

Capitolo primo

Teorie modali

Sezione prima. *Rapporto processuale*

1. Diritto di eccezione – 2. *Segue*. Le fonti – 3. *Segue*. Diritto e azione – 4. *Segue*. Azione in concreto – 5. *Segue*. Azione in astratto – 6. Preclusione processuale – 7. Dismissione processuale

Sezione seconda. *Rapporto sostanziale*

8. Obbligo di non chiedere – 9. *Segue*. Obbligo di non eseguire – 10. Efficacia regolamentare e novazione – 11. Dismissione sostanziale – 12. Novazione naturale e quasi naturale – 13. Clausole sospensive o risolutive – 14. Senza prestazione. Riduzione inversa? – 15. Insolvenza e riduzione

Sezione prima

Rapporto processuale

1. *Diritto di eccezione*

Non nuova l'idea d'un autonomo diritto di eccepire. Che derivi esso da un patto o dalla legge, si tratterebbe di situazione limitata al perimetro del giudizio.

Parrebbero vicende del processo e non del rapporto obbligatorio; tali da inerire quello senza toccare questo. Secondo

l'opinione, antica e profonda, che la clausola di non chiedere (di fonte convenzionale o legale) non tocchi la struttura dell'obbligazione; la quale rimarrebbe ciò che era: prima e dopo, il debitore sarebbe parimente *tenuto* alla prestazione¹.

Si aggiungerebbe sul piano processuale una eccezione, capace di vincere l'azione del creditore. Attraverso lo eccepire il debitore sarebbe ammesso a dedurre nel processo la «paralisi» (temporanea o perenne) dell'azione.

L'*exceptio* affermerebbe, non una riduzione del debito, ossia una causa di «estinzione»² (definitiva o temporanea) della responsabilità personale o patrimoniale³. Bensì, o sé medesima, come situazione processuale astratta, tautologicamente declinabile quale diritto processuale di eccepire (?); o una vicenda minore, nella figura della rinuncia all'azione in concreto⁴.

«Astratto» – è appena da notare – sta qui per esterno al titolo sostanziale. Il debitore non oppone al giudice e alla controparte una diversa forza del titolo; ma proprio e solo tale sorta di preclusione giudiziale a scrutinare il merito.

¹ Da ultimo v. T. DALLA MASSARA, *Studio sull'interferenza tra il 'pactum de non petendo' e il decorso del tempo della prescrizione*, in *Nuovo dir. civ.*, 2, 2023, p. 15.

² «Estinzione» tra caporali: perché dovremo spiegare il significato rigoroso dello estinguere nella logica normativa della rilevanza.

³ Nella figura del *pactum de non exequendo*. V. A. AZARA, *Responsabilità patrimoniale e concordato preventivo liquidatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 1, spec. pp. 249 ss. secondo il quale i *pacta (de non petendo e de non exequendo)* precludono l'aspettativa di realizzazione: il patrimonio risulta intangibile *nolente debitore*. In generale, L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Torino, 2016, pp. 55 ss.

⁴ *Infra*, § 4. È la tesi di M. D'ONOFRIO, *Il pactum de non petendo: struttura e disciplina*, Napoli, 2021, spec. pp. 47 ss., per la quale il patto implica rinuncia all'azione in concreto, con facoltà del debitore di non adempiere. V. anche H. REICHEL, *Der Einforderungsverzicht ('pactum de non petendo')*, in *JheringsJahrb.*, LXXXV, 1935; ora nella traduzione critica a cura di T. dalla Massara e M. D'Onofrio, Pisa, 2018, pp. 1 ss.; spec. pp. 25 ss. Appena da precisare che in questa fase preparatoria dello studio usiamo il lemma «estinzione» in senso lato e generico.

Il debitore sarebbe sempre tenuto a adempiere; ma «potrebbe» opporre l'eccezione, priva di effetti sostanziali⁵. Il patto generebbe un accordo sul processo e non sul rapporto: addittivo, quanto all'*exceptio* del debitore; sottrattivo, quanto all'*actio*, abbandonata dal o preclusa al creditore⁶.

Come appena vedremo, la letteratura sembra oscillare tra effetto sostanziale e effetto processuale. Ma alla prova razionale, delle due l'una: o si rimane sul piano puramente processuale, e allora è logicamente ammissibile una permanente integrità del vincolo, intatto nella sua dimensione sostanziale; o si scende a tale ultima, e allora per necessità il vincolo non sarà più quello originario.

Da avvertire come il problema sia dogmatico, non tipologico. Non studiamo qui i tipi di patto o di clausola, che ben potrebbero esibire effetti sostanziali vari e diversi, secondo la congiunturale volontà dei paciscenti⁷. Studiamo la dogmatica dell'obbligazione; e la possibilità logica di concepire un vincolo integro ancorché privo di azione o⁸ dotato di eccezione. Pur obbligato alla prestazione, sarebbe al debitore dato di paralizzare l'azione del creditore, sollevando l'*exceptio pacti*.

Possiamo coniugare tre linee.

La letteratura germanica sull'*Einrede* fa rifluire il patto tra le cause legittime d'eccezione; si tratterebbe di un fenomeno estrinseco, nel senso che producendo una situazione ulteriore (appunto, l'*Einrederecht*), esso non inciderebbe sulla struttura originaria⁹.

⁵ Tutti gli effetti sostanziali? Ni. Come oltre ragioneremo, senza (azione di) condanna non sembra darsi responsabilità.

⁶ *Infra*, §§ 3-5.

