevanza dell'adempimento. Il quale – diversamente dal proprio opposto – sarà comportamento efficace in ragione della propria conformità al titolo attributivo.

Se, come parrebbe, la condizione è elemento di efficacia e non di efficienza *interna*, allora l'adempimento del debito sospensivamente condizionato può in linea logica avere senso. E non implicare per necessità una azione di ripetizione, dacché la ripetizione non dipende dall'applicazione dell'effetto coattivo.

Nella dinamica verticale della rilevanza esterna, la causa dell'adempimento non sta nella mera qualifica modale di doverosità, ossia nell'effetto della responsabilità associato all'inadempimento. Ma nella efficienza della fonte, ossia nella previsione e nella giuridica possibilità che il debitore adempia. Sul piano teleologico, nella permanente pensabilità di un interesse all'adempimento spontaneo, privo di coazione.

²⁰ Lo stesso sarebbe per la (apparentemente) simmetrica condizione di adempimento: AMADIO, *op. cit.*, spec. 461 ss.

²¹ «Lo spostamento patrimoniale si giustifica allora, non in virtù di un insussistente intento liberale (*rectius*: interesse non patrimoniale), ma in ragione della sua oggettiva destinazione a una finalità (non solutoria ma) esecutiva dello scambio programmato, e dunque realizzativa del corrispondente assetto d'interessi»: AMADIO, *La condizione*, cit., 282-283.

Ne scende il corollario: non sembra darsi una causa di nullità – nel senso teoretico di insignificanza della fonte – della prestazione, sottoposta a condizione sospensiva oggettiva. «Invalido» non altro esprime che inidoneità a significare gli effetti applicabili. Essi possono bensì essere materialmente previsti e cioè fisicamente scritti e leggibili sulla pagina contrattuale; e tuttavia saranno giuridicamente irrilevanti; appunto, insignificanti. La fonte non varrà come titolo positivo, suscettibile di porre le fattispecie del caso.

Tutte le volte che ricorra una condizione, viene meno non il titolo dell'attribuzione e neppure il titolo della responsabilità: il titolo, inteso come tavola delle fattispecie *internamente* rilevanti, rimane perfetto. Non è toccata la fonte di significazione, né il significato da essa osteso e reso conoscibile.

Solo si aggiunge un elemento ulteriore; che incide sulla applicazione, non sulla posizione. Sulla efficienza ed efficacia esterne; non sulla efficienza interna.

6. Segue. Statuto essenziale della riduzione

Sotto questa logica, la riduzione esprime:

efficienza interna del titolo, tale che lo statuto (i.e.: fattispecie di responsabilità e *soluti retentio*) si dimostra perfetto;

inefficienza parziale, ossia inapplicabilità della o delle fattispecie di responsabilità;

efficacia parziale, ossia applicabilità della fattispecie *soluti retentio*.

Diremo che l'inefficienza della sola responsabilità implica *ex se* la scelta tra adempimento e inadempimento; o – se si vuole – la scelta se rifiutare o non rifiutare di eseguire. Scelta, che si spiega attraverso due caratteri del titolo: efficienza interna e inefficienza della responsabilità; efficienza ed efficacia della prestazione. Donde la rilevanza asimmetrica inadempimento / adempimento: il primo esternamente irrilevante, siccome non sussumibile; il secondo esternamente rilevante.

Il modale «poter scegliere» esprime in parole comuni tale elementare e universale svolgimento della rilevanza. Osserviamo più in generale come il linguaggio dei modi potere / dovere finisca per complicare una dinamica piuttosto semplice. Possiamo continuare a sottilmente distinguere per casi e sottocasi, isolando secondo la tradizione varie e diverse figure particolari della c.d. inesigibilità. Di volta in volta qualificate come dismissione, abdicazione, remissione (maggiore o minore), eccezione, rinuncia all'azione, dilazione, differimento, patto regolamentare, novazione minore, termine successivo, condizione, obbligo di non chiedere. E così seguitando.

Parrebbe utile riassumere in unità di categoria tali ipotesi di indebolimento. Tutte ricondotte alla medesima *vicenda riduttiva*: l'obbligazione appare perfettamente efficiente ma inefficace; inefficace, con riguardo alla fattispecie responsabilità. Ne risultano: libertà (possibilità giuridica) del debitore di adempiere; efficienza ed efficacia della *solutio*. La riduzione, nelle sue varie e diverse figure, implica sempre e solo inapplicazione della responsabilità. Più precisamente, essa postula una condizione sospensiva di adempi-

mento/rifiuto della responsabilità: la responsabilità è efficiente ma inefficace; sospensivamente condizionata alla presa di posizione del debitore²².

Al postutto diremo:

ridotta l'obbligazione efficiente ed efficace solo per la *soluti retentio*;

inefficiente (tout court), l'obbligazione imperfetta o totalmente inefficace: insieme insuscettibile di inadempimento e di adempimento.

Sotto questa luce, lo statuto della inefficienza per invalidità o per inefficacia totale si parifica. Il giudice dovrà sempre rilevare d'ufficio l'inefficienza perché non potrebbe per definizione condannare al pagamento di un indebitato. L'obbligo non è una *res*, contro la quale brandire l'arma dell'*exceptio*, secondo una sempre pericolosa entificazione modale²³. Obbligo e ogni altra situazione giuridica si risolve in ellissi verbale; parola che riassume uno statuto, fondato sulla struttura ipotetica *Se/Allora*²⁴. Senza l'«allora» della responsabilità, l'obbligo finisce per torcersi nel proprio opposto: nella libertà di adempiere.

L'obbligazione ridotta è tratta in unità anche sul piano processuale dell'*onus exceptionis*, il quale si spiega sempre e solo in ragione dello spazio di libertà, concesso al debitore ridotto. Per il giudice, chiamato a condannare il debitore, rileva solo la esistenza giuridica del titolo, ossia la sua efficienza come fonte di responsabilità. Tutti i coelementi esterni toccano per definizione la sola efficacia; e così non impediscono di accogliere la domanda.

Accertata la efficienza del titolo, quale idoneità a porre le fattispecie di responsabilità patrimoniale, r. personale e *soluti retentio*, seguirà la condanna; fermo l'onere del debitore – che svolge il suo interesse privato, non già l'interesse pubblico ad accertare la inidoneità strutturale – a eccepire cause di riduzione, ossia di mera inefficacia della forza contro il suo volere.

²² Logica spiegabile entro l'architettura concettuale proposta da AMADIO, *La condizione*, cit., spec. 79 ss., con riguardo alla condizionalità potestativa adempimento / inadempimento.

²³ «Pur risultando – si legge, in D'ONOFRIO, *loc. cit.* – coerente il rilievo in base a cui con l'interposizione dell'eccezione il debitore si sottrarrebbe (anche) alla responsabilità, si deve peraltro osservare che l'effetto primario consiste nell'insorgenza della facoltà del debitore di rifiutarsi di eseguire la prestazione. In altre parole, l'eccezione parrebbe rivolta immediatamente contro l'obbligo di eseguire la prestazione, agendo la medesima soltanto in un secondo momento sul piano della responsabilità a fronte dell'inadempimento». Ma il secondo momento si spiega con il primo; il quale non può che risolversi nella dinamica della riduzione, ossia in una vicenda della efficacia. Al postutto si tratta di non cadere in trappole linguistiche; e in equivoci concettuali.

²⁴ A mio sapere, il primo a conseguire questa consapevolezza è da noi il CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 89 ss. In polemica con il RUBINO (*La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., 47), C. nota con lucidità: «si afferma che un fatto è illecito perché il suo autore ha violato un obbligo, quando è vero il contrario: che cioè, violazione di un obbligo è espressione convenzionale con cui si designa la circostanza dell'essersi verificato un fatto conforme a quello che una norma prevede come fattispecie di certe conseguenze sanzionatorie» (*op. cit.*, 90-91; enfasi orig.)

7. Corollari

Tutte le cause di riduzione finiscono secondo questa logica per condividere il medesimo statuto. Tutte le volte che la legge non escluda – con norma imperativa – la *soluti re-tentio*, l'adempimento risulta atto libero, rimesso alla spontaneità del debitore: termine, *pactum*, condizione sospensiva, prescrizione si spiegano entro questo comune statuto. Sono fatti riduttivi, i quali incidono non sulla efficienza ma sulla efficacia del titolo, lasciando al debitore la possibilità giuridica di adempiere, ossia di integrare la fattispecie «adempimento»; o di rifiutare.