⁷ T. DALLA MASSARA, *Studio sull'interferenza*, cit., p. 13; il quale sembra accogliere la mia teoria dei gradi di riduzione. *Infra*, § 27. V. anche l'attenta ricostruzione tipologica di G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004, pp. 49 ss.

⁸ Sarebbe qui da usare l'orrendo 'e/o' del linguaggio commerciale.

⁹ Concetto elaborato in ambiente tedesco. V. G. KLEINFELLER, *Der Be-*

La posizione chiovendiana, che – raccogliendo le suggestioni francesi – teorizza l'*exceptio* come altro e diverso diritto di impugnare l'azione creditoria, procurandone la processuale paralisi¹⁰.

La storia dei *pacta* e della prescrizione, che parrebbe mostrare l'*exceptio* come diritto autonomo; squisitamente processuale. Il patto e la prescrizione genererebbero un diritto processuale di eccezione, capace di paralizzare l'azione contraria; e incapace di toccare la struttura sostanziale¹¹.

Linee, tutte dirette a distinguere la mera *exceptio* dalle cause di estinzione; le quali, vulnerando il titolo originario, sarebbero suscettibili di rilevabilità d'ufficio. Al contrario, il *ius exceptionis* postulerebbe l'integrità del titolo e del rapporto, restringendo all'interno del processo la scelta potestativa di paralizzare l'azione o di rimanere inerte; e soggiacere all'inevitabile condanna.

Nel linguaggio della tradizione, questa veduta sembra trascorrere dal punto di vista creditorio a quello debitorio; dalla situazione passiva del creditore, titolare di un obbligo negativo di non chiedere¹²; alla situazione attiva del debitore, al quale

griff "Anspruch", in *AcP*, 1933, pp. 129 ss.; e le indicazioni di T. DALLA MASARA, *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, pp. 368 ss., spec. p. 377, ntt. 40, 41.

¹⁰ G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, pp. 272 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, pp. 304 ss.; ID., *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Bologna, 1904, rist. Milano, 1993, I, pp. 149-156. V. ancora F. ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale. Studio di diritto processuale*, Milano, 1927, pp. 66 ss.; S. COSTA, voce *Eccezione*, in *Nuovo dig. it.*, XVI, Torino, 1938, pp. 259 ss. *Infra*, cap. III.

¹¹ V. P. GALLO, *Pactum de non petendo e prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 5, p. 984; ora S. MONTICELLI, *Inerzia e attività nell'esercizio del diritto*, Torino, 2023, pp. 67-68. Sulla storia della prescrizione per tutti v. M.R. CIMMA, *Prescrizione e decadenza nel diritto romano e intermedio*, in *Dig. disc. priv.*, XIV, Torino, 1996, p. 253 ss.

¹² Non verrebbe qui in rilievo un obbligo di non chiedere, postulato dalla

sarebbe data facoltà (processuale?) di opporsi all'azione, mer-
cè *exceptio* (*Einrede*).

Non potremmo fare a meno di trasferire sulla sfera del de-
bitore le medesime perplessità, che vedremo per la teoria del-
l'obbligo negativo¹³: anche solo rimanendo sul piano modale,
come sciogliere la contraddizione tra le qualifiche? obbligo di
adempiere e facoltà di eccepire, e così di non adempiere?

Il dubbio è in ciò: se possa concepirsi una eccezione con ef-
fetto meramente processuale. Se possa cioè darsi un rapporto
parimente integro sul piano sostanziale e monco sul piano pro-
cessuale. Il diritto di eccepire implica irrilevanza dell'inadem-
pimento? e non sarebbe il debito inevitabilmente diverso? co-
me potrei dire di essere tenuto alla prestazione se posso libe-
ramente rifiutarne l'esecuzione?

2. Segue. *Le fonti*

La suggestione viene dal diritto romano. Si muove dal pas-
so delle Istituzioni di Gaio¹⁴, 4.116b: «*item si pactus fuero te-
cum, ne id quod mihi debeas a te petam, nihilo minus id ipsum a
te petere possum dari mihi oportere, quia obligatio pacto conuento
non tollitur; sed placet debere me petentem per exceptionem pacti
conuenti repelli*».

«Una rapida lettura – segnala Tommaso dalla Massara –
consente di comprendere come tale patto sia integrato da un
accordo produttivo di eccezione, in base al quale un creditore

(perplessa) teoria dell'efficacia costitutiva sostanziale, secondo cui il patto
genererebbe sul creditore un dovere ulteriore e diverso, sovrapposto all'ori-
ginario credito. Per la enunciazione e la critica se si vuole M. ORLANDI, *Pac-
tum del non petendo e inesigibilità*, Milano, 2000, pp. 14 ss.; e ora *La catego-
ria dell'obbligazione ridotta*, in *Giust. civ.*, 3, 2019, pp. 450-452.

¹³ *Infra*, § 8.

¹⁴ I 4.116b. Per ulteriori riff. alle fonti, v. T. DALLA MASSARA, *Studio sul-
l'interferenza*, cit., p. 13.

s'impegna a non chiedere al debitore l'adempimento della prestazione»¹⁵.

Diversa la disciplina che le fonti riservano all'*exceptio*, a seconda che possa essa qualificarsi dilatoria o perentoria. «Dilatoria, la quale – per l'appunto – deve essere opposta entro un periodo limitato; perentorie, invece, sono le eccezioni che impediscono definitivamente l'esercizio di un diritto, come sarebbe nel caso di un *pactum de non petendo* che si usa chiamare infinito»¹⁶.