Mancando per definizione un difetto di struttura del titolo, che precluda in radice il trasferimento di ricchezza, al giudice non è dato di frustrare d'ufficio la volontà del debitore; come pure di impedire al creditore lo agire. Per condannare, al giudice basta l'efficienza del titolo, ossia il suo valere come fonte dello statuto forte, che prevede in astratto le fattispecie di responsabilità.

Agire è sinonimo di domandare: il domandare è sempre possibile e l'esito è sempre un provvedimento, ossia una risposta dell'organo giudiziario. Il potere/dovere di rispondere non è regolato dai privati: i quali possono nelle materie disponibili scegliere la persona giudicante e il criterio del giudicare; ma non la giurisdizione in sé, ossia la suscettibilità al giudizio.

L'azione del creditore è una categoria universale e non dipende dal titolo. Non si danno due titoli: l'uno solo processuale, con cui si dispone dell'azione; l'altro solo sostanziale, con cui si dispone del diritto. Il giudice risponde sempre applicando il titolo sostanziale, ossia le fattispecie da esso significate.

Su questa linea, lo eccepire l'effetto riduttivo è non un momento meramente processuale, lontano da e ininfluenza sull'obbligazione (come parrebbe per l'*Einrede*²⁵), ma un *far valere l'inefficienza* della responsabilità. Il giudice è sempre e solo chiamato ad applicare le fattispecie, espresse dal titolo sostanziale; il suo «potere» di *ius dicere* è radicato nella legge, non nella volontà privata. Non esiste una eccezione di merito che non si fondi su un effetto sostanziale²⁶.

Così, se – come per il patto – il termine è una causa di inefficacia, non ha senso distinguere: e segnatamente, il patto non potrebbe generare un astratto diritto di eccepire, che non sia fondato sulla inapplicabilità sostanziale dell'effetto coattivo. Non si dà spazio

²⁵ Concetto elaborato in ambiente tedesco. V. KLEINFELLER, *Der Begriff "Anspruch"*, in *AcP*, 1933, 129 ss.; e le indicazioni di DALLA MASSARA, *Studio sull'interferenza*, loc. cit. Cui adde G. DE CRISTOFARO, *Il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca ed italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 368 ss., spec. 377, ntt. 40, 41.

²⁶ Per questa via DALLA MASSARA, *ivi*, 13, concepisce, un «accordo produttivo di eccezione, in base al quale un creditore [...] fatto giuridico incompatibile con la sua condanna». Tale fatto non può che essere la riduzione: efficienza del titolo; inefficacia della responsabilità. Solo così è spiegabile sul piano concettuale la rilevanza dell'eccezione.

logico nel quale collocare tale mera eccezione (*Einrede*), diverso dalla inefficacia del titolo.

Così non ha senso distinguere tra termine e patto con riguardo alla sospensione della prescrizione. Se il «far valere» dell'art. 2935 c.c. si spiega contro la volontà del debitore, tutte le volte che il debitore possa rifiutare – e dunque sia giuridicamente impossibile far valere la responsabilità *nolente debitore* – la prescrizione non potrà decorrere²⁷.

Così, non si dà un ostacolo dogmatico alla *soluti retentio* del pagamento di un debito condizionato; e alla perenne riduzione del titolo in caso di non avveramento.

Così – a dispetto degli artt. 1933²⁸ e 2034 cc., i quali sembrano letteralmente postulare una mancanza di «azione» – la obbligazione c.d. naturale incide non sulla giurisdizione²⁹ ma sulla responsabilità sostanziale: il titolo naturale è inefficiente come fonte di responsabilità; efficiente ed efficace come fonte di *soluti retentio*. L'obbligazione naturale è radicalmente insuscettibile di forza: questo il giudice sarà chiamato ad accertare d'ufficio nella propria sentenza, quale che sia formula testuale alla quale egli ricorra. La differenza tra piani processuale e sostanziale è tutta e solo qui: il primo attiene all'*an*; il se-