L'eccezione implicherebbe uno scarto tra l'obbligazione, «la quale non *tollitur* per effetto del patto, e l'esito processuale, rappresentato dal rigetto della domanda»¹⁷.

Il debitore disporrebbe di uno strumento che non tocca il piano civile dell'obbligazione¹⁸, riuscendo a far valere un «fatto giuridico incompatibile con la sua condanna»¹⁹; ferma la

¹⁵ T. DALLA MASSARA, *Studio sull'interferenza*, cit., p. 13. ID., *Sulla relazione tra pactum de non petendo e mora: ovvero riflessioni liminari tra obbligazione e azione*, in *Studi in ricordo di C.A. Cannata*, a cura di L. Garofalo e L. Vacca, Napoli, 2021, pp. 207 ss. S'impegna a non chiedere? o rinuncia all'azione?

¹⁶ Secondo che rendano definitivamente o provvisoriamente inammissibile la domanda, le eccezioni si distinguerebbero in perentorie (*dauernde Einreden*) e dilatorie (*zeitweilige Einreden*): così, l'eccezione di prescrizione è perentoria; quella del *beneficium excussionis*, dilatoria. V. A. VON THUR, *Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, I, Berlin, 1957 (rist. ed. 1910), pp. 288 ss.; L. ENNECERUS, H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 15^a ed., II, Tübingen, 1960, pp. 1382 ss. V. le indicazioni di T. DALLA MASSARA, *Studio sull'interferenza*, cit., p. 15 (spec. nt. 15). La distinzione non parrebbe corrispondere all'altra: officioso non officioso. La rilevabilità sembra non dipendere dal tempo provvisorio o eterno dell'inesigibilità. *Infra*, cap. III.

¹⁷ T. DALLA MASSARA, *Studio sull'interferenza*, cit., p. 15.

¹⁸ Nella chiara lettera delle Istituzioni giustinianee. I. 4.13.3: «*Praeterea debitor si pactus fuerit cum creditore, ne a se peteretur, nibilo minus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnimodo dissolvuntur [...] sed quia iniquum est, contra pactionem eum damnari, defenditur per exceptionem pacti conventi*».

¹⁹ T. DALLA MASSARA, *Studio sull'interferenza*, cit., p. 15.

struttura originaria del vincolo. Si tratterebbe propriamente di una *Einrede* con cui si introduce un «argomento difensivo di valore sostanziale, la cui opponibilità è rimessa alla scelta del debitore»²⁰.

Sulla scia delle fonti, dovremmo anche oggi registrare fatti costitutivi di eccezioni c.d. «sostanziali»: legali, come la prescrizione²¹; o convenzionali, come i *pacta (de non petendo; de non exequendo*²²).

A spaccare il capello, si potrebbe distinguere tra fatti costitutivi dell'eccezione; e fatti dismissivi (abdicativi? *querelle* dei nomi) dell'azione. Possiamo senza perdita razionale accomunare le vedute nel più ampio novero delle teorie processuali; la cui essenza sta nel mantenere intatto il rapporto sostanziale; e sovrapporre un rapporto puramente processuale.

Le teorie processuali sono – potremmo pur dire – il laboratorio della logica modale, nel senso di concepire nuove situazioni, isolate e perfettamente astratte dal rapporto sottostante.

Se tale logica si ferma ai modi potere / non potere - dovere / non dovere, essa soffre di una debolezza interiore: di ammettere le qualifiche di credito senza potere o di debito senza dovere. E prima ancora di postulare un rapporto obbligatorio in cui il dovere si muta nel potere di non adempiere. Fermarsi ai predicati potere / dovere mena fatalmente alla contraddizione: perché appartiene al campo dell'incoerente affermare che Tizio deve e non deve fare X.

²⁰ T. DALLA MASSARA, *Studio sull'interferenza*, cit., p. 15. Recentemente anche P. GALLO, *Pactum de non petendo e prescrizione*, cit., 5, pp. 984 ss., spec. pp. 990-992. Il quale reputa che, come la prescrizione, anche il *pactum* lascerebbe inalterato il vincolo, semplicemente aggiungendo il diritto potestativo di eccepire.

²¹ Da ultimo, S. MONTICELLI, *Inerzia e attività nell'esercizio del diritto*, cit., pp. 67-68, per il quale il patto incide non «sul titolo» bensì sulla pretesa o azionabilità o coercibilità. Donde il dubbio circa la compatibilità con il regime imperativo della prescrizione, quando il patto ne ecceda la durata tipica. E non sarebbe lo stesso per un termine lungo? *Infra*, § 54.

²² *Infra*, § 4.

3. Segue. *Diritto e azione*

Tale sorta di effetto processuale (con «valore sostanziale»²³) potrebbe così riassumersi. Dal lato attivo, ho *diritto* di ricevere la prestazione ma non *posso* pretenderla, cioè non posso agire per la condanna del debitore inadempiente²⁴; dal lato passivo, ho *l'obbligo* di adempiere ma non mi si *può* costringere²⁵. Il problema dogmatico è concepire un credito sfornito di azione (o un debito fornito di eccezione), così per il processualista come per il sostanzialista.

Disgiunti dalla più autorevole tradizione²⁶, diritto e azione sono riunificati dalla linea sattiana, secondo cui il diritto soggettivo non potrebbe concepirsi come autonomo dall'azione, se non attraverso un falso dualismo.

L'azione si risolverebbe nel potere di «postulare il proprio interesse [...] di fronte ad un altro soggetto e ovviamente al giudice»; di affermare «che l'ordinamento non si è concretato, e si deve concretare in un certo modo, nel modo che egli ritiene ed indica»²⁷.

²³È la formula che si legge in T. DALLA MASSARA, *Studio sull'interferenza*, cit., p. 15.

²⁴Nella veduta di M. D'ONOFRIO, *Il pactum de non petendo*, cit., pp. 47 ss.

²⁵Secondo la ricostruzione più accreditata, che affonda le radici nelle fonti. V. ora T. DALLA MASSARA, *op. loc. ult. cit.* Cui adde P. GALLO *Pactum de non petendo e prescrizione*, loc. cit.; M. D'ONOFRIO, *Il pactum de non petendo*, loc. cit. Da ultimo, S. MONTICELLI, *Inerzia e attività nell'esercizio del diritto*, cit., pp. 67-68.

²⁶G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., pp. 3 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 2^a ed., Roma, 1936, pp. 63 ss.; A. PEKELIS, voce *Azione (teoria moderna)*, in *Nuovo dig. it.*; ora in *Noviss. dig. it.*, II, 2, Torino, s.d. (ma 1974), pp. 29 ss.; T. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pp. 47 ss.; 425; C. VOCINO, *Su alcuni concetti e problemi del diritto processuale civile (a proposito del Trattato di diritto processuale civile di U. Rocco)*, II. *Giurisdizione ed azione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, pp. 1052 ss. (con particolare riguardo alla astrattezza dell'azione).

²⁷S. SATTA, *Manuale di diritto processuale civile*, 12^a ed. a cura di Pun-

Essa toccherebbe la stessa giuridicità: «*in rerum natura* non esistono diritti soggettivi, esistono interessi, che sorgono da determinati fatti, e che, in quanto la legge li riconosca e li garantisca, noi chiamiamo diritti»²⁸.

Seguendo questa linea, dovremmo assimilare le eventuali vicende estintive, sicché al venir meno dell'azione corrisponderebbe di necessità l'estinzione del diritto e viceversa²⁹.

Non è possibile per Satta pensare a una pronuncia di inammissibilità (se non per i problemi di rito: giurisdizione e competenza su tutti). Non esiste una rinuncia all'azione che non sia una rinuncia al diritto.

4. Segue. Azione in concreto

Sotto altra luce, l'azione non si identificherebbe con il diritto; costituendo un elemento strutturalmente diverso, che si somma al diritto e lo rende processualmente esercitabile. Co-

zi, Padova, 1996, p. 157; ID., voce *Azione in generale. L'azione nel diritto positivo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1958, pp. 832 ss. L'azione, in sé, non è né fondata né infondata; fondata e infondata è la postulazione del diritto, secondo una valutazione *a posteriori*, riguardante l'esito del giudizio.

²⁸ S. SATTA, *Manuale*, cit., p. 155.

²⁹ «Chi si obbliga a non far valere più il credito vuol dire che vi rinunzia»: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1990, rist. 2019, p. 463. Reputano inammissibile un diritto di credito sfornito del potere di esigere L. BARASSI, *Le obbligazioni con speciale riguardo ai contratti*, III, Milano, 1934, pp. 239 ss.; ID., *La teoria generale delle obbligazioni*, 1, Milano, 1948, p. 56; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939 (rist. a cura della Scuola di perfez. dell'Univ. Camerino, Napoli, 1978; rist. an. 2017), pp. 106-107, il quale si riconduce alle opinioni di D. BARBERO, *Contributo alla dottrina della condizione*, Milano, 1937, pp. 67 ss. (ma v. le edizioni succ. per una diversa presa di posizione di B., che distingue i concetti di obbligazione e vincolo). V. anche G. ANDREOLI, *La ripetizione dell'indebito*, Padova, 1940, pp. 119 ss.; ID., *Appunti in tema di obbligazioni a termine*, in *Scritti vari di diritto privato*, Milano, 1968, pp. 23 ss. (secondo cui il rapporto obbligatorio nasce soltanto con il *potere di esigere*).

me vi sarebbero azioni senza diritti (si pensi all'istituto della sostituzione processuale³⁰), così dovrebbero ammettersi diritti senza azione.

Per questa via, le correnti lasciano emergere una doppia veduta.

Da un lato, azione come diritto a un «provvedimento sul merito»³¹; d'altro lato, come diritto a un «provvedimento favorevole»³². Per studiare questa duplicità, occorre definire la nozione di merito.

³⁰ Ma v. le considerazioni di V. COLESANTI, *Divagazioni processuali in tema di dichiarazione di garanzia e legittimazione all'indennizzo nella vendita di "pacchetti azionari"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, 2, pp. 128 ss.; spec. pp. 138-141, ad avviso del quale la sostituzione processuale volontaria non può concepirsi astratta, ossia a prescindere dal diritto sostanziale.

³¹ Senza risalire alle radici della polemica, v. E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, loc. cit.; A. PEKELIS, voce *Azione (teoria moderna)*, loc. cit. V. ora C. MANDRIOLI, A. CARRATA, *Diritto processuale civile, I, Nozioni introduttive e disposizioni generali*, 29ª ed., Torino, 2024, pp. 47ss.: «L'azione è un diritto *ad un provvedimento sul merito*, e non ad un provvedimento favorevole» (p. 49; enfasi orig.); essa si configura come «un diritto ben distinto – ossia *autonomo* – dal diritto sostanziale che con esso si fa valere, anche se *strumentale* rispetto a quest'ultimo» (p. 47; enfasi orig.).