²⁷ Volendo il mio *Riduzione*, cit., § 51. *Contra* ancora CHIZZINI, *Inesigibilità: ai confini del processo. Note minime sul pactum de non petendo*, in *Nuovo dir. civ.*, 2, 2025, in corso di pubbl., secondo il quale «il termine di prescrizione continua a correre (come del resto sembra imporre l'art. 2936 cod.civ., anche alla luce di quel 'essere fatto valere' postulato dall'art. 2935 cod.civ., che immediatamente lo precede)»; giacché il patto toccherebbe non già l'obbligazione ma un suo frammento, costituendo «il potere in capo al debitore di chiedere al giudice di rigettare *nel merito* la domanda di condanna postulata dal creditore, il quale - si tenga presente - certo conserva il potere d'azione, non vi rinuncia, ma solo accetta di limitarlo, per un dato tempo o per sempre, alla stregua di una volontaria sua disposizione, volta a soddisfare un interesse meritevole di tutela».

Cosa è tale «poter eccepire» se non l'inefficacia della responsabilità; appunto, il *merito sostanziale*? Non possiamo giocare con le parole: o concepiamo una responsabilità in cui il debitore possa decidere di non adempiere, e allora la contraddizione è palese; o ammettiamo che il titolo sottoposto a patto – come pure a termine o a condizione – disapplica la responsabilità, così *modificando lo statuto dell'obbligazione*.

L'eccezione non dà ragione di sé stessa; non è concetto autosufficiente e rinvia al titolo che la spieghi, proprio e solo nel merito. Dire che il patto conferisce il potere di eccepire è una tautologia circolare: l'eccezione si giustifica non in sé e per sé ma quale conseguenza della inefficacia, ossia del non applicarsi della responsabilità *contro la volontà del debitore*. È un giro di parole dal quale dobbiamo fuggire: non si può dire «puoi eccepire» senza dire «non sei responsabile». L'eccezione è la finestra processuale di tale inefficacia: il titolo è privo di effetto coattivo e – perciò - non vale contro la eccezione del debitore. Se (per definizione) non posso far valere il credito *nolente debitore* non corre la prescrizione, proprio in ragione dell'art. 2935 c.c.

²⁸ V. per una diversa costruzione PIGNALOSA, *Dalla inesigibilità all'esigibilità nei contratti di gioco*, in *Nuovo dir. civ.*, 2, 2025, in corso di pubbl., secondo la quale – se non ne tradisco le parole – il debito di gioco regolato dall'art. 1933 sarebbe inesigibile; non già inefficiente, nel senso chiarito nel testo. Tutto dipenderà dalla interpretazione della legge, con una precisazione: quale che sia lo statuto da riconoscere al debito di gioco, nella c.d. obbligazione naturale la inesigibilità (intesa come riduzione) deve essere per coerenza e senza esitazioni esclusa.

²⁹ Intesa in senso concettuale: potere-dovere di giudicare.

condo al *quomodo*. Al creditore che faccia valere il titolo naturale chiedendo la condanna, il giudice negherà non il giudicare ma il condannare: mercè scrutinio della fonte sostanziale, egli risponderà non già di non poter giudicare (e perché mai? il potere-dovere di provvedere dipende dalla Costituzione e appare addirittura consustanziale al giuridico) bensì di non poter accogliere la domanda per la strutturale inidoneità di essa fonte.

Così il patto di non eseguire offrirà sempre al debitore la facoltà e l'onere di eccepire la inesecutività – ossia la inefficacia del titolo - attraverso i mezzi impugnativi del processo esecutivo.

Il passaggio alla logica ipotetica della fattispecie parrebbe spiegare con coerenza e semplicità il divenire della forza giuridica, unificando la dispersa congerie dei casi nella categoria ordinante della riduzione³⁰.

³⁰ Unificazione forse incauta o velleitaria rispetto al monito di MAGGIOLO, *Inesigibilità e obbligazioni sussidiarie*, in *Nuovo dir. civ.*, 2, 2025, in corso di pubbl., il quale – anche in ragione di una articolata e disordinata topografia esegetica del codice – e segnatamente delle disposizioni in cui ricorre il lemma «inesigibilità» e i suoi derivati – parrebbe negare la possibilità di uno statuto universale.