Teoria che discende dai classici della letteratura: H. DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, Leipzig, 1877, pp. 34 ss.; da noi A. ROCCO, *La sentenza civile*, Torino, 1906, pp. 31 ss. Il dibattito ferveva intorno alla polemica tra i fautori della purezza (l'azione prescinde dal carattere favorevole del provvedimento invocato) e i detrattori (l'azione come pretesa a un provvedimento favorevole), i cui contributi sono ragionati nel volume di E. HEINITZ, G. PUGLIESE (a cura di), *Polemica intorno all'«actio»*, Firenze, s.d., ma 1954. Polemica avviata dagli scritti di T. MUTHER, per il quale l'azione è diritto pubblico processuale; e di B. WINDSCHEID, *Die actio-Abwehr gegen Muther*, Düsseldorf, 1857, pp. 33 ss., che considera l'*actio* come espressione del diritto sostanziale. Da leggere le notazioni introduttive del Pugliese.

³² Potremmo risalire a A. WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1885, pp. 25 ss. (il quale coniò la formula *Rechtsschutzanspruch*: diritto-pretesa alla tutela); G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., p. 18, sembra differire nel tempo il diritto alla sentenza favorevole: dapprima si darebbe un diritto potestativo «di porre in essere la condizione per l'attuazione della volontà dello Stato»; con la chiusura dell'istruttoria, e la dimostrazione della fondatezza della domanda, si determinerebbe nel giu-

Due nozioni. Merito come effetto, ossia come diritto postulato dall'attore; merito come fonte del diritto, e dunque scrutinio del fatto costitutivo.

Concepita l'azione come diritto a ottenere ragione, ossia un provvedimento *favorevole* che affermi la verità del diritto postulato, essa si salderebbe con la situazione sostanziale e il giudizio non potrebbe logicamente distinguersi. Non potremmo razionalmente pensare a una pronuncia per mancanza di azione che non si converta e risolva in mancanza del diritto. Sarà sempre rigetto nel merito, appunto.

La teoria del diritto al provvedimento *favorevole* nel merito parrebbe condurre alle medesime conseguenze dell'inscindibi-

dice «l'obbligo di accoglierla», cui logicamente corrisponde, dal lato attivo, il diritto alla sentenza di accoglimento.

Vien fatto di notare come l'opinione di C. si lasci ragionare anche dal lato dell'eccezione: concependo l'endiadi azione – eccezione, quale diritto dell'attore e controdiritto del convenuto (*Sulla «eccezione»*, in *Saggi*, cit., p. 152), egli finisce per postulare l'azione come concreta o causale diretta a un provvedimento favorevole; ché, altrimenti, essa – per definizione – sopravviverebbe alla stessa *exceptio*. In questo ordine di idee collocherei pure G. PUGLIESE, *Actio e diritto soggettivo*, Milano, 1939, rist. an. Napoli, 2006, nota lett. di L. Vacca e postfazione di M. Brutti, p. 150, per il quale l'*actio* si configura come concreta o causale: «in tanto si ha un'*actio*, in quanto la ragione che si enuncia si possa dimostrare fondata». Per P. altra sarebbe l'empirica possibilità di agire, da riconoscere anche a chi propone domande infondate; altro, il potere giuridico di agire (*recte agere*; p. 162).

In una posizione ibrida gli scritti di T. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, pp. 22 ss., secondo il quale entrambe le tradizionali nozioni (azione astratta e azione concreta) troverebbero cittadinanza nel diritto positivo; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, pp. 211 ss., 214, nt. 38, il quale configura l'azione come potere, ora di ottenere provvedimenti sul merito, ora provvedimenti favorevoli; V. DENTI, voce *Azione*. 1. *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1989, p. 3, nella stessa prospettiva di Cordero; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, pp. 284 ss. V. pure E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, pp. 91 ss. e ID., *Istituzioni di diritto processuale*, 3ª ed., Padova, 1983, pp. 267 ss., che concepisce l'azione come «situazione soggettiva composita».

lità sattiaiana diritto-azione, giacché rinunciare al diritto al provvedimento favorevole finirebbe per coincidere con una rinuncia al diritto *tout court*.

Con il problema della giustificazione, logica prima giuridica, di un eventuale sentenza di rigetto, fondata sull'accertamento negativo dell'azione: se, al tempo della domanda, l'*actio* deve reputarsi inesistente, rimarrebbe da spiegare cosa l'attore abbia fatto valere in giudizio.

Sembra allora prevalere la variante teorica dell'azione come diritto a un mero provvedimento sul merito. È dato alla parte il diritto di ottenere, non ragione; ma sentenza intorno al fatto costitutivo. Che parrebbe scongiurare l'aporia di un diritto a un provvedimento favorevole, esercitabile anche se inesistente³³.

Ove «merito» si riferisca alla pronuncia sul fatto costitutivo del diritto sostanziale, favorevole o contraria che sia, allora parrebbe a tutta prima pensabile l'azione come diritto autonomo a tale sentenza; e possibile che la decisione intorno all'*actio* abbia carattere preliminare, fermandosi a valutare la *facultas agendi*, indipendentemente dalle vicende del diritto (accertare il pagamento, la novazione, e così via).

La domanda potrebbe essere respinta, ma attraverso una differente modalità: perché inammissibile, cioè insuscettibile di azione e così di trovare ingresso nel processo; perché infondata, ove si accerti l'inesistenza del diritto postulato.

³³ Su questa linea, V. E. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti* (1911), rist. Milano, 1960, pp. 250 ss.; A. SEGNI, *L'intervento adesivo*, Roma, 1929, pp. 152 ss.; E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, pp. 173 ss. V. pure G. COSTANTINO, voce *Legittimazione ad agire*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1990, pp. 3-4, che risolve l'*actio* in «aspirazione ad un provvedimento di merito».

V. ora la vasta e meticolosa ricostruzione di A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, sub. art. 2907, in *Cod. civ. comm.* diretto da F.D. Busnelli, 2018, pp. 137 ss.

5. Segue. Azione in astratto

È giuridicamente concepibile una rinuncia o una estinzione della sola azione, che non tocchi il diritto sostanziale?

Nonostante la profondità storica degli studi, la disputa sull'azione appare irrisolta. La convergenza degli scrittori intorno all'azione come diritto a un provvedimento sul merito parrebbe sempre proiettare l'attenzione sul titolo. Così contraddicendo il concetto stesso di azione, la quale rimarrebbe fatalmente trasfigurata da processuale in effetto sostanziale.

A dispetto delle sottili distinzioni, parrebbe giovare una semplificante bipartizione: azione in astratto *vs* azione in concreto. Che tale ultima si declini come diritto a un provvedimento di merito o a uno favorevole non sembra cambiare: l'essenza rimane appunto il merito, ossia il titolo sostanziale che il giudice è chiamato a accertare per condannare.

Secca alternativa.

O si ragiona in astratto, ossia a prescindere dal titolo, e allora si apre lo spazio puramente processuale dell'agire.

O si ragiona con la fonte civile, e allora si supera la dimensione puramente processuale e si entra nello scrutinio del titolo. Con questo corollario: che né la prima né la seconda ammettono la separazione diritto sostanziale-azione processuale. Per ragioni opposte.

Non l'azione in astratto, perché essa è immanente alla civiltà del processo, sicché nessuno potrebbe essere distolto dal giudice precostituito. Anche il creditore naturale può agire; ma la sua azione non implicherà condanna (quale che sia il provvedimento processuale). Il «*non accorda azione*» dell'art. 2034 c.c. deve convertirsi e spiegarsi nel non essere responsabile. Il titolo manca di azione non perché la parte non possa chiedere al giudice, ma perché il titolo naturale nasce senza responsabilità e il rifiuto di pagare il debito naturale non vale inadempimento. Intesa come diritto potestativo di ricorrere a un giudice, l'azione appare universale indeclinabile indisponibile.

Non l'azione in concreto, nelle varianti del diritto al provvedimento sul merito e al provvedimento favorevole. Perché essa per definizione deduce nel processo appunto il merito, ossia il titolo della condanna. Il quale, o c'è o non c'è sul piano sostanziale. La sentenza di merito è sentenza sul titolo sostanziale, non sul mero e astratto potere di agire. Con la conseguenza che in ogni caso il giudice valuta la fonte dell'obbligazione e le relative vicende.

Sotto questa luce, il potere di proporre una domanda giudiziale, senza riguardo al diritto di ottenere un provvedimento, sarebbe da riconoscere così al creditore civile come a quello naturale.

Chiamato a condannare il debitore naturale, il giudice dovrà respingere la domanda, a prescindere da qualsiasi eccezione del convenuto³⁴; in entrambi i casi (debito naturale e debito civile), l'azione non potrà considerarsi preclusa *a priori*, cioè processualmente improponibile: il creditore, naturale o civile che sia, spiegherà la propria domanda, destinata a essere accolta o respinta, ma proprio per questo capace di suscitare una pronuncia dell'organo giudiziario.

Risolta in *ius postulandi*, l'azione si dimostra addirittura indisponibile. In astratto: a prescindere da cosa si chiede e dal fondamento del chiedere. Il diritto sostanziale è per propria naturale destinazione diretto alla forza giudiziale, quale forma di tutela istituzionale di ogni interesse protetto dalla legge.

³⁴ Questa è la principale obiezione contro l'equivalenza tra obbligazione prescritta ed obbligazione naturale: la prima, infatti, non rileva *ex se*, ma soltanto *ope exceptionis* (art. 2938 c.c.). V. A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971 (già edito in veste provvisoria nel 1965), p. 65; B. TROISI, *La prescrizione come procedimento*, Pubblicazioni a cura della Scuola di perfezionamento (ora di specializzazione) dell'Università di Camerino, Napoli, 1980, pp. 65 ss., 113 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., pp. 793 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1991, pp. 84 ss.; A. BELLELLI, *L'imputazione volontaria del pagamento*, Padova, 1989, pp. 18 ss.

Se così è, il *ius postulandi* si presenta distaccato dal rapporto e autosufficiente; insuscettibile di un giudizio di fondatezza od infondatezza: fondata o non fondata potrà essere la tesi dell'attore o del convenuto; non già l'azione, intesa come potere (diritto potestativo, nel linguaggio delle situazioni) di domandare all'organo istituzionale. Ridotta a *ius postulandi*, l'azione parrebbe insuscettibile di rinuncia, giacché non si danno casi di preclusione totale della domanda, cioè di legittima denegabilità di una sentenza: il giudice è sempre tenuto a una sentenza, quale che ne sia il tenore.

Non sembra al postutto aprirsi un terzo spazio tra azione in astratto e diritto. La prima ha riguardo all'ufficio del giudice e si dimostra riflessiva. Il giudizio non scende alla sostanza del rapporto e si ferma alla possibilità giuridica di *ius dicere*.

Che essa si declini nelle figure processuali della giurisdizione o della competenza o di qualsivoglia altro c.d. presupposto processuale (quale condizione rituale per la decisione nel merito) non cambia. Sempre si tratta di un giudizio preliminare, il quale non tocca l'oggettivo rapporto delle parti ma la soggettiva capacità di giudicare.

Accertata la quale, si passa inevitabilmente al merito³⁵.

Al postutto parrebbe che il linguaggio modale dei poteri processuali (di agire; di eccepire) non spieghi il fenomeno delle obbligazioni ridotte o inesigibili. Se agire è domandare, il domandare è irriducibile. La parte domanda, sempre e indeclinabilmente (art. 24 Cost.); il giudice risponde, sempre e necessariamente (al di là dei profili di giurisdizione e di competenza: dati qui per risolti). La risposta sarà un giudizio di merito, attraverso lo scrutinio del titolo.

Cercare un nome modale (poter eccepire; non poter agire; poter rifiutare;) non riesce a spiegare. Sarebbe invece da risali-

³⁵ Con il minimo dell'*Einrederecht* (nella figura della *Leistungsverweigerungsrecht*: diritto di rifiutare la prestazione), sotto al quale il patto o il fatto riduttivo, capace di disapplicare la responsabilità del debitore, non può andare. *Infra*, cap. II.

re alla fonte dell'obbligazione, la quale convoca il concetto di rilevanza³⁶.

6. Preclusione processuale

Si distingue estinzione in senso proprio e preclusione: la prima, determina il venir meno del credito; la seconda, il venir meno della rilevanza del titolo, nel senso che «la situazione giuridica stabilita dalla norma sorge indipendentemente dalla (conformità o difformità della) situazione giuridica preesistente»³⁷.

Il teorico dell'efficacia preclusiva applica la propria logica al fenomeno dell'usucapione: usucapisce allo stesso modo chi era già proprietario del bene prima dello scadere del termine, e chi proprietario non era; dinanzi al compimento del tempo acquisitivo sarà inutile domandarsi quale fosse la situazione anteriore, giacché, maturata l'usucapione, il possessore si tramuta in proprietario indipendentemente da ogni pregressa vicenda³⁸.

Il passaggio alla prescrizione appare agevole. Essa può venire sempre opposta, a prescindere da ogni vicenda sostanziale del diritto (pagamento; remissione; risoluzione)³⁹, proprio in

³⁶ Ne tratteremo nel cap. II, sezione I. Tornerà utile l'irtiana distinzione tra rilevanza interna e rilevanza esterna: N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, pp. 55 ss.; ora in *Norme e fatti*, Milano, 1984 (dove le cit.), pp. 25-26.

³⁷ A. FALZEA, *Teoria dell'efficacia giuridica*, Milano, 1951, ora in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milano, 1989, pp. 108 ss.

³⁸ A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, pp. 498-503; ove si segnala l'efficacia preclusiva segni la discontinuità tra passato e futuro. V. pure S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, pp. 100; e *ivi Note su continuo e discontinuo*, pp. 360-361.

³⁹ P. VITUCCI, *La prescrizione*, in *Cod. civ. comm.* a cura di Schlesinger, I, Milano, 1990, artt. 2934-2940; seconda ed. a cura di F. ROSELLI, Milano, 2012, pp. 39 ss.

ragione degli effetti preclusivi, i quali si determinano indipendentemente dallo *status quo ante*⁴⁰, e rompono la continuità con il passato.

Per questa logica, sancendo l'irripetibilità del pagamento spontaneo del debito prescritto, l'art. 2940 c.c. postulerebbe una profonda diversità tra i fenomeni dell'estinzione e della preclusione: «ciò che il diritto del creditore ha perso, con la compiuta prescrizione, è soltanto la possibilità di essere fatto valere utilmente in giudizio; e l'ha persa nel solo senso che la domanda è respinta, se (trascurando qui altre condizioni) il debitore ha assolto l'onere di eccepire la prescrizione. Ma il debitore può anche scegliere l'altra strada ed estinguere volontariamente il debito prescritto»⁴¹.

Lo stesso potrebbe valere per la clausola, con cui le parti convengano di precludere l'esercizio giudiziale del diritto. Senza ripercorrere l'intera disputa sull'efficacia preclusiva, noteremo come essa riesca assai vicina all'opinione, diffusa soprattutto tra i giudici, della rinuncia all'azione.

⁴⁰ P. VITUCCI, F. ROSELLI, *op. cit.*, p. 24. V. pure G. PANZA, *Contributo allo studio della prescrizione*, Napoli, 1984, pp. 155-162.

⁴¹ P. VITUCCI, F. ROSELLI, *op. cit.*, p. 33.

Emerge una duplice perplessità: sotto il profilo processuale, la prescrizione potrebbe essere eccepita in linea subordinata, sicché, pur accertando l'inadempimento, la sentenza rigetti la domanda per decorso del termine prescrizionale (R. ORIANI, *Processo di cognizione ed interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977, pp. 79-82; ma per P. VITUCCI, F. ROSELLI, *op. cit.*, p. 32, si tratta di profili diversi: l'estinzione attiene al diritto; la preclusione, al potere di farlo valere in giudizio).

Sul piano dogmatico, N. IRTI, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico (per la ristampa di un libro di Mario Allara)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, pp. 411-412, pone questa alternativa: o la parola «efficacia» designa soltanto vicende di un rapporto (costituirsi, modificarsi, estinguersi di debito e credito), ed allora non c'è spazio logico per l'effetto preclusivo; ovvero essa designa pure attribuzione di qualifiche e proprietà a cose e persone, ed allora l'effetto preclusivo potrà spiegarsi come nuova qualità delle situazioni: l'essere «immune dall'alternativa di conformità o difformità rispetto al passato» (p. 8).

Più in generale, precludere e estinguere sembrano appartenere alla medesima categoria del negare: la dottrina appena esaminata chiarisce come il *proprium* dell'effetto preclusivo si risolva nel non potersi far valere; che, appunto, è un negare l'azione o la pretesa⁴².

C'è allora da riflettere che il concetto di negazione implica un giudizio su situazioni preesistenti; la teoria dell'efficacia preclusiva tocca inevitabilmente tali situazioni, processuali e sostanziali.

Si torna anche per questa via al problema modale: il diritto precluso ha perso una propria qualità (nel senso più lato)? è smarrita la possibilità di pretendere? e cosa potrà configurare codesto fenomeno se non una vicenda della pretesa o dell'azione⁴³? Dire precludere significa dire non poter agire o poter eccepire. E si torna al punto di partenza: il giudice competente in rito risponde nel merito.

Rimane anche qui da capire la disciplina di questa preclusione, esposta alla capricciosa decisione del debitore, attraverso l'efficacia *ope exceptionis*. Torna il problema: potremmo restringere la preclusione a fenomeno processuale? è dato alle parti di rendere per il giudice irrilevante il titolo? è al giudice precluso di scrutinarlo?

Dire «precludere» parrebbe spostare il problema senza spiegarlo.

⁴² Termine, su cui cade l'accento di F. CARNELUTTI, *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, pp. 32-49; ID., *Tutela dei diritti*, *ivi*, 1943, I, p. 10.

⁴³ Anche B. GRASSO, voce *Prescrizione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, pp. 68 ss. sembra avvertire il problema della contiguità logica tra estinzione e preclusione, sicché tale ultima non altro esprimerebbe che una «diversa ampiezza o latitudine delle estinzioni provocate dai singoli fatti considerati».

7. *Dismissione processuale*

La teoria della rinuncia all'azione postula la disgiungibilità tra azione e diritto e la configurabilità di un diritto non coercibile, cioè non perseguibile processualmente contro la volontà del debitore.

Soluzione contestata in ragione di una pretesa tipicità delle cause di estinzione. Un duplice profilo: in primo luogo, la stessa struttura del rapporto obbligatorio sarebbe costruita sull'essenziale elemento della forza, come «potere» di costringere all'adempimento e di ottenere la relativa condanna cognitiva e esecutiva; dall'altro, la remissione dovrebbe tenersi quale unica causa ammissibile di estinzione volontaria e unilaterale del vincolo⁴⁴.

Poiché non è revocabile in dubbio che gli effetti della remissione non dipendano dall'*exceptio* del debitore, e che il giudice possa d'ufficio respingere la domanda del creditore remittente (salvo il rifiuto della remissione, dichiarato dal debitore entro congruo termine: art. 1236 c.c.), il patto o la clausola *sine die* produrrebbe i medesimi effetti della remissione, con la differenza di una struttura bilaterale⁴⁵.

La teoria degli effetti dismissivi appare doppiamente debole. Da un lato, essa è fondata su una petizione di principio

⁴⁴ V. L. BARASSI, *Le obbligazioni con speciale riguardo ai contratti*, cit. pp. 239 ss.; ID., *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 56; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., pp. 106-107. V. pure G. ANDREOLI, *La ripetizione dell'indebito*, cit., pp. 119 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., pp. 463 ss.

⁴⁵ M. SARGENTI, *Pactum de non petendo e remissione del debito*, nota a Cass. 12 luglio 1958, n. 2539, in *Foro pad.*, I, 1959, cc. 302-303; F. GALLO, *Sulla asserita sopravvivenza del "pactum del non petendo" nel diritto civile italiano*, in *Foro it.*, 1960, IV, c. 140; I. MOSCHELLA, voce *Pactum de non petendo*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, V, 1, Milano, 1939, p. 20. Il profilo della differenza strutturale con identità di effetti è posto in luce da E. DELL'AQUILA, *Brevi note in tema di pactum de non exequendo ad tempus*, in *Foro pad.*, 1972, c. 816.

(non darsi spazio logico e giuridico per un rapporto perennemente inesigibile), fatta oggetto di e penetranti critiche; dall'altra, essa sembra inferire dall'esistenza di una norma (l'art. 1236 c.c.) sulla remissione l'esistenza di un'altra norma, la quale vieterebbe alle parti ogni diverso accordo circa l'esazione del credito.

L'argomento della tipicità della remissione sembra provare troppo, e involge la più generale e delicata questione della tipicità degli effetti: se possano o non possano ammettersi effetti difformi da quelli tipicamente previsti; segnatamente, se tra estinzione e permanenza possa isolarsi un fenomeno intermedio.

Ora, proprio questa linea imporrebbe di considerare altri fenomeni tipici, ove l'inesigibilità non implica la ripetibilità del *solutum* (si pensi al termine); e ove l'inerzia del debitore può condurre all'accoglimento della domanda, e alla condanna (come per il credito prescritto). Isolate norme, che prevedono diritti inesigibili e eccezionali, la tipicità dell'effetto remissivo appare argomento insufficiente, poiché non tiene conto di altri effetti tipici, diversi da quello della remissione; in altre parole, la teoria di una strutturale inammissibilità di remissioni minori urta con vicende, ricavabili da norme positive, le quali sembrano implicare una perdita dell'azione, non accompagnata dall'estinzione del rapporto.

Torna per questa via il medesimo problema: se si tratti di fenomeno processuale o sostanziale. E se possa al postutto concepirsi una riduzione puramente processuale che non tocchi la struttura del rapporto.